

Schriften zur Europäischen  
Rechts- und Verfassungsgeschichte

---

Band 25

# Sukzession und Freiheit

Historische Voraussetzungen der rechtstheoretischen  
und rechtsphilosophischen Auseinandersetzungen  
um das Institut der Familienfideikommisse  
im 18. und 19. Jahrhundert

Von

**Bernhard Bayer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**BERNHARD BAYER**

**Sukzession und Freiheit**

**Schriften zur Europäischen  
Rechts- und Verfassungsgeschichte**

Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster,  
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken  
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Regensburg

**Band 25**

# Sukzession und Freiheit

Historische Voraussetzungen der rechtstheoretischen  
und rechtsphilosophischen Auseinandersetzungen  
um das Institut der Familienfideikomnisse  
im 18. und 19. Jahrhundert

Von

Bernhard Bayer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Bayer, Bernhard:**

Sukzession und Freiheit : historische Voraussetzungen der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Auseinandersetzungen um das Institut der Familienfideikomisse im 18. und 19. Jahrhundert / von Bernhard Bayer. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ; Bd. 25)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09428-X

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0937-3365  
ISBN 3-428-09428-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Diese Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Albertus-Magnus-Universität zu Köln im Wintersemester 1996/97 als Dissertation vorgelegen. Sie wurde im November 1996 abgeschlossen und danach nur noch geringfügig überarbeitet.

Mein Dank gilt in besonderem Maße meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Andreas Wacke, der bereits bei meiner philosophischen Dissertation über die Rechtsregel *Cessante ratione legis cessat ipsa lex* im Jahre 1994 als Zweitgutachter beteiligt war. Auch dem Zweitgutachter der vorliegenden Arbeit, Herrn Prof. Dr. Ingo Mittenzwei gilt mein Dank. Ebenso sei den Herausgebern der Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, den Professoren Reiner Schulze, Elmar Wadle und Reinhard Zimmermann für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Reihe gedankt.

Düsseldorf, im Februar 1998

*Bernhard Bayer*



## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	25
<b>I. Die Auseinandersetzung um die Testierfreiheit und um die Verfügung über Grundeigentum in der Rechtsphilosophie Platons</b> .....	32
1. Einleitung .....	32
2. Platons Staatsideal in den <i>Gesetzen</i> .....	32
3. Die Behandlung der Zulässigkeit letztwilliger Verfügungen in Platons <i>Gesetzen</i> .....	33
4. Platons Ablehnung der Freigabe des Testierens durch die Gesetzgebung Solons in Athen und Bezugnahme auf die Gesetzgebung des Lykurgos in Sparta .....	34
a) Die Gesetzgebung Solons über die Testierfreiheit .....	34
b) Platons Bezugnahme auf die Gesetzgebung des Lykurgos in Sparta .....	35
5. Unveräußerlichkeit der κλήροι und die ὑποθήκη .....	38
a) Unveräußerlichkeit der κλήροι .....	38
b) Religiös-familiäre Beschränkungen der ὑποθήκη .....	39
6. Platons Verstaatlichung des delphischen Orakelspruchs Γνώθι σεαυτόν .....	40
7. Die Korrespondenz von <i>Ideenlehre</i> und Beschränkung der Testierfreiheit bei Platon .....	42
a) Das Kontinuum der Familie und die Einzelperson .....	42
b) Die Parallele von Metaphysik und Beschränkung der Freiheit der Einzelperson .....	44
8. Ausblick und Leitfragen .....	45
<b>II. Der sichere Tod und die Suche nach Institutionen individueller Fortdauer im Willen</b> .....	47
1. Einleitung .....	47
2. Hans Jonas' Betrachtungen über den Menschen und das Grab .....	48
3. Georg Simmels Theorie der <i>Vorwirkung</i> des Todes .....	49
4. Das Familienfideikommiß, der Tod und die Unsterblichkeit der Gruppe .....	51
5. Die Familie und der Tod .....	52
6. Die These Auguste Comtes, „... daß unser sozialer Fortschritt wesentlich auf dem Tode beruht“ .....	52
7. Ein kulturphilosophischer Erklärungsversuch: Permanenz des Willens versus Fortgang des Wissens .....	54
8. Antithesen zum Widerspruch von Sukzession und Fortschritt .....	55

