

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	65 (1946)
Artikel:	Zur Entstehung des freien bäuerlichen Grundeigentums
Autor:	Liver, Peter
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896054

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 30.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Zur Entstehung des freien bäuerlichen Grundeigentums¹⁾.

Von Prof. Dr. Peter Liver, Bern.

I.

Das freie bäuerliche Grundeigentum gehört zum Wesen der schweizerischen Agrarverfassung. Es hängt aufs engste zusammen mit der Grundeigentumsverteilung und Betriebsgrößenordnung. 96,3 % aller Landwirtschaftsbetriebe sind Klein- und Mittelbetriebe bis zu 20 ha, nur 3,7 % sind übermittelgroße Betriebe mit einer Bodenfläche von mehr als 20 ha. 62 % der Kulturläche entfallen auf Betriebe mit 5—20 ha, welche 38,7 % aller Betriebe ausmachen; 19 % der Kulturläche entfallen auf Betriebe mit einer Fläche bis zu 5 ha, welche 57,6 % aller Betriebe ausmachen; ebenfalls 19 % der Kulturläche entfallen auf Betriebe mit über 20 ha, welche 3,7 % aller Betriebe ausmachen. Der Klein- und Mittelbetrieb herrscht also sehr stark vor. Das ist die eine für den Charakter unserer Agrarverfassung bestimmende Tatsache. Die zweite betrifft das Rechtsverhältnis, in welchem der Bauer zum Boden steht, den er bearbeitet. 77 % der Kulturläche werden vom Eigentümer selber bewirtschaftet; 22 % entfallen auf Pachtbetriebe. Vom Boden, der nicht von seinem Eigentümer bewirtschaftet wird, stehen 27 % in öffentlicher Hand; im übrigen überwiegt auch hier noch das Eigentum von Landwirten gegenüber dem Anteil nichtlandwirtschaftlicher Bevölkerungskreise. Der Boden, welcher vom Eigentümer bewirtschaftet wird, macht also mehr als drei Viertel der ganzen Kulturläche aus. Diese Zahlen beruhen auf der

¹⁾ Nach der am 2. Februar 1946 gehaltenen Berner Antrittsvorlesung.

eidgenössischen Betriebszählung vom 24. August 1939²⁾. Sie ergeben, daß die Schweiz im Vergleich mit anderen Staaten ein Land mit überaus günstigen agrarpolitischen Verhältnissen ist. Sie lassen indessen auch erkennen, daß seit 1929 eine nicht allzustarke, aber doch beachtliche Abnahme der Eigentümerbetriebe nach Zahl und Fläche eingetreten ist, die sich zu einem wesentlichen Teil in der Zunahme des Pachtlandes in allen Betriebsgrößenklassen ausgewirkt hat und auch in der Vergrößerung des Eigentumsanteils nichtlandwirtschaftlicher Bevölkerungskreise am landwirtschaftlich bebauten Boden. Es ist ein berechtigtes Ziel der schweizerischen Agrarpolitik, dieser Verschiebung, wenn sie anhalten sollte, Einhalt zu tun. Die Mittel dazu sollen in wirtschaftspolitischen Maßnahmen bestehen. Nur wenn diese versagen sollten, darf zu öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der Eigentumsfreiheit gegriffen werden. Mit der Verdrängung der Privatautonomie durch bureaukratische Bevormundung würde die Entwicklung zur Freiheit des Grundeigentums, mit der wir uns in den folgenden Ausführungen befassen wollen, abgelöst durch eine rückläufige Bewegung.

II.

Die Freiheit des Grundeigentums besteht in der freien Nutzung, Vererbung, Veräußerung und Belastung durch den Eigentümer. Das sind die Grundelemente.

Die Vollendung der Freiheit des bäuerlichen Grundeigentums gehörte zum Bestand der Ideen und der Propaganda der Französischen Revolution. Sie sollte in der Vernichtung der Überreste des Feudalismus in der Agrarverfassung bestehen, nämlich in der Aufhebung der sogenannten Feudallasten, zu denen man alle «ewigen Lasten» zählte: die unablässbaren Grundzinsen, Zehnten und Hand-

²⁾ Eidgenössische Betriebszählung 1939, Bd. 6. Landwirtschaftsbetriebe (Statistische Quellenwerke der Schweiz, Heft 151), Bern 1945.

änderungsabgaben sowie grundherrliche Veräußerungsbeschränkungen, wie Vorkaufsrechte und Zugrechte.

Diese Befreiung des bäuerlichen Grundeigentums ist in unserem Lande durch die Aufhebungs- und Ablösungsgesetzgebung der Helvetik angebahnt und in den einzelnen Kantonen im Laufe von fünf Jahrzehnten allmählich bis auf geringfügige Reste durchgeführt worden³⁾.

Es möchte den Anschein haben, daß mit diesem in mühevoller Arbeit und zum Teil auch mit erheblichen finanziellen Opfern der Kantone zu Ende geführten Werk das freie bäuerliche Grundeigentum geschaffen und der Bauer aus der unerträglichen Abhängigkeit von feudalen Gewalthabern befreit worden sei. Dem ist nicht so. Der Bauer war lange vor der Französischen Revolution Eigentümer des von ihm bebauten Bodens geworden, und sein Recht am Boden schloß auch alle Grundelemente des freien Eigentums in sich; es war lediglich beschränkt durch die zu Grundlasten gewordenen sogenannten Feudalrechte, welche nicht unbedingt drückender und entwürdigender sein mußten als die Hypotheken, in welche sie zum Teil umgewandelt wurden.

Im Kanton Bern trug man sich, als man an die Kodifikation des Privatrechts ging, mit dem Gedanken, auch einen Lehenkodex zu erlassen. Dagegen hat Dr. Wyß, gewesener Lehenkommissär, in einem Bericht von Jahre 1827 an den damaligen Finanzrat Stellung genommen⁴⁾. Wyß hat die Dinge an den richtigen Ort gestellt, indem er ausführt: «Einen besonderen Lehen-Kodex könnte auch ich für nötig

³⁾ His, Ed., Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts I, S. 530—568, II, S. 469—477; Böppli, R. J., Die Zehntablösung in der Schweiz, speziell im Kt. Zürich, Diss. Zürich 1914; Chamorel, G.-P., La liquidation des droits féodaux dans le Canton de Vaud 1798—1821, Diss. Lausanne 1944; Türler, H., Die Ablösung der Reallasten, Art. in Reichesbergs Hdwb. I, S. 4 ff. (mit besonderer Berücksichtigung des Kantons Bern).

⁴⁾ Z. f. vaterländ. Recht, hgg. v. bern. Advokatenverein, I (1857), S. 264 ff.

halten, wenn die Lehen- und Bodenzinsrechte noch die alten wären; wenn der eigentliche Lehenherr noch Eigentümer des Gutes, der Mannlehenbesitzer Dienste und Lehentreue schuldig, die Belehnung mehr als bloße Formalität wäre; wenn der Bodenzinsherr wirklich noch ein Eigentumsrecht auf das Gut besäße, der Pflichtige sich noch mehr in dem Verhältnis eines Erbpächters als demjenigen eines Eigentümers und bloßen Schuldners befände... wenn der Zehnten noch eine Abgabe, nicht bloß ein privatrechtliches Verhältnis geworden wäre; endlich wenn der Loskauf aller dieser Rechte nicht würde durchgeführt werden. Da aber alle diese Rechte so sehr Natur geändert haben, daß die Lehen- und Bodenzinsgefälle zum Pfandrecht aus ehemaligem Eigentum geworden, daß die Zehnten den Dienstbarkeiten oder dem Pfandrecht für eine unbestimmte Verhältnisforderung beigezählt werden müssen, daß die Lehenwälder entweder völlige Staats- oder dann Gemeindewälder wurden und daß die Allmenden ebenfalls wie die letzteren Gemeindewälder nur noch der staatsrechtlichen Oberaufsicht, nicht aber dem privatrechtlichen Leheneigentum der Regierung in der Wirklichkeit unterworfen sind — bei dieser völligen Umgestaltung der Natur dieser Rechtsinstitute schiene mir ein Lehen-Kodex nicht mehr an der Zeit zu sein.»

Aus der damit gekennzeichneten Umgestaltung ist das freie bäuerliche Grundeigentum in allen seinen wesentlichen Elementen hervorgegangen. Sie hat sich in der Agrargeschichte der Jahrhunderte seit dem hohen Mittelalter vollzogen.

III.

Innerhalb des deutschen Rechtsgebietes unterscheiden wir für die vormoderne Neuzeit drei Agrargebiete: den deutschen Osten, wo sich die Gutsherrschaft mit bäuerlicher Erbuntertänigkeit durchsetzte; den Nordwesten, wo die Grundherren ihre großen Güter aus den Bindungen der Bewirtschaftung durch hörige Bauern lösten und zu

Meierrecht verpachteten; den südwestlichen Teil, wo sich die Grundherrschaft erhielt und allmählich umbildete. Zum Gebiet der Grundherrschaft gehört auch die Schweiz, soweit hier nicht altes freies bäuerliches Eigen erhalten geblieben ist oder noch im Mittelalter durch Kolonisation und sodann durch die Ablösung der grundherrlichen Rechte neu geschaffen wurde.

Gemeinsam ist allen drei Gebieten das herrschaftliche Großgrundeigentum, bloß mit dem Unterschied, daß es im Gebiet der Grundherrschaft weniger geschlossen ist, sondern sich in der Regel über weite Räume verteilt und nur an einzelnen Mittelpunkten stärker konzentriert und um Fronhöfe gruppiert. Auch diese Fronhöfe können große grundherrliche Eigenbetriebe sein. Aber schon früh, seit dem 12. Jahrhundert etwa, wird der Großbetrieb aufgegeben oder doch auf wenige Höfe beschränkt. Die Villikationsverfassung zerfällt. Sie scheitert an den Mängeln der Verwaltungs- und Verkehrstechnik sowie der Wirtschaftsgesinnung der Grundherren, vor allem aber, weil die Voraussetzungen einer Produktion für den Markt fehlen. Der Großteil des Bodens wird den Bauernfamilien zur Leihe gegen Zinsleistungen gegeben. Die grundherrlichen Höfe sind nicht mehr Betriebseinheiten, sondern nur noch Verwaltungseinheiten. Betriebseinheit ist das von einer Bauernfamilie bewirtschaftete Gut. Die grundherrlichen Eigenbetriebe sind zwar nicht verschwunden, aber sie haben im Gebiet der Grundherrschaft keine die Agrarverfassung bestimmende Bedeutung mehr.

