

L e c h r b u n d

der

P a n d e f t e n

von

Dr. Alois Brinz,

Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

D r i t t e r B a n d .

Erste Abtheilung.

(Universalsuccessionen).

S zweite, veränderte Auflage.

Erlangen,
Verlag von Andreas Deichert.
1886.



6759 9

2670

L e h r b u ch

der

P a n d e f t e n

von

Dr. Alois Brinz,

Professor des römischen Rechts an der Universität München.

D r i t t e r B a n d .

Zweite Abtheilung. 1. Lieferung.

(Das Zweckvermögen.)

Zweite veränderte Auflage.



Erlangen,
Verlag von Andreas Rehert.
1888.

由日本文部省

印製之書籍圖書

卷之三

卷之四

卷之五



111111
Dated 1954. Jacob in Erlangen.

• 6 •

Vorwort.

„Nach kurzer Rast wird meinerseits wieder Hand angelegt werden“, schrieb am 25. August v. J. mein Vater seinem Verleger ausläßlich der Uebersendung des Manuscripts für gegenwärtige Lieferung. Sie sollte die letzte sein. Am 13. des folgenden Monats ward er zur ewigen Rast heimberufen.

So ist es ihm nicht vergönnt gewesen, die zweite Auflage seines Lehrbuchs zu vollenden.

Herr Doktor Philipp Lotmar, Privatdozent an der Münchener Universität, hat es auf sich genommen, die beiden noch fehlenden Schlussabschnitte — „das Familienrecht“ und „die Handlungen“ — zu bearbeiten und damit die zweite Auflage zum Abschluße zu bringen. Gerade ihm hiefür an dieser Stelle danken zu dürfen, erfüllt mich mit besonderer Befriedigung; weiß ich doch, wie hoch Herr Doktor Lotmar in der Werthschätzung des Verstorbenen nach jeder Richtung gestanden ist.

Inzwischen — am 16. v. Mts. — ist auch der Verleger dieses Lehrbuchs, Herr Andreas Deichert in Erlangen aus einem arbeitsreichen Leben geschieden. Ich vollziehe einen Akt der Pietät gegen meinen Vater, indem ich hier seines langjährigen Verlegers in Dankbarkeit gedenke.

Indem ich hiemit die 1. Lieferung der 2. Abtheilung
des 3. Bandes der Pandekten meines Vaters — das
Zweckvermögen enthalteud — der Öffentlichkeit übergebe,
habe ich noch Folgendes zu bemerken.

Nur die beiden ersten Druckbögen dieser Lieferung
gelangten zur Durchsicht an den Verfasser.

Wie hier so manches von ihm gestrichen, ergänzt,
verändert wurde, so hätten wohl auch die weiteren Bögen
da und dort eine Correktur erfahren.

An eine solche durfte natürlich meinerseits nirgends
gedacht werden. Dagegen war ich redlich bemüht, Druck-
fehler und offensbare Unrichtigkeiten von dieser Lieferung
fern zu halten. Wohl wäre selbst diese Arbeit von anderer
Seite besser besorgt worden. Aber lieber und freudiger
konnte sie dem theuren, edlen, großen Todten Niemand
besorgen als ich, und das sei meine Entschuldigung.

Schwabing bei München, am 8. August 1888.

Eduard Brinz,
Rechtsanwalt.

Inhaltsübersicht

zum III. Bande, Abtheilung II.

Zweckvermögen. Familienrechte und Vormundschaften.

		Seite
B. Das Zweckvermögen.		Seite
§. 432. Einleitung.	453	A. unter Lebenden.
I. Arten und Fälle des Zweckvermögens.		516
§. 433. Arten.	475	§. 444. Fortsetzung.
§. 434. Fälle Gemeinheitsvermögen.	478	B. von Todeswegen.
§. 435. Staatsvermögen.	481	§. 445. Fortsetzung. II. dem Zweckvermögen eigene Geschäfte.
§. 436. Gemeindevermögen.	484	§. 446. Von Stiftungen insonderheit.
§. 437. Korporationsvermögen.	488	§. 447. Von der Vertretung des Zweckes bei der Zweckvermögensbegründung im Allgemeinen.
§. 438. Cultusvermögen.	497	III. Verwaltung des Zweckvermögens.
§. 439. Fortsetzung (nach canon. Recht).	503	§. 448. Verwaltungsorgane.
§. 440. Weltliches Sonderzweckvermögen.	506	§. 449. Verwaltungsge
II. Entstehung des Zweckvermögens.		schäfte.
§. 441. Vorbedingungen.	508	§. 450. Verwaltungsgeze
§. 442. Der Begründungsact und die Bestandtheile d. Zweckvermögens. Im Allgemeinen.	513	§. 451. Oberaufsicht und Obervormundschaft
§. 443. Fortsetzung. I. Gemeine Geschäfte.	515	§. 452. Haftung.
		IV. §. 453. Privilegien.
		V. §. 454. Untergang, Nebergang und Convertirung des Zweckvermögens.
		578
		561
		562
		567
		571
		582

II.

Die Familienrechte und die Vormundschaften.

Erster Abschnitt.

Die Familienrechte.