<b>III. Herkunft und Geschichte der Institution des Wakf im islamischen Recht</b> .....	56
1. Historische Einleitung: Die Institution des Wakf in den islamischen Ländern .....	56
2. Christliche Stiftungen und der islamische Wakf - Eine Wahlverwandtschaft ....	56
3. Rezeption des Stiftungsgedankens im Islam.....	59
4. Das Rechtsinstitut des Wakf .....	60
a) Das Stiftungsgeschäft.....	61
b) Die eigentumsrechtliche Stellung des Wakf-Vermögens .....	62
5. Das Erbrecht nach dem Koran und seine Umgehung durch Errichtung eines Wakf .....	62
6. Patrimonialismus und Vermögensbindung - Die rechtssoziologische Analyse der Wakfs bei Max Weber .....	63
a) Eine Paradoxie: Patrimonialismus und Vermögensbindung .....	63
b) Ausblick auf ein weiteres Paradoxon .....	64
7. Schlußbetrachtung zum Wakf und Ausblick .....	65
 <b>IV. Die Rechtsverhältnisse des Familienfideikommisses</b> .....	66
1. Einleitung .....	66
2. Die Begründung eines Familienfideikommisses .....	66
3. Abgrenzungen des Rechts der Familienfideikommisse von ähnlichen Rechtsinstituten .....	66
a) Abgrenzung zur Familienstiftung .....	66
b) Abgrenzung zum Hausgut .....	67
c) Abgrenzung zum Stammgut.....	68
d) Abgrenzung zur fideikommissarischen Substitution.....	68
4. Primogenitur .....	69
5. Das Familienfideikomiß und die weiblichen Nachkommen .....	69
6. Rechtswirkungen der Errichtungen von Fideikommissen .....	70
a) Die Bestimmung eines Veräußerungsverbots .....	70
b) Verbot der Hypothekenbestellung auf das Fideikommißgut .....	71
c) Verbot der Bestellung einer Emphyteuse .....	72
7. Exkurs zu einer Parallele: Das Familiengrab und das Familienfideikomiß.....	73
a) Das Recht der Familiengräber .....	73
b) Parallelen zwischen der Errichtung von Familiengräbern und Familien- fideikommissen .....	75
c) Rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote bei Grabstätten und Fidei- kommissen - obligatorisch oder dinglich? .....	76
8. Rechtsfolgen unzulässiger Veräußerungen .....	77
a) Unverjährbarkeit der Fideikommißeigenschaft .....	77
b) Verjährbarkeit der Revokationsklage in der Person des Berechtigten und der Grundsatz <i>Agere non valenti non currit praescriptio</i> .....	78
9. Die Stellung des jeweiligen Inhabers des Fideikommißgutes .....	78
a) Die Stellung des Fideikommißinhabers in bezug auf das Fideikommißgut - eine beschränkte Eigentümerstellung? .....	78
b) Die Stellung des Fideikommißinhabers in bezug auf die Früchte des Fideikommißgutes.....	79

10. Der Inhaber des Fideikommißgutes als Nießbraucher? .....	79
a) Zum Begriff des <i>ususfructus</i> im römischen Recht .....	79
b) Der Fideikommißbesitzer in der Rechtsstellung eines Nießbrauchers .....	80
11. Der Haftungsmaßstab des Fideikommissars .....	81
12. Die zeitlichen Grenzen der Familienfideikommisse .....	82
13. Die Frage der Zulässigkeit eines Verzichts auf die Fideikommißnachfolge ....	83
14. Aufhebung der fideikommissarischen Bindung eines Landgutes durch Konsens oder: Die Nachkommen, die Lebenden und die Toten .....	84
a) Die Wirkung der <i>successio ex pacto et providentia maiorum</i> : Unmög- lichkeit der Bindung der Nachfahren an eine konsentierete Aufhebung oder Veräußerung des Fideikommisses.....	84
b) Die Wirkung eines konsentierten Verzichts .....	85
c) <i>Actio revocatoria post longum tempus</i> .....	85
d) Die Möglichkeit der Beendigung des Fideikommißstatus eines Gutes durch Konsens der lebenden Interessenten .....	86
e) Die Verneinung des Rechts ungeborener Interessenten: Ein Widerspruch zur Idee fideikommissarischer Vermögensbindung? .....	88
15. Die Rechtsstellung der Anwärter.....	88
a) Die Rechtsstellung der Fideikommißanwärter als <i>ius quaesitum</i> .....	89
b) Die Rechtsstellung der Fideikommißanwärter als <i>Hoffnung</i> .....	90
16. Schlußbetrachtung zum Rechtsverhältnis der Familienfideikommisse .....	91
<b>V. Analysen der Familienfideikommisse aus rechtssoziologischer Sicht .....</b>	<b>92</b>
1. Einleitung .....	92
2. Betrachtungen von Familienfideikommissen bei Georg Simmel .....	92
a) Selbsterhaltung der Gruppe durch fideikommissarische Bindung des Bodens .....	92
b) Zwischenbetrachtung .....	93
c) Der Ursprung eines Konflikts: Der Mittelpunkt der Gruppe und die Inte- grationsforderung der staatlichen Gemeinschaft .....	93
3. Georg Simmels Analysen des Besitzverhältnisses: Wechselwirkung von Sub- jekt und Objekt.....	94
4. Noch einmal: <i>Ususfructus</i> oder fideikommissarisch beschränktes Eigentum? - Die Rechtsstellung des Fideikommißinhabers in soziologischer Betrachtung ....	95
a) Gesetzesgehorsam <i>versus</i> Personengehorsam .....	95
b) Selbsteinwand: Grenzen dieser Unterscheidung bei Anwendung auf das Rechtsinstitut der Familienfideikommisse .....	97
5. Das Geld, das Individuum und die Gruppe .....	97
a) Unabhängigkeit des Individuums von personalen Bindungen .....	97
b) Folgerungen für das Institut der Familienfideikommisse .....	98
6. Die Analyse der Familienfideikommisse bei Niklas Luhmann .....	98
a) Ausgangspunkt: Subjektive Rechte und Personalisierung .....	98
b) Materielle Korrektur der Personalisierung durch Fideikommisse.....	99
7. Kritische Schlußbetrachtung zur These Niklas Luhmanns .....	100