Der bäuerliche Mittel- und Kleinbetrieb ist fortan auf der ganzen Linie die herrschende Wirtschaftsform. Der Bauer ist zum Inhaber des Betriebes geworden, mag er Leibeigener, Höriger oder Freier sein. Das ist die erste und grundlegende Tatsache in der Entwicklung, welche wir zu verfolgen haben.

IV.

Die Leihe aber gibt dem Bauer noch ein gegenüber dem Eigentum des Grundherrn sehr unselbständiges, prekäres Besitzrecht. Das Leiheverhältnis ist eingeschlossen in die Leib-, Grund- und Gerichtshörigkeit des unfreien Bauers⁵⁾.

Aber die gleichen Gründe, welche für die Preisgabe des Villikationssystems maßgebend waren, drängen auch zu einer Lockerung der herrschaftlichen Bindungen, unter denen dem Bauer der Antrieb zur initiativen Arbeit fehlt und der Grundherr nicht auf seine Rechnung kommt. Der Grundherr ist auf eine sichere Rente bedacht, ohne sich allzusehr um die Wirtschaft und um die Beaufsichtigung seiner hemmungslos den eigenen Vorteil wahrnehmenden Meier kümmern zu müssen⁶⁾). Weitere Gründe kommen dazu. Die Bauernsöhne fliehen aus der Grundherrschaft. Das freiere Kolonistendasein lockt; der Zug in die Stadt wird unaufhaltsam. Krieg, Fehden und Brandschatzung legen viele Höfe wüst; der Schwarze Tod kommt im 14. Jahrhundert zum erstenmal verheerend über das Land⁷⁾. Wir

⁵⁾ Dopsch, A., Herrschaft und Bauer in der deutschen Kaiserzeit, 1939, hebt besonders hervor, daß die hofrechtliche Erbleihe nichts geändert habe an der Schollenpflichtigkeit (S. 166), an den hofrechtlichen Beschränkungen des Erbrechts (S. 65), an der Hörigkeit (daselbst), an der Kontrolle über die Wirtschaftsführung (S. 216). Er weist ferner hin auf starke Tendenzen zur Rückbildung der Erbleihen zu zeitlichen Leihen und bestreitet, daß den Grundherren rechnerischer Geist und Gewinnstreben gefehlt hätten, es könne vielmehr festgestellt werden, daß sie ihre Gutsbetriebe ausgebaut und rationalisiert hätten. Wenn auch solche Feststellungen gemacht werden können, weisen sie doch, wenigstens für unser Land, eher auf Ausnahmeherscheinungen hin. Vgl. über solche Erscheinungen Schudel, Elisabeth, Der Grundbesitz des Klosters Allerheiligen in Schaffhausen, Diss. Zürich 1936, S. 111 ff.

⁶⁾ Liver, P., Vom Feudalismus zur Demokratie in den graubündnerischen Hinterrheintälern, Diss. phil. Zürich 1929, S. 21 ff., 67 ff., 80 ff.

⁷⁾ Liver, P., Mittelalterliches Kolonistenrecht und freie Walser in Graubünden (Kultur- und staatswirtschaftliche Schriften der Eidg. Techn. Hochschule 36), Zürich 1943, S. 18 ff.

hören die Klage, daß Höfe unbesetzt seien, daß ein Gut verwüstet, ein anderes verlassen, auf einem dritten aus Reb- und Ackerland Wies- und Weideland geworden sei, daß Zinse wegen Rückganges des Ertrages herabgesetzt werden müssen⁸⁾. Unter dem Druck dieser Verhältnisse machten die Grundherren Zugeständnisse. Sie gewähren den Bauern das vererbliche Recht am Leihegut, und zwar gegen einen ein für allemal festgelegten, ewig unveränderlichen Zins. Jede Ertragssteigerung durch bessere Bewirtschaftung und Melioration kommt nun dem Bauer und seinen Erben zugute. Darin liegt für ihn der stärkste Antrieb zur Anstrengung aller Kräfte. Der Zins ist dem Grundherrn sicher. Treffend kommt dieser Sachverhalt schon in einer Urkunde des Erzbischofs von Köln vom Jahre 1165 zum Ausdruck: «*Nos igitur quod postea sede incerta raro studiosus reperitur agricola, . . . possesoribus possessionem perpetuavimus.*» (Weil der Bauer selten fleißig arbeitet, wenn er ein unsicheres Recht am Boden hat, haben wir die Leihen auf Zeit zur ewigen Leihen gemacht⁹⁾).

Die erbliche Leihen faßt auch im Hofrecht Boden und gewinnt noch im Mittelalter durchaus die Vorherrschaft.

V.

Entstanden ist die Erbleihen außerhalb der Grundherrschaft. Sie ist als freie Erbleihen zur Ausbildung gekommen

⁸⁾ Mone, F. J., Zur Geschichte der Volkswirtschaft vom 14. bis 16. Jahrhundert, Z. f. Geschichte des Oberrheins X, 1859, S. 145 ff., Schudel, Elisabeth, a. a. O., S. 144; Feller, R., Der Staat Bern in der Reformation (Vierjahrhundertfeier der bernischen Kirchenreformation II, S. 42 ff. und 227 ff.), sagt, in den bernischen Gebieten sei die Bevölkerung dünn gewesen, bevor im 16. Jahrhundert die starke Zunahme eingesetzt habe.

Über die gleiche Erscheinung im st.-gallischen Gebiet vgl. Ganahl K. H., Gotteshausleute und freie Bauern in den St.-Galler Urkunden in «Adel und Bauern im deutschen Staat des Mittelalters», 1943, S. 138.

⁹⁾ Walter, Ferdinand, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1857, II, S. 175.f.

wo es galt, auf der Grundlage der Freiwilligkeit Siedler zu gewinnen, welche bereit waren, ertraglosen Boden nutzbar zu machen, zu roden, zu entsumpfen, Häuser zu bauen, Weinberge anzulegen. Ihnen mußte eine freie persönliche Stellung und ein freies, vererbliches und veräußerliches Recht am Boden, den sie durch ihre Arbeit ertragsfähig machten, eingeräumt werden. Die freie Erbleihe ist die Bodenleihe des Kolonistenrechts. Als solche erscheint sie unter dem Namen *Emphyteusis* als Rechtsinstitut der griechisch-römischen Antike¹⁰⁾. Als solche bildet sie sich im deutschen Mittelalter neu, in der städtischen Neusiedlung einerseits, in der ländlichen anderseits¹¹⁾.

In der Stadt ist sie die Rechtsform, in welcher dem Siedler die Hofstatt, die Area, zugewiesen wird, auf welcher er sein Haus baut¹²⁾.

Die städtische Erbleihe ist für das deutsche Rechtsgebiet viel besser erforscht als die ländliche. Grundlegend ist immer noch das durch vielseitige Erfassung der Grundlagen und Zusammenhänge und scharfe gedankliche Durchdringung des Stoffes ausgezeichnete Werk von Wilhelm Arnold, *Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten*, 1861 in Basel erschienen, das für den Landesausbau durch Innenkolonisation seine Ergänzung findet in dem späteren Werk des gleichen Verfassers: *Ansiedlungen und Wanderungen deutscher Stämme*, Marburg 1875. Die städtische Erbleihe ist seither zum Gegenstand zahlreicher weiterer Untersuchungen gemacht worden, namentlich durch Rietschel hinsichtlich ihrer verschiedenen Typen und deren Entstehung¹³⁾, sodann auch in mehreren Mono-

¹⁰⁾ Mitteis, L., *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, Abhandlungen der königl.-sächs. Gesellschaft der Wissenschaften XX, 4, 1901.

¹¹⁾ Liver, P., *Kolonistenrecht*, a. a. O.

¹²⁾ Strahm, H., *Die Area in den Städten*, Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, 3, 1945.

¹³⁾ Rietschel, S., *Die Entstehung der freien Erbleihe*, ZRG XXII, 1902, S. 181 ff.

graphien über einzelne Städte und Stadtgruppen¹⁴⁾. Die Auffassung Arnolds über die Stufen der Entwicklung des Leihbesitzes bis zum frei veräußerlichen, bloß durch den Grundzins belasteten Eigentum wird darin bestätigt und bloß nach den örtlich verschiedenen Bedingungen variiert.

Auf der ersten Stufe kann der Leihemann das Grundstück nur veräußern, indem er es dem Grundherrn aufgibt, damit dieser den Erwerber damit belehne; auf der zweiten Stufe ist zur Veräußerung bloß die Genehmigung des Leihherrn erforderlich; auf der dritten hat der Lehenmann das Recht der freien Veräußerung und Belastung mit Renten. Diese Stufe ist in Köln im 14., in Basel und Straßburg im 15. Jahrhundert erreicht worden.