Seite	Seite
§. 455. Einleitung. 587	§. 474. Fortsetzung (res uxoria). 698
I. Die Hausherrshaft.	§. 475. Fortsetzung (Duplicität des Dotaleigenthums). 701
§. 456. (Manus, Gemeinschaft v. vät. u. ehemännl. Gewalt). 592	§. 476. Fortsetzung (Folgen des ehefräul. Dotaleigenthums). 707
1. Die väterliche Gewalt.	§. 477. Fortsetzung (res uxor. der Frau in p. p. und sol. matrim.). 714
§. 457. a. Vaterhaupt. 594	§. 478. Schluß (Quelle d. ehefräul. Dotaleigenth. und dos recept.). 719
b. Einzelnes.	§. 479. Gegenstand. 721
§. 458. Das Besitzrecht. 605	§. 480. Form. 724
§. 459. Das Gebrauchs- u. Erziehungsrecht. 613	§. 481. Umfang. 725
Die Vermögensherrshaft.	§. 482. Bestellung. 730
§. 460. Das alte Hausgut. 614	§. 483. Dotis obligatio. 739
Vermögenssonderung.	§. 484. Fortsetzung (Inhalt Früchtetheilung). 742
§. 461. 1. Peculium. 623	§. 485. Fortsetzung (Personen, Klage, Sicherung). 752
§. 462. 2. Peculium castrum und quasi castr. 632	§. 486. Dotis restitutio. 756
§. 463. 3. Adventizgut. 642	§. 487. Pacta dotalia. 758
§. 464. Fortsetzung (dormativen).	§. 488. Fortsetzung (Nicht wider ius publicum verstößende). 761
§. 465. Resultate für das Justinianische Recht. 655	§. 489. Schluß (Zeit der Abschließung). 764
§. 466. Heutiges Recht. 660	§. 490. Donatio propter nuptias. 766
2. Die eheherrliche Gewalt.	§. 490a. (Entwicklung aus dem sponsalium). 772
§. 467. Vaterhaupt. 664	§. 491. Paraphernen. 775
§. 468. Manus. 665	II. Verwandtschaftsrechte.
§. 469. Die schwächere Gewalt. 668	§. 492. Rechte und Pflichten. 776
§. 470. Pflichten. 677	
§. 471. Fortsetzung (Scheidungsstrafen, Trauerpflicht, Wiederverheirathung). 679	
Bon der Dos.	
§. 472. Begriff. 689	
§. 473. Fortsetzung (Emsänger. Fundus dot.). 692	

Seite	Seite		
§. 493. Immunitäten (na- mentl. a. rer. am. und don. i. v. et u.).	787	§. 494. Fortsetzung (gültige don. i. v. et u., Con- valescenz).	795

Zweiter Abschnitt.

Die Vormundschaft.

Einleitung.		§. 506. Delation.	846
§. 495. (Begriff, Gründe und Fälle).	800	§. 507. Excusation.	855
I. Die Altersvormundschaft.		§. 508. Remotion.	861
1. Tutela.		§. 509. Ende der Tutel.	862
§. 496. Begriff und Inhalt.	802	§. 510. Protutores. Falsi tutores.	863
§. 497. Auctoritatis inter- positio.	807	2. Cura minorum.	
§. 498. Administrandi po- testas.	810	§. 511. Die Cura über- haupt.	868
§. 499. Verwaltungsvor- schriften und Obervor- mundschaft.	816	§. 512. Cura minorum in- sonderheit.	874
§. 500. Officium.	820	§. 513. 3. Cura pupillo- rum.	876
§. 501. Haftung aus der Tutel.	823	§. 514. 4. Heutige Alters- vormundschaft.	878
§. 502. Sicherung.	827	§. 515. II. Die Vormund- schaft über Wahnsinnige und dgl.	883
§. 503. Tutela indivisa, divisa.	832	§. 516. III. Die Vormund- schaft über Verschwender.	885
§. 504. Ordo conventionis.	841		
§. 505. Fähigkeit zur Tutel.	844		

Dritter Abschnitt.

Güterpflegen und Specialcuratelen.

§. 517. Ueberhaupt.	888	§. 519. Die Specialcuratelen.	893
§. 518. Die Güterpflegen im Einzelnen.	889	§. 520. Actores und Adju- tores.	894

Berichtigungen zum III. Bande.

- §. 3 Anm. 2 §. 5 lies Theorie statt Theorien
§. 11 Anm. 3a §. 9 v. u. l. hereditatis st. hereditas
§. 12 Anm. 3a §. 11 l. welche in einer
§. 20 Anm. 26 §. 2 v. u. ergänze am Ende: D. leg. praest. 37, 5.
§. 37 Anm. 23 §. 2 l. zu der st. zur der
§. 42 Text §. 3 v. u. l. Exheredation st. Epheredation.
§. 43 Anm. 8 §. 5 l. RW. XIV §. 170.
§. 45 Text §. 5 v. u. l. §. 365 st. §. 362.
§. 73 Anm. 11 §. 1 v. u. l. §. 377 st. §. 376.
§. 75 Text §. 3 v. u. l. Anm. 17 st. Anm. 16.
§. 77 Text §. 1 v. u. l. im Testamente eines Soldaten st. der Soldat in
Betreff.
§. 78 Text §. 1 l. die st. der.
§. 78 Text §. 2 l. man darin st. zwar.
§. 78 Anm. 29 §. 4 l. solche st. solches.
§. 87 Anm. 20 §. 4 v. u. l. nach st. vor.
§. 108 Text §. 7 l. Reseissibilität st. Reiseissibilität.
§. 120 Anm. 10 §. 6 l. Anfechtungsrechts st. Auferstehungsrechts.
§. 127 Text §. 8 v. u. l. nothwendigen st. nothwendige.
§. 129 Anm. 7 §. 3/4 l. in Einem st. in finem.
§. 137 Text §. 16 l. Nichtdecrescenz st. Decrescenz.
§. 141 Text §. 11 v. u. l. fernerer st. ferner.
§. 143 Anm. 1 §. 2 l. unmündig st. mündig.
§. 145 Text §. 6 l. §. 405 Nr. 4 st. §. 405.
§. 148 Anm. 6 §. 1 l. §. 382 Nr. 2 st. §. 382 Anm. 2.
§. 152 Anm. 20 §. 1 l. Bd. 15 §. 186 st. Bd. 186.
§. 159 Rubrik l. Transmission st. Nullität u. Resc.
§. 160 Anm. 17 §. 6 v. u. l. Justinian st. Iustinian.
§. 161 die im Druck ausgefallene Anm. 20 lautet: s. z. B. l. 8 C. iure
delib. 6, 30 — sui heredes . . . ignorantes delatam sibi
esse hereditatem —.
§. 162 Anm. 27 §. 6 l. denen st. deren.
§. 162 Anm. 27 §. 3 v. u. l. (vgl. st. vgl.