<b>VI. Familienfideikommisse in wirtschaftspolitischer Betrachtung - Teil I:</b>	
<b>Familienfideikommisse als Wirtschaftshindernis</b> .....	102
1. Einleitung .....	102
2. Die folgenreiche These Montesquieus: „ <i>Les substitutions gênent le commerce</i> “ .....	102
3. Ökonomische Gesichtspunkte für die Beseitigung von <i>Entails</i> bei Adam Smith .....	103
a) „... <i>excludes lands entirely from commerce</i> “ .....	104
b) <i>Improvement</i> .....	105
4. Carl Gottlieb Svarez' wirtschaftliche Kritik am Institut der Familienfideikommisse in den <i>Kronprinzenvorträgen</i> .....	106
a) Gleiche Verteilung des Vermögens .....	106
b) Zirkulation des Vermögens .....	106
c) Vererbung des Reichtums, Vererbung der Armut .....	107
d) Der Mangel an „Industrie, Sorgfalt und Fleiß“ .....	107
5. Die wirtschaftliche Kritik Wilhelm von Humboldts .....	107
6. <i>Geld</i> oder <i>Boden!</i> - Georg Simmels Gegenüberstellung von Geld- und Grundbesitz am Beispiel des Verbots der Hypothekenbestellung fideikommissarisch gebundenen Bodens.....	109
<b>VII. Familienfideikommisse in wirtschaftspolitischer Betrachtung - Teil II:</b>	
<b>Das agrarische Fideikommißgut, das Bergwerk und die Industrie</b> .....	111
1. Einleitung .....	111
2. Das agrarische Fideikommißgrundstück und das Bergwerk - Verformung des Privatrechts durch volkswirtschaftlichen Nutzen .....	111
a) Ackerbau <i>versus</i> Mineralvorkommen .....	111
b) Die Erweiterung der Befugnisse des Fideikommißbesitzers .....	112
3. Von der Ausschließlichkeit des Eigentums zur Beschränkung der Tiefe des Eigentums im römischen Recht .....	113
a) <i>Cuius est solum, eius est usque ad sidera usque ad inferos</i> .....	113
b) „ <i>Ackerbau bricht Bergbau</i> “ .....	114
c) Ökonomische und fiskalische Gründe der Gestattung des Bergbaus auf fremdem Grund .....	115
d) Regalität .....	116
4. Der Grundsatz der Industrialisierung: „ <i>Bergbau bricht Ackerbau</i> “ .....	117
5. Bedenken, offene Fragen und Widersprüche .....	117
a) Bedenken gegen die Rechtsauffassung William Lewis' .....	117
b) Was bleibt von der Romantik der Familienfideikommisse? .....	118
c) Der Rosengarten und der Kohlgarten oder: Ein Umwandlungsverbot aus dem Geist des Biedermeier .....	119
6. Schlußbetrachtung .....	120
<b>VIII. Familienfideikommisse in wirtschaftspolitischer Betrachtung - Teil III:</b>	
<b>Der Wald und das Fideikommißgut</b> .....	121
1. Einleitung: Die These von der Erhaltung des Waldbestandes durch fideikommissarische Bindung von Grund und Boden.....	121

