

Kapitel 7: Römische und deutsche Rechtsquellen im *Usus modernus* Samuel Stryk über die Regel „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“

Einleitung

Ab 1690 erschien das Werk *Specimen usus modernus pandectarum* („Beispiel einer modernen Anwendung der Pandekten“) von Samuel Stryk (1640–1710). Das Buch ist charakteristisch für eine rechtswissenschaftliche Richtung, die schon vor Stryk begonnen hatte. Im 17. und 18. Jahrhundert gewann das traditionelle deutsche Gewohnheitsrecht in Praxis und Rechtslehre gegenüber dem rezipierten römischen Recht an Bedeutung. Diese Entwicklung wurde gefördert durch den von Hermann Conring (1606–1681) erbrachten Nachweis, dass die angebliche Inkraftsetzung des Corpus Iuris in Deutschland durch ein Reichsgesetz Kaiser Lothars III. im Jahr 1135 in Wahrheit nicht stattgefunden hatte, das römische Recht vielmehr allmählich in den deutschen Gerichtsgebrauch eingedrungen war. Die Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts hatten ein freieres Verhältnis zu den römischen Rechtsquellen als ihre Vorgänger während der Rezeptionszeit. Sie akzeptierten die Möglichkeit, dass einzelne Sätze des römischen Rechts durch deutsches Gewohnheitsrecht verdrängt wurden, selbst wenn dieses Gewohnheitsrecht nicht schriftlich fixiert war.

Stryk's Werk lässt die neue Offenheit der deutschen Rechtswissenschaft und –praxis gut erkennen. Sein Werk ist zwar gegliedert nach den Büchern und Titeln der Digesten, doch erörtert er für jedes Thema die Abweichungen der deutschen Rechtspraxis von den Regeln des gemeinen Rechts und zitiert dazu aus mittelalterlichen und neuzeitlichen Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts. Im Mittelpunkt seines Interesses steht dabei das auf dem Sachsenspiegel (vgl. Fn. 23) beruhende sog. Gemeine Sachsenrecht, das nicht nur im Kurfürstentum Sachsen, sondern auch in Teilen von Niedersachsen, Thüringen und Anhalt und in der Mark Brandenburg galt. Stryk's akademische Wirkungsstätten Frankfurt an der Oder, Wittenberg und vor allem die Universität Halle, an deren Neugründung im Jahr 1694 Stryk selbst beteiligt war, lagen sämtlich im Geltungsbereich des Sachsenrechts. Überdies hatte sich das Sachsenrecht in der Rezeption besonders gut gegen das römische Recht behauptet und war schon seit langem Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung (vgl. Fn. 26).

In dem abgedruckten Text geht es um die Aufteilung des Erbes unter mehreren erbenden Geschwistern. Nach römisch-gemeinem Recht bildeten alle Erben zunächst eine Gemeinschaft, der die Vermögensrechte des Erblassers gemeinsam zustanden (vgl. für das heutige Recht §§ 2032 ff. BGB). Zur Aufteilung der Erbmasse auf die einzelnen Erben kam es – sofern diese sich nicht außergerichtlich einigten –, dadurch, dass einer der Erben die *actio familiae*

erciscundae (Erbteilungsklage) erhob. Diese Klage führte dazu, dass der Richter aus den einzelnen Vermögensgegenständen Erbteile bildete, die in ihrem Wert den Erbquote jedes Erben entsprachen und jedem Erben das Alleineigentum an den Gegenstände, die zu seinem Erbteil gehörten, durch Gestaltungsurteil zuwies. Eine Regel dazu, wie die Erbteile zu bilden und welche konkreten Gegenstände welchem Erben zugewiesen werden sollten, bestand nicht. Dagegen bestand im sächsischen Recht die Regel, dass die Aufteilung (zunächst) Sache der Erben selbst war. Ungerechtigkeiten wurden dabei durch die Regel „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“ vermieden (vgl. zu den – weder dem Modell des römischen Rechts noch dem des Sachsenspiegels .entsprechenden – Modalitäten der Erbauseinandersetzung im heutigen Recht § 2042 und §§ 749 Abs. 2, Abs. 3, 750–758 BGB).