- §. 176 Anm. 37 §. 1 v. u. I. §. 604, 1: st. §. 604, 1a.
 §. 177 Text §. 4 I. (re st. re
 §. 187 Anm. 22 §. 10 v. u. I. I. 34 st. I. 24
 §. 189 Text §. 6 I. §. 395), beschränkt. st. §. 395
 §. 189 Anm. §. 9 v. u. I. §. 395, 2, b st. §. 395
 §. 189 Anm. §. 5 v. u. I. I. 3 §. 4 st. I. 6 §. 4.
 §. 190 Text §. 5 I. ihn st. ihr.
 §. 194 Text §. 5 v. u. I. II st. 2.
 §. 195 Text §. 1 I. 1 st. a.
 §. 196 Text §. 10 v. u. I. 2 st. b.
 §. 197 Text §. 1 v. u. I. §. 427 st. §. 426.
 §. 198 Text §. 2 v. u. I. Erbschaften und von st. Erbschaften von
 §. 199 Text §. 4 I. exceptio st. exceptio.
 §. 203 Anm. 30 §. 3 v. u. I. 2, 34 (35) st. 2, 54 (55).
 §. 225 Text §. 5. Note 52 gehört hinter „an“ §. 8.
 §. 226 Anm. 59 ist Bd. 2 zu streichen.
 §. 227 Anm. 61 streiche. den Beilagten — verweist
 §. 234 Text §. 4 v. u. I. Wege st. Wegen
 §. 238 Anm. 29 §. 1 I. Ag. st. Ag.
 §. 241 Anm. 9 a. E. I. a quo den. sit st. aquo den. seit
 §. 241 Anm. 10 §. 2 a. E. I. in — st. in
 §. 248 Anm. 36 §. 2 v. u. I. subducto st. sublato
 §. 249 Anm. 4 I. §. 3 C. st. §. 3 D.
 §. 252 Anm. 5 §. 18 I. 5, 3 st. 5, 1.
 §. 260—§. 263 passim I. inoff. test. st. h. t.
 §. 262 Anm. 16 §. 11 I. 673 st. 653.
 §. 262 Anm. 16 §. 10 I. substitution st. substitution.
 §. 262 Anm. 21 §. 1 I. Exceptionsground st. Exemptionsground.
 §. 263 Anm. 21 §. 3 I. summovere st. summo vere.
 §. 264 Text §. 5 v. u. I. Bedingungen st. Bedindungen.
 §. 264 Anm. 32 §. 3 I. Arndts st. Arndt's.
 §. 265 Anm. 38 §. 7 nach 35 schalte ein §. 324 fg.
 §. 265 Anm. 38 §. 8 streiche §. 324 fg.
 §. 266 Anm. 44 §. 2 I. aequitatis st. oequitatis.
 §. 270 Anm. 3 §. 3 v. u. I. h. p. st. b. p.
 §. 270 Anm. 3 §. 2 v. u. I. i. q. b. st. i. q. p.
 §. 271 Anm. 3 §. 4 v. u. I. i. q. b. st. i. q. p.
 §. 271 Anm. 3 §. 2 v. u. I. possessores st. possossores.
 §. 286 Anm. 5 §. 7 I. hereditaria st. heriditaria.
 §. 286 Anm. 5 a. E. I. vermochten st. vermöchten.
 §. 292 Anm. 24 §. 5 I. Emancipation st. Emaneipation.
 §. 292 Anm. 25 §. 6 I. Haushaltung annehmen mußte“, st. Ausstattung
 annehmen mußte.
 §. 296 Anm. 11 §. 4 I. 409 st. 408.

- §. 296 Anm. 12 §. 1 I. Vgl. st. Vgl.
 §. 297 Anm. 14 §. 3 I. soweit st. soweit.
 §. 305 Anm. 22 §. 24 I. etiamsi constante matrimonio ipsa diem suum obierit.
 §. 305 Anm. 22 §. 3 v. u. I. cavirt st. carirt.
 §. 307 Anm. 2 §. 3 v. u. I. §. 416 Anm. 3 st. §. 416 Anm. 4.
 §. 308 Anm. 2 §. 5 v. o. I. 2, 24) st. 2, 24
 §. 308 Anm. 2 §. 6 v. o. I. 34, 3) st. 34, 3
 §. 308 Anm. 5 §. 2 I. alimentis st. ali mentis.
 §. 311 Anm. 8 §. 1 I. 1. 41 §. 2 D. leg. I.
 §. 311 Anm. 8 §. 3 I. 1. 98 st. 1. 97.
 §. 318 Anm. 18 §. 4 I. ohne st. ohre.
 §. 324 Anm. 50 §. 1 I. usu et usufr.
 §. 326 Anm. 61 §. 3 I. der st. ber.
 §. 327 Anm. 63 §. 2 I. §. 57, 6 st. §. 57 c.
 §. 329 Anm. 70 §. 1 I. 1. 8 §. 6 st. 1. 8 §. 7.
 §. 330 Anm. 75 §. 1 I. adjecticish st. adjuncticish.
 §. 331 Text §. 9 I. actio st. actio.
 §. 333 Anm. 3 §. 2 I. jchließen, den.
 §. 335 Ueberschrift I. §. 416 st. 417.
 §. 335 Anm. 14 §. 3 v. u. I. müssen, nicht st. müssen nicht,
 §. 335 Anm. 15 §. 3 I. IV 3 §. 3 st. IV §. 3.
 §. 336 Text §. 8 v. u. I. Erbvermögen st. Erbvermögens.
 §. 336 Text §. 9 v. u.) gehört hinter verbleibenden in §. 8 v. u.
 §. 344 Text §. 5 I. kommen st. komme.
 §. 349 Text §. 11 v. u. I. legten st. legte.
 §. 365 Anm. 55 §. 2 v. u. I. geschüfft st. geschägt.
 §. 376 Anm. 6 §. 1 und §. 2 v. u. I. 124 st. 104.
 §. 376 Anm. 6 §. 15 v. u. I. werden, können st. werden können,
 §. 382 Anm. 27 §. 1 I. 1. 32 §. 6 D. leg. II st. I. 32 §. 6 D. h. t.
 §. 400 Text in med. I. §. 426 st. §. 427.
 §. 423 Anm. 33 I. §. 15 st. 18.
 §. 426 Anm. 40 §. 2 I. 3, 27 st. 2, 27.
 §. 443 Anm. 3 I. te suo st. de suo.
 §. 577 Anm. 28 §. 2 I. welchen st. welche.
 §. 632 Anm. 5 §. 2 I. 26 st. 27.
 §. 649 Anm. 5 §. 2 I. 60 st. 59.
 §. 667 Rubrif I. Manus st. Ueberh.
-