Auch auf dem Lande hat sich die gleiche Entwicklung vollzogen. Die Kolonistenleihe, welche der städtischen Gründerleihe im Sinne Rietschels entspricht, gewährt den Genossenschaften der Neusiedler sogar von Anfang an ein Besitzrecht am neu besiedelten Land, das dem Eigentum sehr nahekommt¹⁵⁾. Sicher ist aber die Kolonistenleihe nicht die einzige Erscheinung der freien Erbleihe auf dem Lande. Wie in den Städten ist auch auf dem Lande in vielen Fällen die *Precaria* zur erblichen Leibe geworden¹⁶⁾. Von der *Precaria* auf Lebenszeit (Vitalleihe) oder gar von der *Precaria*, die zugunsten des Empfängers und seiner direkten Nachkommen begründet wird, ist der

¹⁴⁾ Schreiber, O., *Die Geschichte der Erbleihe in der Stadt Straßburg*, 1909 (Deutschrechtliche Beiträge, hgg. von Beyerle, III, 3); Voltolini, H. v., *Die Anfänge der Stadt Wien*, 1913, bes. S. 78 ff.; Hallermann, H., *Die Erbleihe an Grundstücken in den westfälischen Städten bis 1500*, 1925 (Gierkes Untersuchungen 135); Besprechung der beiden letztgenannten Arbeiten durch Frölich, K., in der *ZRG* 46, 1926, S. 507 ff.; Fischer, K., *Die Erbleihe im Köln des 12. bis 14. Jahrhunderts*, Diss. Köln 1939.

¹⁵⁾ Liver, P., *Kolonistenrecht*, S. 13 ff., 21 ff.

¹⁶⁾ Caro, G., *Zur Agrargeschichte der Nordostschweiz* (in den Beiträgen zur älteren deutschen Wirtschafts- und Verfassungsgeschichte, 1905), S. 64 ff.; Schröder-v. Künssberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, S. 313 f.

Schritt zur eigentlichen Erbleihe sehr gering und wurde, wo er der Interessenlage der Beteiligten entsprach, sicher auch vollzogen¹⁷⁾.

Weitaus der größte Teil der bäuerlichen Bevölkerung des schweizerischen Gebietes lebt aber im hohen und späten Mittelalter unter der Grundherrschaft. Die hofrechtliche Leihe ist die Regel, die freie Erbleihe die Ausnahme. Auch die hofrechtliche Leihe ist, wie oben ausgeführt wurde, im hohen und späteren Mittelalter fast allgemein zur erblichen Leihe geworden. Das Streben der bäuerlichen Bevölkerung ging dahin, die mannigfachen Beschränkungen des Besitzrechtes an den Leihegütern abzubauen und dadurch die hofrechtliche Leihe der freien Erbleihe anzunähern. Wie ebenfalls gezeigt wurde, konnte das eigene Interesse die Grundherren dazu bewegen, diesem Bestreben entgegenzukommen. Diese Auseinandersetzung geht in den Jahrhunderten des späten Mittelalters vor sich und zieht sich bis tief in die Neuzeit hinein. Im ganzen gesehen durchläuft auch hier die Entwicklung die gleichen Stufen wie im städtischen Recht, nur viel langsamer und weniger einheitlich¹⁸⁾. Viel hängt von der politischen und machtmäßigen Stellung der Grundherren ab. In Graubünden stehen die Grundherren im 15. Jahrhundert auf verlorenem Posten. In Bern sitzen sie im Regiment. Dort gleicht sich die hofrechtliche Leihe seit dem Ende des 14. Jahrhunderts immer stärker der freien Erbleihe an, wozu der Einfluß des Walserrechtes viel beigetragen hat. Hier wird an den grundherrlichen Beschränkungen des

¹⁷⁾ Urkunden der Abtei St. Gallen, hgg. von Wartmann. Zahlreiche dieser Urkunden lassen diesen Übergang von der Precaria zur Erbleihe als naheliegend und gewiß erscheinen, so Band I, Nrn. 306, 311, 317, 318, 320, 321, 322, 323, 325, 335 und besonders 419 und 420.

¹⁸⁾ Darauf weist auch Caro, a. a. O., hin. Im Hof Schwamendingen des Grossmünsterstifts Zürich sind die Huben zu Erblehen gegeben, der Kelnhof ist Handlehen (S. 78). Im Hof Eschenz des Klosters Einsiedeln sind die Huben noch am Ende des 13. Jahrhunderts nicht unbedingt vererblich.

bäuerlichen Besitzrechtes auch noch in der Neuzeit viel zäher festgehalten, so an den Verpfändungsbeschränkungen; für den bernischen Grundherren ist auch der Vorbehalt des Rechtes, das Gut an sich zu ziehen, wenn er es selber bewirtschaften will, charakteristisch¹⁹⁾.

Noch im 14. Jahrhundert und darüber hinaus ist das ländliche Erbleiherecht ganz uneinheitlich ausgestaltet. In den Vertragsbedingungen herrscht die größte Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit vor. Aber von dieser Zeit an beginnt allmählich die Ausrichtung auf mehr oder weniger einheitliche Grundzüge und Einzelbestimmungen. Am Ende des Mittelalters und zu Beginn der Neuzeit gewinnt das Erbleiherecht festere Gestalt, in der es als bestimmt umrissener Typus erscheint²⁰⁾.

¹⁹⁾ Rennefahrt, H., Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte II, S. 335 ff.; Geiser, Karl, Rechtsgeschichtliches aus Urkunden bernischer Wasserwerke, S.A. aus ZSR, n.F. XXXI (1912), S. 2 ff., 16, 20, 26; Gerichtssatzung der Stadt Bern (Rechtsquellen des Kantons Bern I, Stadtrechte, 1. Band, hgg. von Welti, F. E.), Satzung 53 (S. 286), Satzung 55 (S. 286 und 235).

²⁰⁾ Wie stark dieser Typus vorherrscht, in welchem Zeitpunkt er da und dort zur Ausbildung gekommen ist, welche Abweichungen von ihm in der einen und anderen Landesgegend im einzelnen bestanden haben (auf bernische Besonderheiten habe ich hingewiesen), müßte erst noch genauer untersucht werden. Die Urkundenbücher brechen z.T. noch zu frühe ab; Regestenwerke sind nicht immer brauchbar, weil gerade die Einzelbestimmungen, auf die abgestellt werden muß, von den Verfassern der Regesten nicht immer beachtet werden. So sind wir immer noch weitgehend angewiesen auf ältere, an sich vorzügliche Gesamtdarstellungen, nämlich:

Huber, Eugen, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts IV, S. 760 ff.;

Blumer, J. J., Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien I, S. 431 ff.;

Bluntschli, J. C., Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich I, S. 285 ff.;

Segesser, Ph. A., Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern I, S. 43 f., 158;

Für das bernische Gebiet hat uns Rennefahrt im bereits zitierten Werk eine zuverlässige Übersicht gegeben. Aufschlußreich

Das Recht des Bauers am Gut ist nicht nur vererblich, sondern auch veräußerlich. Der Lehenmann, um den gebräuchlichen bernischen Ausdruck zu verwenden, kann über es durch Verkauf verfügen und kann es auch verpfänden. Das Genehmigungsrecht des Grundherrn hat sich zu einem Vorkaufsrecht gewandelt. Macht der Herr davon keinen Gebrauch, ist ihm eine Handänderungsgebühr zu bezahlen, der Ehrschatz, der auch vom Erwerber geschuldet sein kann und dann Intrade heißt. Das Recht des Lehenmannes ist unentziehbar. Nur wenn dieser seine Pflicht zur ordentlichen Bewirtschaftung vernachlässigt, wenn er den Wert des Gutes vermindert oder dem

für unsere Fragen ist die zitierte Abhandlung von Karl Geiser. Ferner ist zu verweisen auf Rossel, J., *La législation civile de la partie française de l'ancien Evêché de Bâle*, 1913, p. 132 et suiv.

Sehr nahe steht dem deutschweizerischen Typus der Erbleihe auch das Abergement, die westschweizerische Erbleihe, worüber zu vergleichen ist: Bonard, J., *Origines et caractères du double régime d'exploitation de la force hydraulique en droit vaudois*, Thèse Lausanne 1943, ferner Chamorel, G.-P., *La liquidation des droits féodaux dans le Canton de Vaud*, Thèse Lausanne 1944, p. 11 et suiv.

Die historischen Darstellungen einzelner Grundherrschaften vernachlässigen im allgemeinen die für unser Thema wesentlichen Fragen. Sehr wertvoll ist dagegen die bereits zitierte Dissertation (Zürich 1936) von Elisabeth Schudel über den Grundbesitz des Klosters Allerheiligen in Schaffhausen. Eingehend befaßt sich mit der Erbleihe nach bestimmten Richtungen hin auch Faesch, J., *Die Waldrechte der Hubengenossenschaft Schwamendingen*, Diss. Zürich 1931. Im übrigen fehlen für die Schweiz monographische Bearbeitungen des Erbleiherechts im Gegensatz etwa zum Tirol und zu der reichen italienischen Literatur.

Für Graubünden wurden zahlreiche ungedruckte Urkunden benutzt, die hier nicht angeführt werden können. Charakteristische Beispiele aus dem veröffentlichten Quellenmaterial sind: Rätische Urkunden, hgg. von Wartmann in den Quellen zur Schweizer Geschichte, 10, Nrn. 51, 88, 89; Mohr, *Codex diplomaticus IV*, Nrn. 149, 157, 163, 219; der Erblehensbrief um den Hof Camana in Safien (Erneuerung von 1945) bei Muoth, Bündn. Monatsblatt 1901, S. 53 ff. Vgl. ferner Liver, P., *Vom Feudalismus zur Demokratie*, S. 31 ff.

Verfall aussetzt (Deterioration) und wenn er mit zwei, meistens drei Jahreszinsen im Rückstand ist, tritt der Heimfall ein.

Kennzeichnend für die typische Ausgestaltung unseres Erbleiherechtes ist die weitverbreitete einheitliche Regelung des Vorkaufsrechtes und namentlich der Folgen des Verzuges in der Entrichtung des Erbleiheszinses²¹⁾. Gerade in diesen Einzelregelungen kann die Übereinstimmung kaum anders als durch die Befolgung des gleichen Vorbildes sich durchgesetzt haben. Ihnen werden wir deshalb unsere besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden haben. Sie verdienen diese aber auch noch aus einem anderen Grund. Diese Bestimmungen über den Zinsverzug sind allgemeines Zinsrecht geworden. Auf dieses geht die Vorschrift des ZGB zurück, daß das Grundpfandrecht dem Gläubiger auch für drei verfallene Jahreszinse und den laufenden Zins Sicherheit bietet (Art. 818)²²⁾.