Stryk erörtert die Fortgeltung der sächsischen Teilungsregel im Rahmen der gemeinrechtlichen *actio familiae erciscundae*. Er zitiert dabei sowohl Texte aus dem *Corpus Iuris* als auch den Sachsenspiegel und die kursächsischen Konstitutionen, die Kurfürst August im Jahr 1572 erlassen hatte, und kommt überdies auf einen Text des kanonischen Rechts aus dem *Liber Extra* des Papstes Gregor IX. von 1234 zu sprechen. Unter den juristischen Autoren, auf die Stryk sich stützt, befinden sich viele sächsische Juristen, aber auch Gelehrte aus anderen Teilen Europas. Die Darstellung ist typisch für jene pragmatische Verbindung von römischem und einheimischem Rechtsstoff bei den Juristen des *Usus modernus*.

Samuel Stryk, Specimen usus moderni pandectarum ad libros quinque priores, Halae Magdeburgicae 1717.

Liber 10, Titulus 2
Familiae Herciscundae

Buch 10, Titel 2
Erbteilung

§ 1
Si de hereditate dividenda occurat quaestio in foris Germaniae, ad regulas Juris Civilis recurritur, adeo ut vix articulus juris nostri¹ in hac materia supersit, qui non in foro usum praebeat. In hoc vero discessum est a Jure Romano per mores hodiernos, quod, cum illic inter fratres nemo praelatione gaudeat, sive in

§ 1
Wenn in den Gerichten Deutschlands eine Frage hinsichtlich der Aufteilung einer Erbschaft auftritt, greift man auf die Regeln des [römischen] Zivilrechts zurück, so dass es kaum eine Bestimmung unseres Rechts¹ gibt, die nicht bei Gericht angewendet wird. Allerdings weicht man nach den heutigen Sitten insoweit vom römischen Recht ab, als dort unter [mehreren] Brüdern [die gemeinsam Erben sind] sowohl hinsichtlich der Zusammenstel-

¹ Nach dem Zusammenhang muss sich der Ausdruck „unser Recht“ (*ius nostrum*) auf das römisch-gemeine Recht beziehen. Stryk als akademischer Rechtslehrer sieht sich demnach als Vertreter dieses römischen Rechts und bezeichnet nicht etwa das einheimische sächsische Recht als *ius nostrum*.

constituendis portionibus, sive in eligendo primam portionem, Tiraquell². de Jur. Primogenitur. q. 6 n. 10, Simoncell³. Tr. de Decret. in alienat. minor. lib. 2 tit. 4 n. 36. sed res haec omnis vel ex pacto vel sorte dependeat, argumento l. 3. C. Communia de Legatis⁴, solo hoc casu excepto, quod in disceptatione, penes quem ex heredeibus instrumenta⁵ communia sint deponenda, senior praeferatur iuniori, dignior inferiori, et mas feminae, l. finali ff. De fide instrumentorum.

lung der Erbteile als auch bei der Auswahl des ersten Erbteils niemand sich einer Bevorzugung erfreut (vgl. Tiraquell.² de Jur. Primogenitur. q. 6 n. 10, Simoncell.³ Tr. de Decret. in alienat. minor. lib. 2 tit. 4 n. 36), sondern diese ganze Angelegenheit entweder von einer Vereinbarung oder vom Los abhängt (vgl. C. 6, 43, 3⁴), mit der einzigen Ausnahme, dass bei der Entscheidung darüber, bei welchem von den Erben die allen gemeinsam gehörenden Urkunden⁵ aufbewahrt werden sollen, ein Älter einem Jüngeren, ein Höherstehender einem niedriger Stehenden und ein männlicher Erbe einer Erbin vorgezogen wird, D. 22, 4, 6.