B. Das Zweckvermögen.

Einleitung.

§. 432.

Das „Zweckvermögen“ hat seit der ersten Lieferung dieser zweiten Auflage (Bd. I S. 194: Die Personificationen) da und dort Aufnahme gesunden: unbeschränkt bei Demelius¹⁾, — mit einem Reservatrecht für die juristischen Personen bei Becker²⁾, — bis auf ein gewisses (Stiftungen) bei Bruns³⁾ und Eiselle⁴⁾, — als das Wesen gewisser älterer Auffassungen vom unpersönlichen Vermögen, und beigehend wie seine eigene, bei Gierke⁵⁾.

Was insonderheit die seit jenem Zeitpunkt erschienenen Pandektencompendien oder deren neue Auflagen anlangt, so nimmt

1) Ueber fingirte Persönlichkeit, Jahrb. f. Dogm. IV, s. bes. S. 132 S. 134 f. S. 138.

2) System des h. Pandr's Bd. I §. 41 §. 42 §. 59.

3) Das heutige röm. Privatr. in Holzkendorff's Encyclopädie der Rv., 4. Aufl. S. 415 vgl. S. 411 Alin 2. a. E.

4) Ueber das Rechtsverhältniß der res publicae in publico usu nach r. R., Programm, Basel 1873; S. 23 „— so spricht man hier ganz sachgemäß von „Zweckvermögen“ —“

5) Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht, die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland Bd. 3 1881, findet, daß das infolge der Reformation eingezogene Vermögen der Klöster und Stifter „lediglich aus dem Begriff des Zweckvermögens“ behandelt worden sei (S. 801), findet Annäherungen an denselben in verschiedenen anderen Phasen unserer Dogmengeschichte (z. B. S. 115 S. 121 f. S. 274 f. S. 796 f. S. 805), spricht S. 807 von der kanonischen Rechtsanschauung, wonach die einzelnen kirchlichen Institute juristische Personen und als solche Eigentumshabjekte „der entsprechenden Zweckvermögen“ seien, scheint einerseits weniger wirkliches Vorkommen und Dasein des Zweckvermögens, als seine Anerkennung in den verschiedenen Phasen der römischen, kanonistischen, legistischen, romanistischen Doctrin widerlegen zu wollen (vgl. auch S. 131), stellt aber anderseits die juristische Person gründlicher und folgerechter als sonstwer und als das nothwendige Produkt insonderheit der römischen Rechtsentwicklung hin. (S. 461 fgg. im Text.)

Baron nicht den Namen, m. E. aber die Sache an, wenn er den Begriff „denkbar“ und „den Thatsachen entsprechend“ findet, wiederholt bemerkt, daß der Zweck es war, der von den Römern als Person fingirt worden sei, — und wenn er keine andere Opposition macht, als daß von den Römern der Zweck als Person fingirt worden sei⁶); denn nicht das, was die römischen Juristen fingirt haben, sondern was Wesenhaftes hinter ihrer Fiction lag, ist das Entscheidende. Uebrigens haben die römischen Juristen auf diesem Gebiete m. E. blos personifizirt, nicht fingirt (Bd. 1 §. 59 Alin. 1 u. 2), oder richtiger die in der populären Sprechweise hergebrachte Personification beibehalten, wobei dann allerdings weithin der Zweck als personifizirt erscheint (§. 61 Alin. 2 vgl. §. 59 Alin. 1). — Windscheid (Band. 6. Aufl.) hält sich inner den Grenzen der schon früher bestandenen Annäherung: die Realität der juristischen Person wird verneint (§. 57 ab init.), ein Erfaß für sie dagegen m. E. nicht geboten; nur einmal, und nur aus der hereditas jacens, taucht der Zweck, ein „nicht für Etwen, sondern für Etwas“ auf (§. 49, 1 a. E.); im übrigen wird die von mir in Anspruch genommene Stellung desselben zu den unpersonlichen Vermögen abgelehnt, wohl hauptsächlich deswegen weil die Bestandtheile des Vermögens (Eigenthum, jura in re, Forderungen, Haftungen und Schulden) in bloßer Verbindung mit dem Zweck, ohne Person, nicht denkbar seien. Diesem Einwand hat bereits Bd. 1. §. 62, 1 zu begegnen gesucht; im Einzelnen werden §§. 442—445 auf ihn zurückkommen⁷). — Von allem seither erschienenen am entschiedensten

6) Pandekten, 4. Aufl. §. 29.