²¹⁾ Gerichtssatzung der Stadt Bern von 1539 (a. a. O.), Satzung 54 (S. 286); ebenso noch Gerichtssatzung von 1761, I. Teil, XXII. Titel, 3. Satzung; Landrecht des Emmentales (ZSR 9, S. 208 f.), Art. 125; Gerichtsbuch der Stadt Zürich vom Jahre 1553, hgg. von Schauberg, 1845, Blatt 101; Leu, J.J., Eidg. Stadt- und Landrecht, 1728, II, XXII. Titel, S. 437 ff., bes. S. 444; Blumer, a. a. O. I, S. 433; Rossel, a. a. O., S. 133; Statuten der Riviera (Art. 183), von Biasca (Art. 102), von Blenio (70), zitiert nach Huber, E., a. a. O. IV, S. 775.

Nach den angeführten und vielen anderen bündnerischen Urkunden bewirkt der Verfall eines Jahreszinses dessen Verdopplung. Der Heimfall tritt ein, wenn der verdoppelte Zins samt dem zweiten Jahreszins auf dessen Verfalltag nicht bezahlt wird, so daß eine Schuld in der dreifachen Höhe des Jahreszinses besteht.

Urkunden der Abtei St. Gallen V, Nr. 2965 (1420): Wenn der Zins eines Jahres nicht entrichtet wird und «ain zins den andren erlüffi», sollen die beiden Mühlen dem Gotteshaus «ledig und loß» sein, zu freier Verfügung; Nr. 3207 (1424): das Gut ist zinsfällig, wenn «zwen zins den dritten erluffint», Nr. 4035 wie Nr. 2965; ebenso Nr. 4062; in Nr. 4181 (1439) beruft sich der Beklagte vor dem Pfalzgericht darauf, daß er das Recht gehabt hätte, das Gut an sich zu ziehen, weil der Zins wohl dreimal nicht ausgerichtet worden sei.

²²⁾ Rennefahrt, a. a. O. II, S. 357, III, S. 307; Huber, E.,

Von grundsätzlicher Bedeutung ist das Vorkaufsrecht des Grundherrn. In ihm kündigt sich das Eigentum des Lehenmannes am Gute an. Wenn der Grundherr es auch, wie vielfach vereinbart ist, zu einem geringeren als dem Verkaufspreis ausüben kann, muß er dem Lehenmann doch mindestens den Betrag ersetzen, um den dieser den Wert der Liegenschaft erhöht hat durch die Erstellung von Bauten, die Anpflanzung von Bäumen oder Reben, kurz den Wert der Besserung. Die Besserung gehört dem Lehenmann, weil er sie durch seine Arbeit geschaffen hat. Die Besserung kann mehr wert sein als der ursprünglich empfangene Boden. So ist es in der Stadt. Das Haus ist mehr wert als der Bauplatz, auf dem es erbaut wurde. Das Haus gehört dem Lehenmann. Es ist die Besserung. Es wird auch rechtlich zur Hauptsache. Es bestimmt demgemäß das rechtliche Schicksal auch des Bodens. Die Teilung des Eigentums (der Boden gehört dem Grundherrn, das Haus, auch wenn es nicht eine Fahrnisbaute ist, gehört dem Lehenmann), welche mit der deutschen Rechtsauffassung vereinbar ist, fällt schließlich wieder dahin. Dem Eigentümer am Hause wird auch das Eigentum am Boden zuerkannt, das bloß belastet ist mit dem Erbleihezins, welcher den rechtlichen Charakter der Grundlast erhält, wie die Rente, und nur abgelöst zu werden braucht, damit freies Grundeigentum entsteht. Gegen diese Vernunft der Tatsachen konnte sich nicht einmal die Vernunft der römischen Juristen behaupten. Das Axiom «superficies solo cedit» wird in den Statuten der Stadt Ascona, wie Simoncelli in seinem grundlegenden Werk über die Emphyteusis (S. 96) sagt, wenigstens unter bestimmten Voraussetzungen in sein Gegenteil verkehrt: «solum superficie cedit».

Wer dem Boden durch eigene Arbeit seinen Wert gibt, wird sein Eigentümer. Das ist alte deutsche Rechtsauffassung: Durch schwere, auch mit eigenen Kosten verbundene Arbeit, durch eigene, rechte Arbeit (*proprio justo*

a. a. O. III, S. 571 f., IV, S. 773, Anm. 6, und S. 775; Gerichtsbuch der Stadt Zürich, hgg. von Schauberg, 1845, Blatt 101.

labore, proprio sudore) wird volles Eigentum am wüsten Land erworben^{23).}

Francesco Schupfer, der Altmeister der italienischen Rechtsgeschichte, spricht vom Prinzip der Arbeit, das mit den Invasionen der germanischen Völkerschaften die Herrschaft in der Welt angetreten, zur Bildung eines neuen Eigentums geführt und das nach römischem Recht allein anerkannte Eigentum des Grundherrn verdrängt habe^{24).}

Darauf ist es auch zurückzuführen, dass selbst innerhalb der Grundherrschaft dem Bauer schon im Mittelalter zum mindesten ein eigentumsgleiches Recht zuerkannt worden ist, das Nutzungseigentum. Zinseigen heißt es in den Konstanzer und Thurgauer Urkunden des 14. Jahrhunderts^{25).}

Wo der damit umschriebene Typus des Erbleiherechts sich ausgebildet hat und zur Vorherrschaft gelangt ist, sind die

²³⁾ Bethge, O., Über «Bifänge», VjSWG 20, 1928, S. 139 ff.

²⁴⁾ Schupfer, Fr., Precarie e livelli nei documenti e nelle leggi dell'alto medio evo, Rivista italiana per le scienze giuridiche XL, 1905, p. 150. In der italienischen Wissenschaft ist dieses Problem vielfach diskutiert worden. Vgl. Salvioli, G., Storia del diritto italiano, 9a ed., 1930, p. 510.

²⁵⁾ Wohl wird zwischen Erbe und Eigen unterschieden; Erbe ist das Erbleihegut und Erbleiherecht («nomine emphyteosis seu jure hereditario, quod vulgo erbe dicitur»), so bei Huber, a. a. O. IV, S. 693 und 761, Anm. 22. Aber auch das Erbe erscheint als (hofrechtliches) Eigentum. Nicht selten wird das Erbleihegut im 16. Jahrhundert als «fry, ledig, eigen» bezeichnet. Vgl. z. B. Geiser, a. a. O., S. 16; Kläui, P., Die Grundherrschaft Flaach-Volken, Diss. Zürich 1932, S. 39; ebenso ungedruckte Bündner Urkunden.

In den Konstanzer Grundeigentumsurkunden 1152—1371, hgg. von K. Beyerle, 1902, findet sich vereinzelt die Bezeichnung «zinserbe», viel häufiger aber «zinsaigen seu zinslehen», «zinseigen, id est censuale preedium secundum comune ius civium» (S. 15, 1225), «iure censuale qui vulgo dicitur zinsaigen (S. 211, 278, 296, 316, 330, 335, 340, 343, 425), «ius quod dicitur zinsaigen (S. 218, 219, 220).

Thurgauisches Urkundenbuch IV, Nr. 1203 (1315): «ex causa venditionis iure, quod dicitur cinsaigen».

Die Bezeichnung «dominium directum» und «dominium utile» in den Urkunden der Abtei St. Gallen III, Nr. 1142 (1303) und 1436 (1346).

wesentlichen Voraussetzungen für die Entstehung des freien bäuerlichen Grundeigentums bereits verwirklicht, zum mindesten ist ihre Verwirklichung gesichert.

Dem Bauer sind allerdings auch Früchte in den Schoß gefallen, die ihn keine Mühe und keine Arbeit gekostet haben. Es sind die Früchte einer Geldentwertung, die sich durch alle Jahrhunderte des Mittelalters und der Neuzeit vollzogen und in wechselndem Tempo stetig fortgesetzt hat. Davon hat der Bauer profitiert, sobald seine Zinse und sonstigen Abgaben einmal in Geld festgesetzt waren. Das sehen wir an den Erbleihezinsen, welche die bernische Finanzverwaltung heute noch Jahr für Jahr bezieht. Sie werden von den Eigentümern einiger Dutzend Radwerke bezahlt, die auf Grund von Erbleihetiteln ehehafte Wasserrechte nutzen. Sie konnten nicht abgelöst werden, weil die bernische Regierung sie im Jahre 1804 in Abgaben für die Ausübung eines ehehaften Gewerbes umgewandelt hat. Sie betragen 27 Rappen, 54 Rappen, 1 Franken und 9 Rappen. Im 16. Jahrhundert mußte als Erbleihezins das feiste Mühleschwein entrichtet werden, der «Müllibarg», wie das Tier in Urbaren heißt. Es war 30 Schillinge wert. Aus diesen 30 Schillingen sind bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts 109 Rappen geworden. An dieser Leistung aber wird weiterhin festgehalten²⁶⁾.

Der dargestellte Erbleihetypus entspricht der Emphyteusis des Corpus juris civilis. Die Emphyteusis ist in der Gestalt, welche sie durch die Konstitutionen verschiedener spätrömischer Kaiser erhalten hat, abschließend durch Justinian, ein Rechtsverhältnis sui generis. Sie gibt dem Emphyteuta das veräußerliche und vererbliche Recht zu unbeschränkter Nutzung fremden Bodens nach eigener Disposition. Der Emphyteuta genießt den gleichen Rechtsschutz wie der Eigentümer (rei vindicatio utilis, actio negatoria utilis, actio confessoria utilis, Sachbesitzinterdikte). Er hat dem Eigentümer einen dauernd unveränderlichen jährlichen Zins (canon, vectigal) zu zahlen, gegebe-

²⁶⁾ Geiser, a. a. O., S. 45 f.

nenfalls ein Einstandsgeld bei Übernahme des Grundstückes, und ist zur Melioration verpflichtet, wenn dies vereinbart ist. Am frei veräußerlichen Recht des Emphyteuta steht dem Eigentümer das *Ius protimiseos* zu: Er kann innert zwei Monaten seit Kenntnisnahme in den Veräußerungsvertrag eintreten und dadurch das Gut an sich ziehen. Macht er davon keinen Gebrauch, hat er Anspruch auf das Laudemium, eine Handänderungsabgabe in der Höhe von 2 % des Kaufpreises (*quinquagesima pars*). Der Erbpächter verwirkt sein Recht: 1. wenn er das Gut verschlechtert (*Deterioration*); 2. wenn er dem Eigentümer vom Abschluß eines Veräußerungsvertrages keine Anzeige macht; wenn er das Laudemium nicht bezahlt; wenn er die öffentlichen Abgaben nicht leistet; 3. wenn er mit drei Jahreszinsen ganz oder teilweise im Rückstand ist; bei der kirchlichen Erbpacht, wenn er mit zwei Jahreszinsen im Rückstand ist²⁷⁾.