Moribus vero nostris⁶ receptum inter fratres, ut major dividat, seu portiones constituat, et minor eligat. Praesumptio enim pro fratre majore est, quod meliorem rerum hereditariarum notitiam habiturus sit, hinc quoque aequalitatem in portionibus constituendis eo accuratius observare poterit. Imo ob hanc causam filio majore ante patrem denato, hujus liberi dividere non tenentur⁷; licet dici possit,

Nach unseren Sitten⁶ hingegen ist es [bei der Aufteilung] unter Brüdern anerkannt, dass der Ältere teilt oder die Erbteile zusammenstellt und der Jüngere wählt. Denn die Vermutung spricht dafür, dass der ältere Bruder eine bessere Kenntnis von den zur Erbschaft gehörenden Gegenständen hat und daher auch die Gleichheit bei der Zusammenstellung der Erbteile umso genauer beobachten kann. Aus eben diesem Grund müssen, wenn der ältere Sohn vor dem Vater gestorben ist, nicht dessen Kinder teilen⁷; man könnte geradezu sagen, dass dadurch der

² Andreas Tiraquellus (André Tiraqueau, 1488–1558) war ein französischer Jurist der humanistischen Richtung, jedoch mit starkem Interesse an der Rechtspraxis. Er war zunächst Richter am Parlement de Bordeaux, ab 1541 am Parlement de Paris. In seinem juristischen Werk behandelte er sowohl das römische Recht als auch das einheimische Gewohnheitsrecht. Das Zitat ist wahrscheinlich ungenau und meint das Buch *Commentarii De Nobilitate et Jure Primigenitorum*, das zuerst 1549 erschien.

³ Der italienische Jurist Octavius Simoncellus (Ottavio Simoncello, gestorben 1620) ist weit weniger bekannt als der zuvor genannte Tiraquellus (Fn. 2). Der korrekte Titel des zitierten Werkes dürfte lauten: *De decretis ceterisque solennitatibus in contractibus minorum, aliorumve his similibus adhibendis* (Erstdruck wohl 1574).

⁴ Das von Stryk zitierte Gesetz des Kaisers Justinian aus dem Jahr 531 enthält keine allgemeine Vorschrift zur Erbteilung, sondern bestimmt in seinem ersten Teil (C. 5, 43, 3pr.-1) lediglich, dass für eine bestimmte Form des testamentarischen Vermächtnisses durch Los über die Verteilung entschieden werden soll.

⁵ Aus der zitierten Digestenstelle ergibt sich, dass das Testament des Erblassers gemeint ist.

⁶ An dieser Stelle bezieht sich das Wort „unsere Sitten“ (*mores nostri*) auf das einheimische Recht.

⁷ Da die Nachkommen des vorverstorbenen Bruders an dessen Stelle Erben des Vaters werden (Erbfolge nach Stämmen, vgl. im heutigen Recht § 1924 Abs. 2, Abs. 3 BGB), liegt an sich die Überlegung nahe, dass auf diese Nachkommen auch das Wahlrecht übergeht. Dieser Schlussfolgerung, die in Kursachsen durch Gesetz ausgeschlossen war (vgl. Fn. 24), widerspricht Stryk.

<p><i>fratrem juniorem ita majorem fieri. Capz.⁸ P. 3 c. 15 d. 16. E contrario⁹ minori electio indulgetur, quam portionem praecipere velit, quod non tantum praxi Saxonica confirmatum, Carpz. P. 3 c. 15 d. 2. Coler.¹⁰ P. 1 Dec. 54 n. 2. Wesemb.¹¹ h.t. n. 6. Rauchbar¹². Part. 1 qu. 40, n. 3. sed et in plerisque locis aliis receptum, teste Gail.¹³ l. 2 obs. 116 n. 12 Myns.¹⁴ Cent. 4 obs. 37 n. 14 Tiraquell. d.c. 60, n. 40 et seqq. Gratian.¹⁵ Discept. Forens. c. 160 n. 18 et seqq.</i></p>	<p>jüngere Bruder zum älteren geworden ist (vgl. Capz.⁸ P. 3 c. 15 d. 16). – Andererseits⁹ wird dem jüngeren Bruder die Wahl überlassen, welchen Erbteil er nehmen will. Dies wird nicht nur durch die sächsische Praxis bestätigt, vgl. Carpz. P. 3 c. 15 d. 2. Coler.¹⁰ P. 1 Dec. 54 n. 2. Wesemb.¹¹ h.t. n. 6. Rauchbar¹². Part. 1 qu. 40, n. 3, sondern ist auch an den meisten anderen Orten anerkannt nach dem Zeugnis von Gail.¹³ l. 2 obs. 116 n. 12 Myns.¹⁴ Cent. 4 obs. 37 n. 14 Tiraquell. d.c. 60, n. 40 et seqq. Gratian.¹⁵ Discept. Forens. c. 160 n. 18 et seqq.</p>
---	---