2. Waldesnot und Walderhaltung: Die Sicherung des Waldbestandes durch Familienfideikommisse .....	122
a) Die Klage .....	122
b) Die Ursachen der Waldesnot .....	122
c) Walderhaltung .....	124
3. Ein erstes Bedenken: Bekämpfung des bürgerlichen Privateigentums durch Favorisierung von Familienfideikommissen .....	124
4. Die Bedenken Max Webers gegen die These von der walderhaltenden Funktion der Familienfideikommisse .....	126
5. Ein letztes Bedenken: Übernahme der Sorge um den Waldbestand durch den Staat - das Wagnersche Gesetz .....	127
6. Schlußbetrachtung .....	128
<b>IX. Die Aufklärung - Zur Signatur eines kritischen Zeitalters .....</b>	<b>129</b>
1. Einleitung: Die Aufklärung - Aspekte eines kritischen Zeitalters .....	129
2. Die Freiheit jeder Generation zur Aufklärung bei Immanuel Kant .....	129
a) Die Unverzichtbarkeit der Aufklärung .....	129
b) Anwendung auf das Erbrecht .....	130
3. Immanuel Kants Herleitung des Selbstbestimmungsrechts der Nachkommen aus dem Begriff des Rechts .....	131
a) Der Rechtszustand als „Gleichheit der Wirkung und Gegenwirkung“ .....	131
b) Anwendung auf das Erbrecht .....	132
4. Kritik am <i>argumentum ab auctoritate</i> .....	132
a) Das <i>argumentum ab auctoritate</i> und seine Kritik .....	132
b) Anwendung der Überlegungen auf das Erbrecht .....	134
5. Kritik an der Theorie der <i>angeborenen Ideen</i> .....	135
a) John Lockes These: „ <i>No innate principles in the mind</i> “ .....	135
b) Anwendung der Überlegungen auf das Erbrecht .....	136
6. Der Streit um die <i>Unsterblichkeit der Seele</i> in der Philosophie der Aufklärung .....	137
a) Die <i>Unsterblichkeit der Seele</i> und ihre Kritik .....	137
b) Anwendung der Überlegungen auf Familienfideikommisse: Die Mystik der <i>pythagoreischen Seelenwanderung</i> des Fideikommittenten .....	138
7. Eine soziologische Annäherung: Emile Durkheims These von der Abnahme des Glaubens an die Vererbung in modernen Gesellschaften .....	140
a) Emile Durkheims Beobachtung .....	140
b) Übertragung dieser Überlegungen auf das Recht der Familienfideikommisse .....	141
8. Schlußbetrachtung .....	141
<b>X. Das Verständnis von Ehe und Familie als Vertragsgesellschaft im Zeitalter der Aufklärung .....</b>	<b>143</b>
1. Einleitung .....	143
2. Entwicklung und Vorgeschichte des <i>consensus</i> -Gedankens im Eherecht .....	143
3. Die Anwendung des Vertragsmodells auf das Institut der Ehe im Zeitalter der Aufklärung .....	144

a) Der <i>consensus</i> -Grundsatz in der Rechtslehre der Aufklärung .....	144
b) <i>From status to contract</i> .....	145
4. Folgerungen .....	146
5. Die Familie als Vertragsgesellschaft .....	147
a) Ausgangspunkte .....	147
b) Die Entmachtung der Väter .....	148
c) Elternrecht, Recht des Kindes und Staatsbefugnis bei Wilhelm von Humboldt .....	149
d) Die Auflösung der Familie durch individuelle Mobilität .....	149
e) Das Leistungsprinzip und die Familie .....	151
6. Schlußbetrachtung: Folgen des Konsens- und Leistungsprinzips für die Familie und die Wirkung für das Institut der Familienfideikommisse .....	151
<b>XI. Elterliche Gewalt versus Freiheit der Nachkommen .....</b>	<b>153</b>
1. Einleitung: Generationenkonflikte oder Der Kampf gegen die <i>Herrschaft der Toten über die Lebenden</i> .....	153
2. Der elterliche Wille und die Freiheit der Nachkommen .....	153
3. Ein Beispiel: Die Ablösung der <i>paternal power</i> durch <i>consent</i> bei John Locke.....	154
a) Robert Filmers These: „ <i>Men are not naturally free</i> “ .....	155
b) John Lockes Gegenposition .....	155
c) Die Ablösung der <i>paternal power</i> durch <i>consent</i> .....	156
4. Jean-Jacques Rousseau: Die Unveräußerlichkeit der Freiheit der Nachkommen .....	161
a) Ausgangspunkte .....	161
b) Folgerungen für die Frage der Rechtsnachfolge .....	161
5. Anwendung auf das Recht der Familienfideikommisse .....	161
<b>XII. Die Macht des Testators versus Freiheit der Nachkommen .....</b>	<b>163</b>
1. Einleitung: Testament und Erbrecht - Naturrecht oder positives Recht? .....	163
2. Naturrechtliche Begründungen der Testierfreiheit .....	163
3. Naturrechtliche Ablehnung der Testierfreiheit .....	164
4. Die Freiheit der Person, des Eigentums und das Erbrecht .....	165
a) Folgerungen aus den Idealen der Freiheit und Gleichheit .....	167
b) Die Unmöglichkeit eines Vonselbsterwerbes .....	169
5. Wilhelm von Humboldts Beschränkung der Testierfreiheit aus dem Geist der individuellen Freiheit .....	169
6. Die Lösung Immanuel Kants: Wahrung der Freiheit des Erbberechtigten durch die Rechtsfigur der <i>hereditas iacens</i> .....	170
7. Rudolf von Jherings Begründung des Erbrechts aus der Idee der <i>passiven Wirkungen der Rechte</i> .....	171
8. Schlußbetrachtung .....	172