7) Wenn Windscheid auch in der neuesten Auflage §. 49 Alm. 5 bemerkt, daß ich mich darauf „beschränkt habe zu versichern, daß es nicht nothwendig sei“ nach Preisgebung „des wollenden Subjektes“ „neue Begriffe aufzustellen, sondern nur die vorhandenen zu fassen und Rechtsgeschäfte und Actionen ihnen gemäß zu formen“, so trifft das mit dem Buchstaben meiner 1. Auflage S. 991 zusammen, ist aber das Gegentheil von dem, was derselbe in seinem Zusammenshänge sagt. Denn vor demselben wird eine dem Zweckvermögen entsprechende Umbildung der Begriffe von den Vermögensbestandtheilen sowie der Vermögensgeschäfte als Nothwendigkeit hingestellt, — alsdann bemerkt, daß die römische Jurisprudenz diesem Postulate des Begriffes unter Beibehaltung der populären Personi-

ist das „römische Privatrecht von Dr. J. Gródłowski 1877 I.“ Daselbe begnügt sich nicht mit Opposition gegen das Zweckvermögen, sondern erst mit Injurien gegen dessen Vertreter (S. 129 Z. 9 v. u., S. 133 Z. 9 v. u.) Es selbst schließt sich im wesentlichen an Arndts (s. oben Bd. 1 § 60) an. Seinen Argumenten gegen das Zweckvermögen, wie z. B. der Frage: „Wie soll das Vermögen der juristischen Person entstehen und bestehen, wenn deren Existenz geläugnet wird?“ (S. 129) braucht nicht überall entgegnet zu werden; im übrigen finden sie weiter unten gelegentliche Würdigung. — Von den drei im Entstehen begriffenen Pandektenkompendien tritt das von Becker nachdrücklich für das Zweckvermögen ein, findet dieses aber einerseits mangels auslangenden Vermögensbegriffes nicht genau genug bestimmt (§ 42 Beil. I), anderseits zu unverträglich mit den juristischen Personen. Denn es sei wohl ein Irrthum, wenn ich „die j. P. für gänzlich unvereinbar mit den Zweckvermögen ansche“ (§. 59 S. 203 oben). In letzterer Beziehung möchte ich so weit Recht behalten, als ich der juristischen Person Realität abspreche, dem Zweckvermögen Realität vindicire, vom Standpunkte des Begriffes aus also die j. P. mit dem Zweckvermögen für unvereinbar, vom Standpunkte der Phantasie aus für vereinbar und auch für „unschädlich“ halte, „wenn man den mit der selben zu verbindenden Begriff zu festem Abschluß bringt“ (so Becker selbst S. 198 u.), wobei ich es aber nicht für unschädlich halten kann, wenn man sich nur „hütet, aus der Fiktion einer nicht vorhandenen Person weitere Folgen zu ziehen als man eben brauchen kann“; aus einem solchen Non-

ffstation des Zweckes aus dem Wege gegangen sei, — und jetzt erst behauptet, daß die römische Jurisprudenz, wenn sie sich jener Umbildung unterzogen hätte, keine (völlig) neuen Rechte und Rechtsgeschäfte zu statuiren, sondern vorhandene umzugestalten gehabt hätte, — da z. B. das Eigenthum in seiner Wesenheit, als Pertinenz, unverändert geblieben, und nur der Gehörpunkt ein anderer geworden wäre. Dies und mehreres ist in der 1. Auflage nicht versichert, sondern behauptet, in der 2. Auflage §. 62 namentlich in Ansehung des naturalen Eigenthumsinhalts (Dürfens und Könnens) und der Obligationen, und hier unten §§. 442—445 im Detail der Vermögensgeschäfte weiter verfolgt.

ens soll man m. E. überhaupt keine Folgen ziehen^{7a}). Auch meine ich noch immer, sei man selbst vom Standpunkte der Phantasie aus zu weit gegangen, wenn man das flüssige Element der Personifizierung in ständige Personen hat erstarren lassen, bis zu dem Grade, daß man sie systematisirt und den wirklichen Personen gegenüberstellt, wie jetzt wieder Bekker selbst. Die römischen Juristen bemerken, daß man gewisse unpersönliche Dinge wie Personen behandle, denken aber nicht daran, dieselben in der divisio personarum unterzubringen^{7b}), und kommen nur innerhalb der divisio rerum auf sie zu sprechen⁸). Das Erforderniß der Concession und des Substrates (§. unten §. 441) sind die augensfälligen und für das Stiftungswesen verwirrend und verderblich gewordenen Consequenzen dieser Uebertreibung. — Indessen hält Bekker die juristische Person selbst begrifflich neben dem Zweckvermögen aufrecht. Dahin zielt schon die Frage, „was wird aus den juristischen Personen im Staats- und Völkerrecht werden“? (§. 59 S. 206 D.) — eine Frage, die sich in jure publico noch einmal in ähnlicher Weise lösen dürfte, wie in jure privato⁹); insonderheit aber die Thatſache, daß er auch für das Zweckvermögen an einem realen Subjekte festhält, dieses nicht etwa im Zwecke, sondern bei dem Vermögen der Gemeinwesen in den universitates personarum, beim Stiftungsvermögen in der Zweckſatzung erblickt, und, die j. P. in diesen Subjekten erblickend, sich „die Realität der j. P. zu vertreten für berechtigt“ hält (§. 59 S. 205 C. a. E.). Allein in den Begriff des Zweckvermögens, wie ich es denken zu müssen glaubte, gehört, daß es kein Subjekt hat, daß es in dem Zwecke wofür es gehört, ein Objekt hat, daß es anstatt des Subjektes, dem das Personenvermögen gehört, ein Objekt hat, welches für das Personenvermögen nicht besteht, daß das pertinere ad aliquem

7a) vgl. Bierling, zur Kritik der jur. Grundbegriffe II S. 89.

7b) Vgl. Gierke a. a. O. S. 136.

8) I. 1 pr. in f. I. 6 §. 1 D. div. r. 1, 8.