⁸ Benedikt Carpzow (1595–1666) war zugleich Professor an der Universität Leipzig, Richter am Appellationsgericht des sächsischen Kurfürsten und Beisitzer am Leipziger Schöffenstein. Er gilt als einer der einflußreichsten Juristen seiner Zeit. Das Zitat bezieht sich auf die Schrift *Jurisprudencia forensis Romano-Saxonica* von 1638, in der er die von Kurfürst August 1572 erlassenen kursächsischen Konstitutionen (Fn. 24) anhand von Entscheidungen des Leipziger Schöffenstein kommentierte.

⁹ An dieser Stelle behandelt Stryk nicht länger den Sonderfall, dass der ältere Bruder vor dem Vater verstorben ist, sondern kehrt zur Erörterung der Teilungsregel im allgemeinen zurück.

¹⁰ Matthias Coler (1530–1587) war Professor in Jena, also gleichfalls im Geltungsbereich des Sachsenrechts tätig. Das zitierte Werk sind seine *Decisiones Germaniae* (posthum 1603 veröffentlicht), ein Werk, in welchem verschiedene Rechtsfragen anhand richterlicher Entscheidungen – vor allem des Leipziger Schöffenstein – erörtert wurden.

¹¹ Matthaeus Wesenbeck (1531–1586) stammte aus Antwerpen. Aus religiösen Gründen kam er nach Deutschland, wo er in Jena und Wittenberg unterrichtete. Wesenbeck bemühte sich, in seinem Werk die Erkenntnisse und Methoden der französischen humanistischen Juristen mit einer stärker praktischen Ausrichtung zu verbinden.

¹² Andreas von Rauchbar (1559–1603) war Professor des Rechts in Wittenberg. Das Zitat bezieht sich wohl auf sein Werk *Quinquaginta Decisiones Insignes* von 1599 (?).

¹³ Andreas Gaill (1526–1587) war Assessor am Reichskammergericht und veröffentlichte unter dem Titel *Practicae observationes* im Jahr 1574 eine einflußreiche Sammlung von Entscheidungen des Reichskammergerichts. Auf diese Schrift bezieht sich das Zitat.

¹⁴ Joachim Mynsinger von Frundeck (1514–1599) war ein Schüler des humanistischen Juristen Udalricus Zasius und wirkte zuerst als Professor in Freiburg, dann als Beisitzer am Reichskammergericht. Er war noch vor Andreas Gaill (vgl. Fn. 13) der erste, der in seiner Schrift *Singularium obervationum judicii imperialis camerae centuriae quattuor* von 1563 Entscheidungen des Reichskammergerichts berichtete und kommentierte. Dadurch wurde er zum Begründer der Kameralistik genannte, an der Rechtsprechung des Reichskammergerichts orientierten Richtung der deutschen Rechtswissenschaft. Stryk zitiert die genannte Entscheidungssammlung.

¹⁵ Gemeint ist der italienische Jurist Stephanus Gratianus (Stefano Graziani, gestorben 1625) und sein Werk *Disceptationes Forenses*, in welchem Gratianus über die Rechtsprechung der Rota Romana, das päpstliche Gericht in Rom, berichtete.