Unser spätmittelalterlicher und neuzeitlicher Erbleihetypus stimmt damit in so frappanter Weise überein, daß es als völlig rätselhaft erscheinen müßte, wie er sich unabhängig von diesen Normen des römischen Rechtes hätte bilden können. Diese Übereinstimmung ist, namentlich weil sie sich auf so präzise und zahlenmäßige Einzelheiten (wie in der Regelung des Zinsverzuges) erstreckt, so schlagend, daß sie nur aus der Übernahme der Bestimmungen des römischen Rechts erklärt werden kann. Wir können den deutschen Rechtshistorikern, welche nicht wahr haben wollen, daß das römische Recht von maßgebendem Ein-

²⁷⁾ Zur Geschichte der griechisch-römischen Erbpacht: *Mitteis*, a. a. O. Darauf beruht die Darstellung bei *Sohm-Mitteis-Wenger*, *Institutionen*, 17. Aufl., 1928, S. 335 ff. Zur Ausbildung der römischen Erbpacht: *Mayr, R. v.*, *Römische Rechtsgeschichte* (Sammlung Göschen) IV, S. 113 ff. Eine ausgezeichnete dogmatische Darstellung der *Emphyteusis* des *Corpus juris* ist der Artikel von *Arndts* in *Weiskes Rechtslexikon* III, 1841. Das maßgebende, historisch und dogmatisch gleich umfassende Werk ist *Simoncelli, V.*, *Della enfiteusi*, 2. Aufl. von *Brugi*, Neapel und Turin 1922.

fluß auf die deutschrechtliche Erbleihe gewesen sei²⁸⁾, wenigsten für große Teile unseres Landes, nicht folgen. Die gegenteilige Vermutung Blumers²⁹⁾ verstärkt sich zur Gewißheit. Mit der Aufstellung dieser These, so evident sie auch erscheinen muß, hat der Rechtshistoriker indessen seine Aufgabe noch nicht erfüllt. Er sollte auch zeigen, auf welchem Wege das römische Recht bei uns Eingang finden konnte.

Die Rezeption des 15. und 16. Jahrhunderts gegenüber welcher man sich in der Eidgenossenschaft, nicht zuletzt aus politischen Gründen, ablehnend verhielt, scheidet aus. Unser Erbleihetypus ist älter. In Graubünden setzt er sich seit dem Ende des 14. Jahrhunderts durch, und anderwärts ist er ebenfalls schon im 14. Jahrhundert vereinzelt vertreten. Andere Möglichkeiten müssen geprüft werden.

Es sind die folgenden:

1. Die Fortwirkung von römischem Recht, welches in einzelnen Gebieten unseres Landes über den Untergang des römischen Reiches hinaus erhalten blieb oder in der fränkischen Zeit ins deutsche Recht aufgenommen wurde;
2. Die Übernahme von römischo-rechtlichen Formen der Bodenleihe, welche in Italien oder Frankreich über den Untergang des römischen Reiches erhalten geblieben sind.
3. Die Aufnahme des römischen Erbpachtrechtes, welches durch die italienische Rechtswissenschaft des 12. und 13. Jahrhunderts neu erarbeitet und dargestellt worden ist.

VII.

«In der ersten Zeit des Frankenreichs beherrschen die aus dem spätrömischen Recht herstammenden, in Gallien vorgefundenen Leiheformen dieses Rechtsgebiet vollständig

²⁸⁾ Schwerin, Cl. Freiherr von, *Grundzüge des deutschen Privatrechts (Grundrisse der Rechtswissenschaft)*, 1919, S. 145; Arnold, W., *Eigentum* S. 145, 154, 174.

²⁹⁾ *Staats- und Rechtsgeschichte I*, S. 431.

ja man kann sagen, daß das ganze Leiherecht des Mittelalters auf den von dem römischen Recht herübergewonnenen Grundlagen aufgebaut ist.»³⁰⁾ Das römische Erbpachtrecht ist in fränkischer Zeit in Gallien angewendet worden, namentlich in der kirchlichen Leihe. Aber weil der Erbleihe immer und überall die Tendenz innegewohnt hat, das Eigentum des Grundherrn zu verdrängen, erließen die kirchlichen Behörden wiederholt das Verbot, Kirchengut nach Emphyteuserecht zu vergeben. Die fränkische Precaria trat an die Stelle der Erbpacht. Durch sie konnte das grundherrliche Eigentum gegenüber dem Leiheempfänger viel leichter gewahrt werden³¹⁾. Darauf mußte es der Kirche ankommen, denn stets hat sie an dem Rechtssatz festgehalten, daß Kirchengut unveräußerlich sei³²⁾. Aber die Bestimmungen des Emphyteuserechts über den Zinsverzug sind auch in die Precaria-Verträge übernommen worden. Die Formulae Augienses (Kloster Reichenau) vom Ausgang des 8. Jahrhunderts geben sie wieder, und zwar genau in der Form, in der sie uns im 14. Jahrhundert wieder in Graubünden und im Tirol entgegentreten³³⁾. Sie sind auch in einer Reihe von Precaria-Urkunden des Klosters St. Gallen aus dem 8. und 9. Jahrhundert enthalten. Dann aber verschwinden sie, um erst am Ende des Mittelalters wieder aufzutauchen³⁴⁾.

³⁰⁾ Heusler, Institutionen II, S. 168.

³¹⁾ Hartmann, L.M., Bemerkungen zur italienischen und fränkischen Precaria, VjSWG III (1906), S. 340 ff.; Brunner, H., Die Erbpacht der Formelsammlungen von Angers und Tours, Gesammelte Aufsätze, 1894, S. 661 ff., 674.

³²⁾ Stutz, U., Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens I, 1895, S. 10.

³³⁾ MG LL, Formulae, S. 361, auch abgedruckt bei Wopfner, H., Urkunden zur deutschen Agrargeschichte, 1928, S. 40: Wenn der Zins nicht termingemäß bezahlt wird, verdoppelt er sich; bleibt der doppelte Zins samt dem neu aufgelaufenen am folgenden Termin aus, fällt das Gut samt der Besserung heim.

³⁴⁾ Urkunden der Abtei St. Gallen I, Nrn. 24, 33, 61, 93 (Der Rückstand des Zinses während drei Jahren begründet den Heimfall), 87, 91, 109, 202, 310 (Verdoppelung des Zinses im zweiten,

Wenn der Sachsenspiegel, der Spiegel deutscher Leute und der Schwabenspiegel das tatsächlich geltende Recht wiedergäben, hätten wir im Rutscherzins das Zinsrecht ihrer Zeit zu sehen, in diesem Zins, der sich vom Verfalltage an von Tag zu Tag immer wieder verdoppelte, bis er den Wert des Gutes erreichte, worauf dieses heimfiel³⁵⁾). Der Rutscherzins, der zwar in Urkunden und Weistümern hin und wieder erscheint, auch in unserem Lande³⁶⁾), zuweilen in höchst gemüt- und humorvoller Ausgestaltung³⁷⁾), hat indessen nie und nirgends ausschließliche oder nur vorherrschende Geltung gehabt³⁸⁾). Er ist übrigens eine sonderbare Abwandlung der auf römischem Gewohnheitsrecht beruhenden *Duplae stipulatio* (*stipulatio duplae penae*)³⁹⁾). Diese selbst begegnet uns in schweizerischen

ausnahmsweise Verdreifachung im dritten Jahr), 62, 67, 71, 74, 75, 76, 77, 78, 84, 86, 88, 94, 105, 117, 120 (das Duplum als Konventionalstrafe).

³⁵⁾ Sachsenspiegel, LR, I, Art. 54, § 2; Schwabenspiegel, Ausgabe Laßberg 84, Ausgabe Wackernagel 69; Spiegel deutscher Leute (hgg. von Ficker) 75.

³⁶⁾ Blumer, a. a. O. I, S. 431; Quellenwerk zur Entstehung der Eidgenossenschaft, Abt. Urbare und Rödel II, S. 14; Zürcher Urkundenbuch Nr. 517 (1328), wonach die Konventionalstrafe am Tage nach dem Zinstermin verfällt und sich dann von 7 zu 7 Tagen immer wieder um ihren Betrag erhöht.

³⁷⁾ Siehe z.B. Grimm, Rechtsaltertümer I, S. 534 ff.

³⁸⁾ Sickel, W., Die Bestrafung des Vertragsbruches, 1876, S. 52 ff., bes. S. 59. Die gleiche Feststellung ergibt sich auch aus den Untersuchungen zur städtischen Erbleihe, worüber die schon oben angegebene Literatur zu vergleichen ist.

³⁹⁾ Loening, R., Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876, S. 79 f. und Anhang S. 534 ff. Über die römische *Duplae stipulatio* im allgemeinen: Windscheid, Pandekten II, § 391, Anm. 3, und Heusler, Institutionen I, S. 64. Über die *Poena dupli* in den Volksrechten und Formelsammlungen der fränkischen Zeit: Beyerle, F., Die süddeutschen Leges und die merowingische Gesetzgebung, ZRG 49 (1929), S. 311. Zur *Poena dupli* im Mainzer Reichslandfrieden von 1235 äußert sich H. Mitteis in ZRG 62 (1942), jedoch mehr beiläufig und ohne Kenntnis ihrer wirklichen Verbreitung; ihm scheint das Duplum aus dem Mainzer Reichslandfrieden in den

Urkunden auch noch in den Jahrhunderten, in denen das römische Erbpachtrecht längst verdrängt war⁴⁰⁾.