9) Vgl. einjweilen Max Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre 1873. S. 16 unten u. fg.

und ad aliquid sich gegenseitig ausschließen (Bd. 1 §. 62, 3)¹⁰⁾. Daß man selbst die universitas personarum da wo das ihnen zugeschriebene Vermögen in Wahrheit Zweckvermögen ist, also den Personen, sowohl im Einzelnen als allen zusammen, nicht gehört, nicht Subjekt des Vermögens nennen kann, wird alsbald noch einmal betont werden müssen (S. 461, 468 fgg.); daß aber die Zwecksazung wohl reale Voraussetzung, mit nichts auch Subjekt des Stiftungsvermögens sei, oder doch herrschendem Sprachgebrauche nach nicht Subjekt des Vermögens genannt werden dürfe, erhellt daraus, daß die Bestimmungen, sei es der einzelnen Personen (Testatoren, Kontrahenten), sei es der Personengesamtheiten oder ihrer Repräsentanten (Statuten, Gesetze) nirgends als Subjekte von irgendwas, geschweige denn von Vermögen erscheinen; daß was insbesondere die Vermögen anlangt, sonst zwischen diesen und der Bestimmung etwas als Subjekt inmitten liegt (die Person), daß dem entsprechend wohl auch beim Zweckvermögen nicht die Bestimmung sofort selbst auch Subjekt sein wird. Insolange nicht der Zweck anstatt des Subjektes als Gehörpunkt des Vermögens anerkannt wird, ist Zweckvermögen in meinem Sinne nicht vorhanden. — Nicht sowohl auf die Nothwendigkeit oder Realität der j. P., als auf die Einheit und den Abschluß des Vermögens scheint zu gehen, was Becker §. 42 S. 142 unten und §. 59 S. 207 E. an dem Zweckvermögen meiner Fassung mangelhaft findet. Während ich die Einheit, Abgeschlossenheit oder den Gehörpunkt des Personenvermögens in der Person finde, beim Zweckvermögen all das im Zwecke, gelangt Becker mittelst der Behauptung, daß die Schulden am Vermögen seien, oder an diesem „irgendwie ihr Objekt haben“ (S. 143 oben), zu dem Satze: „Ein Vermögen, das dieselben Schulden hat“ (S. 142 a. E.), sowie angesichts der Thatfache, daß in manchen Fällen die Schulden nicht das Vermögen überhaupt, sondern nur besondere Complexe desselben ergreifen, zu dem Begriffe seines „Sonderguts“ (§. 43). Es ist nun aber

10) Vgl. Demelius a. a. D. S. 148 unten.

auch hier¹¹⁾ bei der Behauptung zu beharren, daß das Wesen der Obligation in einer Haftung liegt, daß beim Personenvermögen, insoweit sich Schulden (personae obligationes im Gegensaße zu den rei obligationes) in demselben befinden, die Person haftet, daß vonwegen dieser Haftung nicht nur die actio, sondern auch die executio in personam geht, letztere jedoch nurmehr gegen eine gewisse Eigenschaft der Person, nämlich gegen deren Pertinenz d. i. ihr derzeitiges Vermögen gerichtet ist, und in Losreißung desselben von der haftenden Person, und zwar des ganzen Vermögens oder einzelner Vermögensstücke besteht. Da kommt es nun allerdings, daß bei gewissen Schulden das Vermögen des Schuldners nur bis zu dem Werthe eines gewissen Vermögensexplexes (des Peculium bei der actio de peculio, der merx peculiaris bei der tributoria) oder nur in diesem gewissen Complexe selbst (z. B. Aktienvermögen) der Execution verfällt, allein die Sonderung datirt erst von der Execution, die Schuld selbst ist auch hier eine der Person, nicht des Vermögens oder am Vermögen, und alles Vermögen das die Person hat, ist auch hier Ein Vermögen¹²⁾. — Soweit das Personenvermögen. Was aber das Zweckvermögen anlangt, so sind auch hier die Passivobligationen im, nicht am Vermögen, steht zunächst nicht das Vermögen, sondern der

11) vgl. neuestens meine Entgegnung gegen G. Rümelin im Arch. f. civ. P. Bd. 70 N. F. Bd. 20 H. 3 S. 371.

12) Selbst der Zweifel möge erlaubt sein, ob ich darum, weil mich ein Dritter nicht um mein ganzes Vermögen bringen kann, „Sondergut“ habe? oder ist das mein „besonderes“ Gut, auf welches ein Dritter seine Hoffnung baut? War das peculium Sondergut des Vaters, Herren? — Auch möchte bezüglich mancher von B. aus dem heutigen Rechte entnommenen Beispiele des Sonderguts, z. B. Ladungsgüter, Schiffsvermögen, Berggut (S. 150 sq.) zu fragen sein, ob diese Güter nicht statt Object von Schulden vielmehr selbst Gegenstand der Haftung, res obligatae seien, und hier also Fälle vorliegen, in denen Pfandrecht ohne persönliche Forderung besteht. Sachen ohne Personen haften, wie beim Bodenreitontract? Besser selbst spricht S. 150, 5 von einem „dem Pfandrecht nahe gerückten Sondergut“. Sollte das „Sondergut“ aber die Aufrechthaltung der j. P. darum nothwendig machen, weil einer und derselben Person verschiedene Sondergüter gehören und diese „wider einander prozessiren könnten“ (§ 43 Beil. I. 9), so müßte erst klar gemacht sein, daß oder warum diese Sondergüter (Sauerbier und Imprudentia) wider einander prozessiren; dann aber s. unten § 437, 2.

Zweck als einer der dotirt ist oder dotirt sein wird, mit dem Gläubiger in Verbindung (ligamen), und wird diesem das Zweckvermögen wieder erst mit der Execution fällig.