§ 2

Originem hujus praxeos ex jure Canonico deducunt, et quidem ex c. 1 X. De Paroch.¹⁶ ubi statutum, ut inter diversos Episcopos ille dividat, qui ampliori tempore in Episcopatu fuit, et minor eligat; quae dividendi ratio jam olim patribus laudata fuit: Ita enim Divus Ambrosius¹⁷ lib. 1 de Abrahamo c. 3 'Firmior dividat, infirmior eligat, ne habeat quod conqueratur; electionis enim suae partem non poterit calumniari: non residet occasio resiliendi, cui datur optio eligend'i. Imo de recepta dividendi consuetudine jam suo tempore testatus est Divus Augustinus¹⁸ lib. 16. de Civit. Dei c. 20 quando ita loquitur: 'Hinc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, ut, quando terrenorum aliquod partiendum est, major eligat, minor eligat'. Imo hunc morem quoque probat Senec.¹⁹ lib. 6 Declam. 3. ibi:

§ 2

Den Ursprung dieser Praxis leitet man aus dem kanonischen Recht her und zwar aus X 3, 29, 1¹⁶, wo festgesetzt ist, dass unter verschiedenen Bischöfen der teilen soll, der für längere Zeit im Bischofsamt war, und der (dienst-) jüngere wählen soll. Diese Art zu teilen wurde einst schon von den Kirchenvätern gelobt. So schreibt nämlich der Heilige Ambrosius¹⁷ in *De Abrahamo* Lib. 1, c. 3: „Der Stärkere soll teilen, der Schwächere wählen, damit er keinen Grund hat, sich zu beklagen. Denn den selbstgewählten Anteil wird er nicht bemäkeln können. Es bleibt kein Anlass zum Abstandnehmen für den, dem die Möglichkeit des Wählens gegeben wird.“ Ja sogar der Heilige Augustinus¹⁸ hat bezeugt, dass dieser Brauch beim Teilen schon zu seiner Zeit bestand in *De civitate Dei*, Lib. 16, c. 20, wo er wie folgt spricht: „Daher stammt vielleicht die friedfertige Gewohnheit unter den Menschen, dass, wenn ein Landgut geteilt werden muss, der Ältere teilt und der Jüngere wählt“. Und selbst Seneca¹⁹ billigt diese Sitte in Lib. 6, Declam. 3 dort [, wo es heißt]: „Der Ältere soll teilen, der jüngere soll wählen“. Es

¹⁶ Der kirchenrechtliche Text gibt einen Beschluss eines in Karthago im Jahr 418 abgehaltenen Konzils (regionale Bischofsversammlung für die Kirche in Nordafrika) im Zusammenhang mit dem Donatistenstreit des 4./5. Jahrhunderts wieder, der in den *Liber Extra* (von 1234, abgekürzt X) des *Corpus Iuris Canonici* gelangt ist. Es geht um die Frage, wie die bischöflichen Befugnisse verteilt werden sollen, wenn ein zu den Donatisten abgefallener Bischof zur katholischen Kirche zurückkehrt, in der Zwischenzeit jedoch ein neuer katholischer Bischof für die Diözese des Abgefallenen ernannt ist. Die Lösung besteht darin, dass das Diözesangebiet nach der angegebenen Regel („Der Dienstältere teilt, der Jüngere wählt“) zwischen beiden aufgeteilt wird. – Das *Corpus Iuris Canonici* blieb auch in den Kirchen der Reformation die Grundlage des Kirchenrechts. Insofern überrascht es nicht, dass Stryk, obgleich er Protestant ist, sich unbefangen aus dem kanonischen Recht bedient.

¹⁷ Ca. 340–397, in Trier geboren, später Bischof von Mailand.

¹⁸ Aurelius Augustinus, 354–430, Rhetorik-Professor in Mailand, nach seiner Bekehrung zum Christentum Bischof von Hippo Regius in Nordafrika.

¹⁹ Gemeint ist Lucius Aennaenus Seneca der Ältere (ca. 55 v.Chr. – 39/40 n. Chr.), der Vater des heute bekannteren Philosophen L. Annaeus Seneca der Jüngere. Seneca der Ältere verfaßte Werke zur Rhetorik und zur römischen Geschichte. Das Zitat stammt aus einer Declamatio, d.h. aus einer Musterrede für den rhetorischen Unterricht. In dieser Musterrede wird ein Rechtsfall unter der Annahme diskutiert, dass die Teilungsregel „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“ gesetzlich vorgeschrieben ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass diese Regel entgegen Strys Mitteilung auch im römischen Recht anerkannt gewesen wäre. Denn die *Declamationes* legten oft fiktive Gesetze zugrunde, um interessante Rechtsprobleme für die rhetorische Aufarbeitung zu konstruieren. – Die Art, wie Stryk durch gelehrte Zitate aus antiken Autoren Bildung demonstriert, ohne zum juristischen Aspekt seines Themas viel beizu-

'major dividat, minor eligat'. Unde omnino probabile est, hanc antiquissimam dividendi rationem apud plerosque receptam esse.

ist daher ganz und gar wahrscheinlich, dass diese sehr alte Art der Teilung bei den meisten Völkern üblich ist.