Im deutschen Mittelalter steht das römische Zinsrecht nicht mehr im Gebrauch. Selbst da, wo römisches Recht am längsten nachgewirkt hat, im rätischen Gebiet, ist es verschwunden. Wenn der Zins nicht termingemäß entrichtet wird, tritt in der Regel der Heimfall sofort ein, ausnahmsweise mit dem Ablauf einer ganz kurzen Nachfrist. Dies ergibt sich aus zahlreichen rätischen Urkunden⁴¹⁾. Erst seit dem Ende des 14. Jahrhunderts erscheint das römische Zinsrecht von neuem als Bestandteil unseres Erbleiherechts, erobert allmählich ein Rechtsgebiet unseres Landes nach dem anderen und trägt damit zur Ausgestaltung des mehr oder weniger einheitlichen Typus der Erbleihe bei, von dem wir ausgegangen sind.

Eine Kontinuität zwischen diesem spätmittelalterlichen und neuzeitlichen Erbleiherecht einerseits und den römisch-rechtlichen Bestandteilen des Leiherechts der fränkischen Zeit oder mit dem alträtischen römischen Vulgarrecht anderseits besteht nicht.

Schwabenspiegel (LR 70, 126e, 235, 258 der Ausgabe von Laßberg) eingedrungen zu sein.

⁴⁰⁾ Vgl. die Urkunden westschweizerischer Herkunft in den *Fontes Rerum Bernensium* I, S. 50 (993—996), 61 (1009), 63 (1011), 70 (1019), 77 (1025), 285 (993—996), 467/68 (1181/82).

⁴¹⁾ Mohr, *Codex diplomaticus* II, Nr. 147 (1312), 261 (1339), 262 (1339), 291 (1343); III, Nr. 43 (1350), 59 (1354), 102 (1362), 114 (1363), 114 (1363), 168 (1372); IV, Nr. 34 (1380), 38 (1380), 42 (1381), 51 (1382), 56 (1382), 56 (1383), 239 (1398). Diese Bedingungen werden vom Herausgeber als die gewöhnlichen bezeichnet und deshalb in mehreren Urkunden gar nicht wiedergegeben. Ich vermute, daß diese Regelung allgemeiner Gewohnheit entsprochen habe. In den zahlreichen St.-Galler Urkunden des 11., 12. und 13. Jahrhunderts fehlen besondere Bestimmungen über den Zinsverzug. Erst am Ende des 14. Jahrhunderts werden sie häufiger, und zwar sind es in mehreren Urkunden die gleichen wie in den zitierten rätischen Urkunden. Wenig später aber setzen auch die Urkunden mit den Bestimmungen des römischen Zinsrechtes ein und werden im Laufe des 15. Jahrhunderts häufiger.

Auch wo in Rätien viel früher als in den Erbleiheurkunden Sätze des römischen Rechts zur Anwendung kommen, stammen sie nicht etwa aus dem römischen Vulgärrecht, das da besonders lange nachgewirkt hat, sondern aus dem von der Bologneser Rechtsschule wiedererweckten Recht des *Corpus juris*. Das zeigt sich an einem Prozeß aus dem Jahre 1186 vor dem geistlichen Gericht um eine Schenkung Kaiser Friedrichs I. für das Hospiz auf dem Septimer⁴²⁾.

VIII.

Wir begeben uns auf den zweiten ins Auge gefaßten Weg, befassen uns also mit der Frage, ob die dem justinianischen Recht entsprechende Ausgestaltung unseres Erbleiherechts aus der Übernahme der am Ende des Mittelalters in Italien oder in Frankreich vorherrschenden Leiheformen zu erklären sei.

Die Emphyteusis des justinianischen Rechts gehört zu den Rechtseinrichtungen, welche in Italien den Untergang des römischen Reiches überdauerten und im mittelalterlichen Recht weitergelebt haben. Sie wurde in der Verwaltung der päpstlichen Patrimonien zur Zeit Gregors I. angewendet, ferner in den am längsten zum oströmischen Reich gehörigen Teilen Italiens und hat sich vom Ravennatischen her in der Lombardei verbreitet⁴³⁾.

Ihre Zweckbestimmung und ihr Anwendungsbereich decken sich mit der freien Erbleihe des deutschen Kolo-

⁴²⁾ Siehe darüber den Aufsatz von Aloys Schulte, mit juristischen Bemerkungen von Leopold Wenger, MJOG, 1907, S. 117 ff.

⁴³⁾ Grisar, H., Verwaltung und Haushalt der päpstlichen Patrimonien um das Jahr 600, Zeitschrift für kath. Theologie I (1877), S. 526 ff.; Mommsen, Th., Die Bewirtschaftung der Kirchengüter unter Papst Gregor I., Zeitschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte I (1893), S. 43 ff., auch in Gesammelte Schriften III (1907), S. 177.

Roberti, M., Svolgimento storico del diritto privato in Italia, 2^a ed., II, p. 176 sg.; Salvioli, G., Storia del diritto italiano, 9^a ed. (1930), p. 450 sg., 497 sg.

nistenrechts. Neben ihr und in Anknüpfung an sie hat sich in Italien eine zweite Form der Bodenleihe ausgebildet, die nach ihrem Zweck und nach der sozialen und rechtlichen Stellung des Empfängers unserer hofrechtlichen Leihe nahesteht. Das ist das *Jus libellarium, il Livello*⁴⁴⁾.

Wie die hofrechtliche Leihe sich bei uns allmählich der freien angeglichen hat, so haben sich auch in Italien *Emphyteusis* und *Libellus* zu weitgehender inhaltlicher Übereinstimmung entwickelt⁴⁵⁾). Der *Libellarkontrakt* ist zwar regelmäßig nur auf 29 Jahre abgeschlossen worden. Aber er mußte bei Ablauf dieser Dauer vom Leihegeber immer wieder erneuert werden, und zwar auch zugunsten von Erben, die vertraglich von der Nachfolge ausgeschlossen waren. Dieses Gewohnheitsrecht ist von der Rechtswissenschaft anerkannt und befestigt worden. Es fand seinen Ausdruck in der *Consuetudo Bartoli*⁴⁶⁾). Als Erbleihe ist das *Livello* in Italien, wie Schupfer sagt, zur Landleihe schlechthin geworden⁴⁷⁾). Die Veräußerungsbeschränkungen sind frühzeitig und gründlich abgebaut worden. Vor allem ist auch das Heimfallsrecht außer Übung gekommen. Es ist im *Livello* ersetzt worden durch die Konventionalstrafe und durch das Recht zur Pfändung der Früchte, der eingebrachten Fahrnis und der Besserung. Die Zinsleistung ist zu einer rein persönlichen Schuld des Lehenmannes, des *Libellariers*, geworden. Namentlich in den Gebieten der Stadtstaaten wurden die grundherrlichen Rechte radikal

⁴⁴⁾ Über die Unterschiede zwischen *Emphyteusis* und *Libellus* vgl. namentlich Schupfer, Fr., *Riv. it. per le scienze giuridiche* XL (1905), p. 149, 154 sg.; Roberti, a. a. O., S. 182; Salvioli, a. a. O., S. 501; Simoncelli, a. a. O., S. 82; über den Stand der Erbpächter auch Kowalewski, M., *Die ökonomische Entwicklung Europas* I (1901), S. 34.

⁴⁵⁾ Außer den hiervor zitierten Stellen: Pivano, S., *Contratti agrari in Italia nel medio evo*, 1904, p. 18, 23, 182 sg., 249 sg., 265 sg. Ein und dasselbe Leiheverhältnis wird als *Investitura* oder *Locatio «libellario et emphyteuticario iure»* bezeichnet.

⁴⁶⁾ Schupfer, a. a. O., S. 152; Simoncelli, a. a. O., S. 90.

⁴⁷⁾ Schupfer, a. a. O., S. 155.

beschnitten, auf eine bloße Rentenberechtigung reduziert und teilweise aufgehoben, und zwar lange bevor diese Entwicklung nördlich der Alpen einsetzt⁴⁸⁾. Höchstens in der Urschweiz, wo eine frühzeitige Ablösung der grundherrlichen Rechte erfolgt ist und Schwyz und Nidwalden im 15. Jahrhundert die Begründung von Erbleiheverhältnissen verboten, haben wir ein Gegenstück⁴⁹⁾.

Dieses italienische Erbleiherecht stand in der Entwicklung zum bäuerlichen, bloß durch die Rentenberechtigung des Herrn beschränkten Grundeigentum bereits auf einer Stufe, welche, wenigstens im Hofrecht, diesseits der Alpen noch lange nicht erreicht war, und konnte deshalb nicht einfach übernommen werden. Wohl mag es in einzelnen schweizerischen Gebieten als Vorbild seinen Einfluß gehabt haben. Aber gerade die Bestimmungen über die Folgen der Zinssäumnis, auf die es uns ankommt, finden sich in den italienischen Libellarkontrakten nicht. Diese weisen auch sonst in ihrem Formular ganz bestimmte, typische Züge auf, durch welche sie sich ganz deutlich unterscheiden von unseren Erbleiheverträgen. In Graubünden haben wir diese Erbleiheverträge und die Libellar-kontrakte nach italienischem Muster nebeneinander. Im Oberengadin sind noch im 19. Jahrhundert Libellarkontrakte in den gleichen Formen abgeschlossen worden, in denen sie uns 1000 Jahre früher in Italien entgegentreten. Wir können feststellen, daß sich die Formen der Libellar-kontrakte einerseits, der Erbleiheverträge anderseits in völliger Unabhängigkeit gegenüberstehen. Die letzteren sind den ersteren nicht angepaßt worden.