<b>XIII. Montesquieus Stellungnahmen zu den Grundlagen des Erbrechts und seine Behandlung des Bevölkerungsproblems</b> .....	173
1. Einleitung .....	173
2. Ablehnung der Idee eines <i>natürlichen</i> Erbrechts .....	174
3. Montesquieus Ablehnung des Erstgeburtsrechts und die Frage des Bevölkerungsschwundes .....	175
a) Die Behandlung des Bevölkerungsschwundes in den <i>Lettres persanes</i> ....	175
b) Die Annahme eines Bevölkerungsschwundes .....	176
c) Der Bevölkerungsschwund und die Änderung der <i>mœurs</i> .....	177
d) Geltung des Gleichheitsgrundsatzes? .....	177
4. Bevölkerungspolitik durch Gesetzgebung .....	178
5. Kritische Stellungnahme zu Montesquieu .....	179
a) Historische Kritik an der These vom Bevölkerungsschwund .....	179
b) Ein düsterer Blick in die malthusianische Bevölkerungsfalle .....	180
c) Das Erbrecht aus dem Geiste des Malthusianismus .....	182
6. Schlußbetrachtung .....	182
<b>XIV. Historische Herleitung des Instituts der <i>Entails</i> und deren Ende in modernen Staaten in der Rechts- und Moralphilosophie von Adam Smith</b> ..	184
1. Einleitung .....	184
2. Die Voraussetzungen der Entstehung von <i>Entails</i> .....	184
a) Einleitung: Historisches und Begriffliches zu <i>Entails</i> .....	184
b) Die historisch-ökonomische Begründung der Entstehung von <i>Entails</i> bei Adam Smith .....	186
c) Der politische Grund für die Entstehung von <i>Entails</i> : Macht und Schutz durch Errichtung von <i>Entails</i> .....	186
3. Entfallen der Legitimationsgrundlage von <i>Entails</i> in modernen Staaten .....	187
a) Die Sicherheit des Besitzes in modernen Staaten und die Rechtsregel <i>Cessante razione legis cessat ipsa lex</i> .....	188
b) „ <i>The earth is the property of each generation</i> “ und die Ablehnung einer <i>Herrschaft der Toten über die Lebenden</i> .....	189
4. Anerkennung und Grenzen des Rechts testamentarischer Erbeinsetzung .....	190
a) Grundsätzliche Anerkennung des Testierrechts .....	190
b) Beschränkung der Reichweite testamentarischer Bestimmungen durch <i>moral sentiment</i> .....	191
c) Grenzbestimmungen: <i>Piety</i> der Lebenden und <i>affection</i> des Verstorbenen .....	193
5. Ablehnung der <i>Primogenitur</i> aus dem Recht der Kindesgleichheit .....	194
6. Schlußbetrachtung zu Adam Smith .....	195
<b>XV. Die staatsphilosophischen Grundlagen der Reform des Erbrechts durch Thomas Jefferson</b> .....	196
1. Zur Person Thomas Jeffersons .....	196
2. Der staatsphilosophische Ausgangspunkt: Der Grundsatz der Unabhängigkeit und Souveränität der Generationen .....	196
3. „ <i>Die Toten haben keine Rechte</i> “ .....	199