Interim tamen, quod Marchiae Brandenburgicae praxin attinet, postquam juri Saxonico ante duo saecula missum est repudium²⁰, etiam hic dividendi modus exolevit, nec ibi obtinet, nisi inter volentes; alias portiones ab utroque constituuntur, et res sorti committitur, unde, etiamsi fratres in Saxonia haberent domicilium, non possent secundum hanc praxin Saxoniam dividere bona in Marchia sita. Schrader.²¹ de Feud. Part. 7. c. 5. n. 71.

Was jedoch unterdessen die Praxis in der Mark Brandenburg betrifft, so ist dort, nach dem man vor zweihundert Jahren dem sächsischen Recht den Scheidebrief geschickt hat²⁰, auch diese Art der Teilung beseitigt und findet nicht statt, außer, wenn die Beteiligten es wollen. Ansonsten werden die Erbteile von beiden gemeinsam zusammengestellt und die Sache dem Los überlassen. Daher könnten Brüder, auch wenn sie ihren Wohnsitz in Sachsen haben, Güter, die in der Mark belegen sind, nicht nach dieser sächsischen Verfahrensweise teilen²². Schrader.²¹ de Feud. Part. 7. c. 5. n. 71.

§ 3.
Supposita autem hac dividendi ratione, primo observandum est, inter duos tantum illi locum esse. Ita enim cautum est in jure Saxonico. ‚Wo zween Mann ein Erbe nehmen sollen, so soll der älteste theilen, und der jüngste kiesen‘.

§ 3.
Nachdem nun diese Art der Teilung vorgestellt ist, ist zuerst zu bemerken, dass sie nur zwischen zwei Erben stattfindet. Denn das sächsische Recht enthält folgende Regelung: „Wenn zwei Männer ein Erbe nehmen sollen, dann soll der Ältere teilen und der Jüngere wählen“. Siehe Sachsenspiegel, Landrecht

tragen, erinnert an die französischen Humanisten. Es zeigt sich, dass auch die Juristen des deutschen *Usus modernus* vom *Mos gallicus* nicht ganz unbeeinflusst waren.

²⁰ Dieser Hinweis bezieht sich wahrscheinlich auf die sogenannte *Constitutio Joachimica*, ein vom brandenburgischen Kurfürsten Joachim I. 1527 erlassenes Gesetz über das Erbrecht, das in einigen Fragen römisch-rechtliche Regelungen an die Stelle des bis dahin in Brandenburg geltenden sächsischen Rechts setzte. Gemeint ist also nicht, dass Brandenburg sich vor (knapp) 200 Jahren insgesamt vom Sachsenrecht losgesagt hat, sondern nur, dass gerade im Erbrecht dort ein anderer Rechtszustand herrschte.

²¹ Ludolf Schrader, 1531–1589, Professor in Frankfurt an der Oder. Das zitierte Werk heißt korrekt *Tractatus feudalis* und wurde (wohl erstmals) 1594 nach Schraders Tod gedruckt.

²² Die von Stryk angesprochene Frage gehört nach moderner Systematik zum internationalen oder interlokalen Erbrecht. Richtet sich das Erbrecht für in Sachsen ansässige Erben und in der Mark Brandenburg belegene Sachen nach sächsischem oder märkischem Recht. Nach modernem deutschem Recht (Art. 25 Abs. 1 EGBGB) kommt es weder auf den Wohnsitz der Erben, noch auf den Lageort der Sachen, sondern allein auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers an. Dies gilt auch für das Rechtsverhältnis der Erben untereinander. Nach englischem und französischem Recht gilt jedoch für die Erbfolge hinsichtlich unbeweglicher Sachen ausschließlich das Recht des Staates, in dem der fragliche Vermögensgegenstand belegen ist. Diese Regel legt auch Stryk zugrunde: Für ein in der Mark Brandenburg gelegenes Grundstück gilt märkisches Recht, daher ist die Teilungsregel des sächsischen Rechts, das dort durch die *Constitutio Joachimica* (Fn. 20) beseitigt ist, nicht anwendbar.