⁴⁸⁾ Simoncelli, a. a. O., S. 78 ff., 90, 95 f., 119 ff.; Roberti, a. a. O., S. 177, 183 f.; Salvioli, a. a. O., S. 501; Schupfer, a. a. O., S. 150 ff.; Solmi, A., Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medio evo, 1937, p. 63, 67, 76 sg. Schon 1859 hat Mone (Z. f. Gesch. des Oberrheins X, S. 173) auf Italien hingewiesen und bemerkt, daß da im Gegensatz zu Süddeutschland der Emphyteuta und der Libellarier ein von grundherrschaftlichen Beschränkungen beinahe freies Besitzrecht an ihren Gütern haben.

⁴⁹⁾ Blumer, a. a. O. I, S. 433 f.; Huber, E., a. a. O. IV, S. 768.

Es darf also als ausgeschlossen gelten, daß die dem justinianischen Recht entsprechenden Bestimmungen unseres Erbleiherechts dem italienischen Livello entlehnt worden sind.

Wenn aber auch im Livello das spätmittelalterliche bäuerliche Erbleiherecht Italiens schlechthin zu sehen ist, sind doch die Emphyteuseverträge mit ihren besonderen Formen nicht verschwunden. Ein interessantes und historisch bedeutsames Beispiel eines solchen Vertrages ist die von einem Comasker Notar verfaßte Urkunde vom 25. November 1286, mit welcher der neubegründeten Walser Kolonie im Rheinwald von Probst und Kapitel der Kirche S. Giovanni und S. Vittore im Misox der Talboden von Hinterrhein zu erblicher Leihe gegeben wird⁵⁰⁾. Aber auch in dieser Urkunde finden sich die Zins- und Heimfallsbestimmungen des römischen Rechts nicht. Der Zinsverzug zieht eine Konventionalstrafe nach sich, wie in den Libellarkontrakten; der Heimfall als Verzugsfolge ist nicht vorgesehen. Wir werden im folgenden Abschnitt zur Feststellung gelangen, daß die römisch-rechtlichen Zinsbestimmungen von Erbpachtverträgen italienischer Herkunft auf die Erneuerung des römischen Rechts durch die Wissenschaft zurückzuführen sind.

Wenn eine Vertragsbestimmung aus dem italienischen Gewohnheitsrecht, wie es seit römischer Zeit das Vertragsrecht beherrschte, diesseits der Alpen aufgenommen wurde und weite Verbreitung gewann, ist es die *Duplae stipulatio*⁵¹⁾.

In Frankreich kommt die Emphyteusis in ihrer römisch-rechtlichen Form im hohen Mittelalter kaum mehr vor. Die Leiheverhältnisse des Gewohnheitsrechts konnten

⁵⁰⁾ Die Urkunde ist abgedruckt bei Meyer, Karl, Über die Anfänge der Walserkolonien in Rätien, Bündn. Monatsblatt 1925, S. 287 ff.

⁵¹⁾ Sie begegnet uns in den italienischen Urkunden auf Schritt und Tritt. So z. B. bei Fossati, Codice diplomatico della Rezia (Periodico Comense III—XII) in den Nummern 9, 55, 64, 66, 67, 70, 71, 92, 109, 121, 139, 142 aus den Jahren 837 bis 1174.

nur in einem weiteren Sinn als Emphyteusis bezeichnet werden («Verbum emphyteusis est aequivocum», heißt es im 16. Jahrhundert). Auch die wissenschaftliche Renaissance des römischen Rechts im 13. Jahrhundert hatte die Praxis nicht umzugestalten vermocht. Garsonnet ist überzeugt, daß die Emphyteusis diesseits der Alpen im Mittelalter untergegangen sei. Chénon findet die Bestimmungen des justinianischen Rechts über die Folgen des Zinsverzugs einzig in dem außerhalb der französischen Rechtstradition stehenden Elsaß vor, was sehr aufschlußreich ist⁵²⁾.

IX.

So bleibt nur die dritte Möglichkeit übrig, welche von vornherein die größte Wahrscheinlichkeit für sich hat: Die Aufnahme des römischen Erbpachtrechtes, welches durch die italienische Rechtswissenschaft des 12. und 13. Jahrhunderts aus dem *Corpus juris* neu erarbeitet und dargestellt worden ist.

Ende des 11. Jahrhunderts ist in Italien der Urtext des Digestenwerkes Justiniens neu entdeckt worden. Zur Zeit Friedrich Barbarossas stand die Schule der Glossatoren zu Bologna auf ihrer Höhe. Der Kaiser ist zu ihr in feste Verbindung getreten. In Frankreich und auch in Deutschland wird das römische Recht bekannt und zunutze gezogen. In beiden Ländern erlebt es seine erste Renaissance⁵³⁾. Allenthalben tritt uns in den Quellen seit

⁵²⁾ Garsonnet, E., *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris 1879, p. 262; Chénon, E., *Histoire générale du droit français public et privé*, p. 191 et suiv.; Chénon, E., *Les démembrements de la propriété foncière*, 2^e éd., 1923, p. 51 et suiv., 75. Tocilesco, G.-G., *Etude historique et juridique sur l'emphytéose en droit romain, en droit français et en droit roumain*, Thèse Paris 1883, p. 242 et suiv.

⁵³⁾ Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* I, S. 1 ff.; Goetz, W., *Das Wiederaufleben des römischen Rechtes im 12. Jahrhundert* (Arch. f. Kulturgeschichte X, 1912, S. 25 ff; Wolf, E., *Große deutsche Rechtsdenker*, 2. Aufl., 1943, S. 3, 60 ff.

dem Ende des 12. und dann im 13. Jahrhundert seine Kenntnis entgegen. Wenn auch die Termini des römischen Rechts und die formelhafte Bezugnahme auf dieses in den Urkunden meistens keinem eigentlichen Verständnis entspringen, sondern bloß den Anschein juristischer Bildung und Gelehrsamkeit erwecken sollen⁵⁴⁾), ist doch die Tatsache, daß römisches Recht bekannt ist und seine Autori-

⁵⁴⁾ Huber, E., a. a. O., S. 115 f.; Arnold, Gesch. des Eigentums, S. 144 f.: «... eine harmlose und unschuldige Anwendung römischer Ausdrücke, eine Art Übersetzung ins Lateinische, wobei man stets das Original vor Augen hielt; die Verhältnisse des Lebens nach fremden Schulbegriffen umgestalten zu wollen, wie spätere Romanisten getan und damit die Aufgabe des Rechts auf den Kopf gestellt haben, fiel niemandem ein». Hasenöhrl, V., Beiträge zur Geschichte der Rechtsbildung und der Rechtsquellen in den österreichischen Alpenländern bis zur Rezeption des römischen Rechts, Arch. f. österr. Gesch. 93, 1904, S. 275 ff.

Verzeichnis solcher Formeln aus schweiz. Urkunden bei Huber, a. a. O., S. 116, Anm. 9. Zu ihrer Erklärung neben Hasenöhrl bes. Voltolini, H. v., Acta Tirolensia II, 1899; über die Formel «*stipulatione subnixa*» besonders aufschlußreich: Löning, Richard, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876, S. 536 ff.

Typisches Beispiel für solche Formeln in Erbleiheurkunden bei Beyerle, K., Konstanzer Grundeigentumsurkunden Nr. 175 (1323): «*Renunciavimus nos... omni exceptioni doli mali, deceptionis ultra dimidium iusti pretii, beneficiis restitutionis in integrum principaliter et incidenter, non adhibite sollempnitatis, litteris a sede apostolica vel aliunde impetratis et impetrandis, omnique iuris canonici, civilis et consuetudinarii auxilio et defensioni...*» In den Urkunden der Abtei St. Gallen setzen sie in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts ein, z. B. Bd. III, Nr. 1015 (1278): «*renunciantes pro nobis nostrisque successoribus universis exceptioni, defensioni, consuetudini, litteris a sede apostolica aut aliunde impetratis vel impetrandis, juris auxilio canonici et civilis, et generaliter omni rei, mediante qua dicta donatio irritari posset aliquatenus vel cassari*»; Nr. 1018 (1279): «*Renuncio insuper pro me et heredibus meis omni jure auxilio, canonici et civilis, consuetudini et statuto, exceptioni deceptionis ultra medium justi pretii, doli, quod metus causa, non numerate pecunie, omnibus litteris impetratis...*»; Nr. 1079 (1293): «*renuntiamus... beneficiis restitutionis in integrum... privilegio fori... exceptioni doli, quod metus causa...*» usw. wie oben.

tät anerkannt wird, bedeutsam. Es bestand kein Hindernis mehr, es heranzuziehen, wo es den eigenen Anschauungen und Bedürfnissen entsprach, und seine Regeln anzuwenden, wo eigene Satzungen und Gewohnheiten fehlten oder der exorbitanten Mannigfaltigkeit nicht Herr zu werden vermochten, wie sie bei uns gerade in der Ausgestaltung des Erbleiherechts herrschte, besonders hinsichtlich der Folgen des Zinsverzuges und der Heimfallsbedingungen. Wie vernünftig, zweckgemäß und der Interessenlage entsprechend mußten doch die justinianischen Regeln hierüber erscheinen gegenüber dem in seiner formellen Strenge nicht mehr durchführbaren eigenen Zinsrecht und seinen ganz unrationalem Milderungen, wie Rutscherzins und der gleichen, sowie gegenüber all den von Fall zu Fall getroffenen Vereinbarungen verschiedenster Art. So lag es sicherlich nahe genug, die römische Emphyteusis zum Vorbild zu nehmen, sobald sie wieder bekannt wurde. Zum mindesten da, wo das römische Recht, wie es die Glossatoren darlegten und erklärten, die Rechtsformen darbot, welche den eigenen Rechtsanschauungen und Rechtstatsachen entsprachen, mußte und durfte es als maßgebend erscheinen. So ist die Lehre der Glossatoren, daß dem Emphyteuta und Superficiarius nicht nur ein dingliches Recht an fremder Sache zustehe, sondern Dominium utile, Nutzeigentum, und dem Grundherrn nur Dominium directum, Obereigentum, im deutschen Rechtsgebiet gerne angenommen worden. Sie hat sich, wie Stobbe feststellt, zunächst im Süden eingebürgert und von da aus nordwärts ausgebreitet. Die Romanisten des 19. Jahrhunderts haben sich vor ihr bekreuzigt, da sie auf einem Mißverständnis

Diese und andere Formeln finden sich in den bündnerischen Urkunden, die aus italienischen Notariatskanzleien stammen oder nach deren Muster angefertigt wurden. Vgl. besonders die von Karl Meyer erstmals veröffentlichten Lehensurkunden für die Kolonie der deutschen Leute im Rheinwald: Urk. vom 24. Juli 1274 im Jahresbericht der Hist.-antiqu. Ges. Graubünden 1927, S. 39 ff., Urk. vom 25. November 1286, Bündn. Monatsblatt 1925, S. 289 ff.

der römischen Quellen beruht. Aber dieser sicher auch durch die Rechtsanschauungen und die Praxis ihrer Zeit bedingte Irrtum der Glossatoren entsprach den Bedürfnissen des Lebens und wirkte sich in der Entwicklung, welcher die Zukunft gehörte, fruchtbarer aus als so manche Doktrin einer quellengetreuen und begrifflich-systematisch überlegenen Rechtswissenschaft⁵⁵⁾.