Die „frische Hilfe“, ohne welche Becker S. 202 Alin. 2 die juristischen Personen alles in allem für „bald nicht mehr haltbar“ erachtet, scheint diesen durch Dernburg zu kommen, indem er denselben in neuer Weise Realität vindicirt, bemerkend, daß sie keine Fiction, sondern eine Vorstellung seien, und zwar eine Vorstellung, welche „der Realität der Dinge entspricht“¹³⁾. Sei die j. P. keine Fiction, so falle die Prämisse meiner Auffassung und erledige sich diese (S. 137 Alin. 1). Allein darum, daß die j. P. keine Fiction ist, braucht sie noch kein irgendwie reelles Ding zu sein; namentlich wird sie dies nicht dadurch, daß man sie sich anstatt fingirt, vorstellt. Wie viel nichtexistirende Dinge stellt man sich nicht vor¹⁴⁾! Wenn dann Dernburg noch einwendet, daß sich das Zweckvermögen mit der juristischen Person nicht decke, da z. B. Universitäten juristische Personen seien, ohne in diesem Augenblicke Vermögen zu besitzen (S. 137 Anm. 9), so verkennt er, daß sich mein Zweck in derselben Lage befindet wie seine juristische Person; mir ist die Universität (ihr Sein und Wohlsein) Zweck, ihm juristische Person; bei mir ist es der Zweck, der augenblicklich nicht dotirt ist, bei D. die vorgestellte Person, die nichts in Kasse hat. — Im Gegensahe zu Dernburg betrachtet Hölder^{15a)} die juristischen Personen als fingirte, und zwar durchweg, auch in der Gestalt der universitates personarum, als fingirte¹⁵⁾. Folgerecht verneint er auch die Realität der für diese fingirten Subjekte in Anspruch genommenen Zugehörigkeit von Vermögen. Hölder geht aber noch einen Schritt weiter; er, hierin nicht der Erste¹⁶⁾, verneint

13) Pandekten Bd. 1 §. 59 S. 135 unten und fg.

14) Anstatt fingirt, d. h. mit dem Bewußtsein, daß sie nicht existirt, als existirend hingestellt, kann sie nurmehr eine irrthümlich vorgestellte, eine erroris persona sein. Vgl. die erroris fidejussio in I. 37 D. fidej. 46, 1.

14a) Pand. Bd. 1 §§ 26—29.

15) daselbst u. dazu §. 18 Anm. 2.

16) vgl. Böhlau, Rechtssubject und Personenrolle S. 11—15, 23—24. Bierling a. a. D. S. 114 Anm. *.

nicht nur, daß diese Vermögen den juristischen Personen gehören, sondern auch daß sie überhaupt hörig sind, irgendwem oder irgendwohin gehören. Denn etwas anderes als dies kann es nicht bedeuten, wenn er es als selbstverständlich erklärt, „daß wenn die j. B. ein fingirtes Privatrechtssubjekt ist, auch ihre privaten Rechte und Verbindlichkeiten fingirt, d. h. solche Rechtsverhältnisse sind, welche ohne wirkliche Privatrechte oder Obligationen zu sein, gleich solchen behandelt werden“. Wo keine wirklichen Privatrechte sind, da kann denn selbstverständlich auch kein Zweckvermögen, überhaupt kein Vermögen sein; die Negation des Vermögens befreit uns von der Nothwendigkeit, seine Pertinenz zu bestimmen. Aber wie kommt H. dazu, da wo keine „wirklichen Privatrechte oder Obligationen“ sind, doch von „Rechtsverhältnissen“ zu sprechen? M. E. dadurch, daß er wohl das Dasein eines Vermögens als eines Rechtsinbegriffes, nicht aber das Dasein von Sachen verneinen kann, welche Vermögen sein könnten; denn wie könnte sonst von Korporations-, wie von Stiftungsvermögen die Rede sein, wovon das Kloster, die Armen leben? oder was soll gleich wirklichen Privatrechten, was wie Vermögen behandelt werden, wenn nicht eben diese Sachen? Diese Realitäten nun sind es, welche in Verbindung mit dem Willen, der die Sachen wie Vermögen, und zwar wie Personenvermögen behandelt und gewissen Zwecken dienend haben will, zu „Rechtsverhältnissen“ und zur realen Unterlage der fingirten Personen werden sollen (vgl. S. 97 mit S. 92, dann §§. 26–28). Gegen diese Deduction scheint aber zweierlei zu sprechen. Einmal überschießt sie das Ziel der Fictionen. Diese sollen bis auf ein gewisses Ähnliches dem Ähnlichen gleichstellen, z. B. bonitarisches Eigenthum oder b. f. possessio dem quiritischen Eigenthum; hier dagegen sollen Dinge die kein Vermögen sind, wie Vermögen, und zwar wie Personenvermögen behandelt werden. Daß Vermögen, welches kein Personenvermögen ist, bis auf ein gewisses, wie Personenvermögen behandelt wird, ist ja der Fall; daß etwas, welches kein Vermögen ist, derart behandelt werde, widerstrebt dem Usus der Fictionen.

Zweitens bleibt dieselbe hinter der Aufgabe, den Bestand dieser unpersonlichen Vermögen zu sichern, zurück. Das Fingirte muß im Collisionssfalle dem Wirklichen weichen; dem wirklichen Eigenthümer steht gegen den fingirten die exceptio dominii zu; wenn da, wo ich Zweckvermögen sehe, in Wirklichkeit kein Vermögen ist, sind die vorliegenden Sachen in Wirklichkeit res liberae, Gegenstand der Occupation, folgerecht dem Zwecke, welchem sie dienen sollen, trotzdem sie wie Vermögen behandelt werden sollen, entziehbar.

Schwerer als im Stiftungsvermögen findet im Körpersvermögen, überhaupt im Vermögen der Gemeinwesen der Begriff des Zweckvermögens Eingang. Das hat eine natürliche und greifbare Ursache. Denn während beim Stiftungsvermögen die Armen, Kranken, Waisen, Gefangenen, Kirchen u. s. f. sichtlich in dem Zwecke begriffen sind, wofür das Vermögen gehört, und ebenso ungern als Herren oder Inhaber dieses Vermögens gedacht werden, als sicher sie Destinatäre desselben sind (Bd. I §. 60 letztes Alinea), so lehnen die Körpersvermögen an Personenverbände an, welche nicht blos den Genuss, sondern auch die Verwaltung ihrer Vermögen haben, und so denn leichter als Subjekt und Herren, denn als das Objekt derselben betrachtet werden. Hier ist man denn auch zwar einerseits schneller bereit, von der Fiction einer Person abzulassen, dagegen anderseits umso mehr bemüht, die universitas personarum als das wirkliche Subjekt dieser Vermögen zu denken und zu erklären¹⁷⁾. Gierke aber verfolgt innerhalb des Staates und der Körporationen wie die Fictionen und ihren Anlaß, so auch das Bestreben anstatt dieses künstlichen Mediums einen natürlichen Verband zwischen den Personengesamtheiten und deren Vermögen herzustellen, durch alle Phasen der römischen, mittelalterlichen und neueren Doctrin in aller Mannigfaltigkeit ihrer Ergebnisse. Uns hier muß vor allem befassen, was er über den Verbandsbegriff der römischen Jurisprudenz (Bd. III §. 4 S. 34—106), über das

17) Exemplarisch hierin Bruns a. a. O. S. 412. „Die Frage ist z.“ Volze, d. Begriff d. j. P. S. 165, vgl. unten §. 437, 2.