Vide Land-Recht lib. 3 art. 29²³. quod confirmavit Augustus elector Part. 3 Constit. 15²⁴. Sed annon inter plures cohaeredes pariter hic dividendi modus obtineat, inter se controvertunt Doctores Saxonici. Carpzovius part. 3 Const. 15 def. 11 hoc negat per adducta juris Saxonici verba. Contrarium sustinet Berlich²⁵ p. 3 Conc. 21 n. 28 cum mentio duorum a jure Saxonico facta pluralem numerum generatim respiciat, et hinc provocat ad Glossam in Lehn-Recht cap. 32 n. 5. „wo ihrer zwey oder drey zu einem Guth seynd, und wollen sich darnach theilen, so soll der älteste theilen, und der jüngste kiesen²⁶,

III, 29²³. Dies hat Kurfürst August in Teil 3, Konstitution 15²⁴ bestätigt. Aber darüber, ob nicht auch unter mehreren Miterben gleichermaßen dieses Teilungsverfahrens stattfindet, darüber streiten die sächsischen Rechtslehrer. Carpzow (part. 3 Const. 15 def. 11) bestreitet das und führt dafür die Worte des sächsischen Rechts an. Das Gegenteil nimmt Berlich²⁵ (p. 3 Conc. 21 n. 28) an, weil die Erwähnung von zweien im sächsischen Recht die Mehrzahl im Allgemeinen bedeute, und dafür verweist er auf die Glosse zum [Sachsenspiegel] Lehnrecht Kap. 32 Nr. 5: „Wenn zwei oder drei an einem Gut beteiligt sind und es teilen wollen, dann soll der Älteste teilen und der Jüngste wählen“²⁶.

quae sententia Berlichii fundamento non destituitur; nihil enim resistit, quo minus idem jus inter plures obtinere possit, cum, intermedios hac ratione

Diese Auffassung Berlichs ist nicht unbegründet, denn es spricht nichts dagegen, dass dasselbe Recht auch unter mehreren angewendet wird, zumal nicht zu befürchten steht, dass die mittleren

²³ Der Sachsenspiegel ist ein von Eike von Repgow zwischen etwa 1230 und 1235 verfaßtes Rechtsbuch, das das zur Zeit Eikes in Sachsen geltende Recht aufzeichnet. Der Sachsenspiegel gliedert sich in zwei Teile, das Land- und das Lehnrecht. Für Stryk ist der Sachsenspiegel so selbstverständlich die Grundlage des sächsischen Rechts, dass er den Werktitel „Sachsenspiegel“ gar nicht nennt, sondern den Sachsenspiegel als „sächsisches Recht (*ius Saxonicum*)“ bezeichnet und nur die Teile „Land-Recht“ und „Lehns-Recht“ benennt.

²⁴ Kurfürst August von Sachsen erließ 1572 insgesamt 180 sogenannte Konstitutionen, in denen er bestehende juristische Streitfragen, insbesondere solche, die sich aus dem Nebeneinander von einheimischem sächsischem und rezipiertem römischem Recht ergaben, gesetzlich entschied. Der Inhalt der Konstitution 3, 15 ist die Entscheidung, dass das Wahlrecht bei Vorversterben des älteren Bruders nicht auf dessen Erben übergeht, sondern dem, jüngeren Bruder zufällt. Zur Frage, ob die Teilungsregel nur zwischen zwei oder auch zwischen mehr Geschwistern anzuwenden ist, lässt sich der Konstitution nur insofern etwas entnehmen, als sie die Formulierung des Sachsenspiegels („wo zweene Mann ein Erbe nehmen“) wiederholt.