Im Zinsrecht der Bodenleihe konnte das unverfälschte römische Recht unter gleichen Voraussetzungen und mit dem gleichen Erfolge übernommen werden.

Für die Tatsache, daß die von den Glossatoren aus den römischen Quellen erarbeiteten Grundsätze des Emphyteuserechts auch wirklich durch Rechtslehrer verbreitet wurden, haben wir ein schönes Zeugnis, welches auch von deutschen Rechtshistorikern wiederholt herangezogen worden ist, z. B. von Andreas Heusler⁵⁶⁾). Es ist der Traktat des Anselminus de Orto, *Super contractibus emphyteosis et precarii et libelli atque investiture*⁵⁷⁾. Anselminus de Orto war der Sohn des Obertus, eines berühmten Bearbeiters des langobardischen Lehenrechts, welcher 1142 und 1171 mailändischer Konsul war. Anselminus gehörte zur Bologneser Glossatorenenschule⁵⁸⁾.

Dem von den Glossatoren gelehrt römischen Recht wurden die Notariatsformulare angepaßt. Auf diesem Wege konnte das römische Recht in der Tätigkeit der Notare zur Geltung kommen. Damit konnte es auf die Praxis unmittelbarer und sicherer wirken als durch die Lehre in Wort und Schrift. So hat es maßgebenden Einfluß auf das Erbleiherecht im Südtirol und durch dieses auch in Deutschtirol

⁵⁵⁾ Über diese Theorie und ihre Aufnahme in Deutschland: Landsberg, E., *Die Glosse des Accursius*, 1883, S. 43 und 97 ff.; Stobbe, *Handbuch*, 3. Aufl., II, 1, S. 290 ff., II, 2, S. 417; Heusler, *Institutionen* II, S. 48 ff.; Gierke, *Deutsches Privatrecht* II, S. 368 ff.; Arnold, *Eigentum*, S. 146 ff.; Simoncelli, a. a. O., S. 119 ff.

⁵⁶⁾ *Institutionen* II, S. 173.

⁵⁷⁾ Hgg. und kommentiert von Jacobi, R., Weimar 1854.

⁵⁸⁾ Jacobi, a. a. O.; Simoncelli, a. a. O., S. 120.

erlangt. Über dieses Recht sind wir besonders gut unterrichtet. Einmal durch die ausgezeichneten Beiträge Hermann Wopfners zur Geschichte der freien Erbleihe Deutschtirols im Mittelalter (Gierkes Untersuchungen, Heft 67, 1903). Sodann steht uns für das Südtirol eine einzigartige Quelle zur Verfügung, nämlich die Imbreviaturen aus dem Trientner Archiv, welche Hans von Voltelini 1899 im 2. Band der *Acta Tirolensia* mit einer gehaltvollen Einleitung publiziert hat. Diese Imbreviaturen — man versteht darunter Eintragungen der Rechtsgeschäfte in gekürzter Form in die Register, nach welchen die Urkunden selber ausgestellt wurden — stammen von zwei Notaren, von Obertus, der sich *de Placentia* nennt, also aus Italien eingewandert ist, tätig in Trient von 1222 bis 1270, und von Jakob Haas aus Bozen, daselbst tätig von 1235 an. Voltelini stellt fest, daß Obertus eine gute juristische Schulung verrate und die klassischen Formeln verwende, welche ganz unter dem Einfluß des in der Bologneser Schule gelehrt römischen Rechts stehen; daneben trage er dem lokalen Recht Rechnung. Haas gehörte noch der ältern Schule an, welche auch Anklänge an die lombardische *Carta* zeige. Das Erbleiherecht ist durch zahlreiche Urkunden vertreten. Es hat sich, wie Voltelini feststellt, auch hier aus der städtischen Bodenleihe entwickelt, der *«consuetudo domorum mercati Tridenti»* und der *«iustitia domorum recti fori Bozani»*, und seine Ausgestaltung im einzelnen durch die unter dem Einfluß der italienischen Rechtswissenschaft stehenden Notare erfahren.

Dieses Recht stimmt in seinem wesentlichen Inhalt genau überein mit unserem Typus der spätmittelalterlichen und neuzeitlichen Erbleihe. Es war, wie Hermann Wopfner gezeigt hat, von bestimmendem Einfluß auf die Ausgestaltung der Erbleihe Deutschtirols.

Die Bestimmungen des justinianischen Rechts über den Heimfall als Folge des Zinsverzuges, verbunden mit der *Duplae stipulatio*, werden vom Bozener Notar ebenfalls

angewendet. Der Zins verdoppelt sich, wenn er nicht termingemäß entrichtet wird; wenn der Lehenmann mit drei Jahreszinsen im Rückstand ist, fällt das Gut heim⁵⁹⁾.

Wenn wir feststellen, daß unser Erbleihetypus in allen wesentlichen Punkten und sogar in charakteristischen Einzelbestimmungen und Klauseln demjenigen Südtirols und Nordtirols entspricht, und nachgewiesen ist, daß dieser letztere in seinen Formen zurückzuführen ist auf das von der Bologneser Rechtsschule zur Geltung gebrachte justinianische Recht, so gewinnt dadurch unsere These, daß es nur dieses Recht gewesen sein könne, das auch bei uns der Erbleihe die gleiche typische Gestalt und Einheit gegeben habe, sicher an Überzeugungskraft.

In der Untersuchung, auf welchen Wegen, mit welchen Mitteln und durch welche Träger die italienische Rechtswissenschaft in unserem Lande ihren Einfluß gewann, bleibt der Forschung noch ein weiteres Feld.

X.

Am langen und vielgestaltigen Prozeß, in welchem sich das freie bäuerliche Grundeigentum gebildet hat, ist auch das römische Recht als ein Faktor beteiligt. Es hat der Erbleihe, welche die tragende Einrichtung in dieser Entwicklung gewesen ist, ihre Einheit, ihre klare Form und ihre Festigkeit gegeben⁶⁰⁾. Es hat in einem entscheidenden Zeitpunkt den Fortschritt beschleunigt und auf einer Stufe fixiert, auf welcher die wesentlichen Voraussetzungen und Elemente des freien bäuerlichen Grundeigentums gesichert waren.

⁵⁹⁾ Vom Notar *Obertus*, dem Vertreter einer jüngeren Schule, werden diese Zinsverzugs- und Heimfallbestimmungen schon nicht mehr angewendet. Das italienische Recht hat sie, wie oben bemerkt wurde, bald fallen gelassen, weil sie seinen Anschauungen nicht mehr entsprachen. Nördlich der Alpen, wo die Entwicklung nicht so weit fortgeschritten war, haben gerade sie einen wesentlichen Fortschritt bedeutet.

⁶⁰⁾ Wopfner, Hermann, *Freie Erbleihe*, a. a. O., S. 60.

Durch diese Fixierung hat es allerdings in der Hand eines überlegenen Grundherrn auch dazu dienen können, die Weiterentwicklung zum vollen Eigentum zu verhindern. Die bernischen Gerichte haben noch 1849/50 zugunsten der Stadt Bern eine Mühle wegen Rückstandes von mehr als drei Lehenzinsen als heimgefallen erklärt⁶¹⁾. Das letzte Mal wird es gewesen sein, als sie im Jahre 1877 zugunsten einer Gemeinde im gleichen Sinn entschieden⁶²⁾.

Wo die Vererblichkeit nicht im Erbleihetitel festgelegt war, ist das Leiheverhältnis zur Entrechtung der Bauern da und dort auch etwa, entgegen der Consuetudo Bartoli, den Bestimmungen über die Locatio conductio statt denjenigen über die Emphyteusis unterstellt worden. Belastet wird dadurch nicht das römische Recht selber, sondern diejenigen, die es mißbrauchten⁶³⁾.

Die treibende Kraft im Prozesse der Bildung des freien bürgerlichen Grundeigentums war nicht das Recht, weder deutsches noch römisches, sondern die Arbeit, welche dem Boden erst seinen Wert gegeben hat. Weil der Bauer diesen Wert geschaffen hat, ist er Eigentümer des Bodens geworden.

Darin liegt der vernünftige Sinn des Geschehens, der auch dadurch nicht entfällt, daß auch unverdientes Schicksal an der Verdrängung des herrschaftlichen Bodeneigentums mitgewirkt hat.

⁶¹⁾ Geiser, Karl, a. a. O., S. 26.

⁶²⁾ Gierke, ZRG 2, 1881, S. 198 ff.

⁶³⁾ Aubin, Gustav, Der Einfluß der Rezeption des römischen Rechts auf den deutschen Bauernstand, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 99 (n. F. 44), 1912, S. 721 ff.