²⁵ Matthias Berlich, 1586–1638, Advokat in Leipzig, verfaßte eine Sammlung sächsischer Gerichtsentscheidungen unter dem Titel *Conclusiones Practicabiles* in fünf Bänden (zuerst 16125–1619 erschienen), die auf Carpzows (vgl. Fn. 8) ähnlich ausgerichtete Schriften großen Einfluß hatten. Das Zitat bezieht sich auf diese *Conclusiones*.

²⁶ Beide Teile des Sachsenspiegels wurden im 14. Jahrhundert mit einer deutschsprachigen Glosse versehen. Auf diese Glosse bezieht sich Stryk. Die kommentierenden Glossen, die das Rechtsbuch in ähnlicher Weise erschlossen, wie es die Glosse des Accursius für die Digesten tat, ist wahrscheinlich das Werk des aus der Altmark stammenden Ritters Johannes von Buch (um 1300 – nach 1356). Allerdings ist die Autorschaft für die Glosse zum Lehnrecht weniger gesichert als für das Landrecht. Johannes von Buch hatte in Bologna die gelehrten Rechte studiert und betonte in seinen Glossen die Übereinstimmungen des Sachsenspiegels mit dem römischen und kanonischen Recht.

laedi, metuendum non sit, non fratri Seniori semper ultima remanet portio²⁷, hinc aequalitatem in portionibus constituendis adhuc accuratius observabit, quam si cum solo fratri juniore sibi negotium foret, de quo forte sibi persuadere posset, hunc ob affectionem, quam erga certas res fovet, quasque eapropter viliori portioni adjecit frater senior, hanc electurum. Interim non dissentitur Berlich praxin Saxonicum ad duos restrictam esse. Extra Saxoniam vero in aliis Germaniae locis, ubi haec consuetudo recepta, eandem etiam inter plures heredes obtinere, ex Schurffio²⁸ Cent. 1. Cons. 71. n. 1 et seqq. cum Berlichio d. Conc. 21. n. 27. testatur Carpz. p. 3. Const. 15. def. 11 n. 7.

Geschwister dadurch geschädigt werden, denn bleibt nicht dem älteren Bruder immer der letzte Teil²⁷? Daher wird er die Gleichheit bei der Zusammensetzung der Teile noch genauer beachten als wenn er nur mit einem jüngeren Bruder zu tun hätte, hinsichtlich dessen er vielleicht zu der Überzeugung gelangen könnte, dass dieser wegen der Anhänglichkeit, die er bei bestimmten Sachen empfindet, und die deshalb der ältere Bruder dem weniger wertvollen Erbteil hinzufügen wird, diesen [weniger wertvollen] Erbteil wählen wird. Indessen bestreitet Berlich nicht, dass die sächsische Praxis auf zwei Beteiligte beschränkt ist. Dass diese Gewohnheit aber außerhalb Sachsens, in anderen Orten Deutschlands, wo sie anerkannt ist, auch unter mehreren Erben anwendbar ist, bezeugt unter Berufung auf Schurff²⁸ (Cent. 1. Cons. 71. n. 1 et seqq.) mit Berlich (in der genannten Conc. 21. n. 27.) Carpzow (p. 3. Const. 15. def. 11 n. 7).

²⁷ Stryk's Argumentation setzt voraus, dass auch bei Vorhandensein mehrerer Geschwister als Erben der älteste Bruder, dem die Teilung obliegt, als letzter den übrigbleibende Teil erhält, nach dem nicht nur der jüngste Bruder, sondern nach ihm auch die mittleren Geschwister ihre Wahl getroffen haben. Unter dieser Prämisse sichert der Modus „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“ in der Tat auch unter mehreren Geschwistern eine gerechte Verteilung, weil die Aussicht, den übrigbleibenden Erbteil zu erhalten, den ältesten Bruder zwingt, nach Möglichkeit exakt gleich große Erbteile zuzuschneiden.

²⁸ Hieronymus Schurff (1480–1554), gebürtig aus St. Gallen, war Professor in Wittenberg und Frankfurt an der Oder. Das Zitat bezieht sich auf seine ab 1545 gedruckte Gutachtensammlung *Consiliorum seu responsorum centuriae*.