Christenthum in seinem Verhältniß zu diesem Begriffe (§. 5 S. 106—128), und als die Körporationstheorie des Corpus juris civilis (§. 6 S. 129—185) vorfindet. Darf ich es versuchen, die Fülle auch nur dieser Paragraphen im gedrängten Auszuge wiederzugeben, so meint Gierke, das römische Privatrecht habe den Verbandsbegriff nicht; in ihm sei nur der Einzelne, privatus, im Gegensaße zum *populus*, berechtigt; er das ausschließliche, isolirte Subjekt der Rechte, caput, persona; in ihm kein Schritt über die *communio* und *societas* — Gemeinschaften, in denen doch nur wieder die Einzelnen berechtigt sind — hinaus; keine Idee von *so* und *so* („zur gesammten Hand“ sc.) verbundener Mehrheit, „keine zu collectiver Einheit zusammengefaßte Gesamtheit“, nirgends Verdichtung der Privatrechtsgemeinschaft zur Körporation, das Haus kein Verband der Haushgenossen, sondern die Herrschaftssphäre für den Alleinberechtigten. Also das römische Privatrecht wahrhaftig ein *jus quod iura singulorum spectat* (Ulpian.). Ganz Gegentheil das *jus publicum*, das, so ausschließlich als das *jus privatum* ein Recht des Einzelnen, ein Recht jener Gesamtheit ist, die da *populus* heißt, niemals „Person“ genannt wird, aber Subjekt des *jus publicum* ist, und zwar so sehr alleiniges und ausschließliches Subjekt, daß das *suffragii et honorum*, was doch auch *juris publici* und der Einzelnen ist, keine „subjektive Besitzsphäre“, sondern lediglich eine aus der objektiven Ordnung fließende Besährigung, — daß der *civis Romanus* Mitträger an allen Rechten des *populus*, aber ohne selbständigen Anteil an dessen Rechten, — der Senat bloßer Rathgeber, der Magistrat, und auch der Princeps bloßer Vertreter oder Wurmund des im Principate zunehmend in Unmündigkeit versinkenden *populus* sei. Der *populus* ist identisch mit dem Staat; dieser zwar je früher desto mehr als *populus*, und zwar als *populus* im Sinne einer versammelten Gemeinde, einer natürlichen Gesamtheit oder Gesamtvielheit gedacht, allein frühzeitig eine „von der Summe der Einzelnen abgehobene“ Gesamtheit, welche „als Trägerin eines einheitlichen und unteilbaren Gesamtwillens“

gedacht wird. Eine derart von den Einzelnen abstrahirte Gesamtheit bedeutet nun wiederum auch der *populus*. Dieses sein abstractes Wesen bewähre sich darin, daß er nur in gewisser Gliederung rechtswirksam wollen und handeln, nicht als Summe der Bürger, sondern nur als „rechtlich geordnete Einheit“ Subjekt der Staatsgewalt sein könne; daß der Einzelne (*privatus*) entgegen dem *populus*, der *populus* gegen den Einzelnen, nicht aber der Einzelne innerhalb des *populus* Rechte haben kann, daß die Popularklage eine *actio* ist quae suum *jus populi* tuetur, und daß die Theilung und *Assignation* des *ager publicus* einen totalen Subjektswechsel, niemals eine bloße Antheilsausscheidung darstellt (Mommesen). Im *jus publicum* also wird der Verbandsbegriff zur That: der *populus* ist Verband, der Verband Subjekt des *jus publicum*. So stehen zweierlei Rechtssubjekte, die Person und der *populus*, alle Rechte in sich fassend, neben einander; so denn auch zweierlei von einander verschiedene und unabhängige, die einen in *jure publico*, die anderen in *jure privato* concipirte und entwickelte Rechte. Insbesondere das Vermögen das dem *populus* oder Staate gehört, ist von ganz anderer Art als das Privat- oder Personenvermögen, die Vermögensfähigkeit des *populus* „Bestandtheil seines publicistischen Wesens“, also dieses Vermögen selbst publicistisches, dem *jus privatum* entrücktes Recht; die darin begriffenen *res corporales* sind *res publicae*, die Forderungen und Schulden *publici juris*, der *usus*, welcher den Einzelnen an den *res publicae usui publico destinatae* zusteht, eine das Eigenthum der universitas nicht berührende publicistische Zweckbestimmung; eigenartig sind denn auch die Formen, in welchen sich der Vermögensverkehr des Staates mit den Einzelnen bewegt, schrankenloser sein Erwerb, freier die Stellvertretung, publicistisch und administrativ die Competenz der Verwaltung und der Prozeß mit den Privaten. Mögen zwischen dem Staat und dem Einzelnen Vermögensrechtsverhältnisse entstehen, so bleibt die souveräne Gesamtheit doch über dem Einzelnen, und erniedriget sich nicht zur Person. Erst die Cäsaren mit ihrem *fiscus*

find schuld, daß das Staatsvermögen, allmälig im patrimonium principis aufgehend, sich seiner Höhe begibt, daß der Fiscus, ursprünglich wahrhaft Vermögen einer Person (des Princeps), fort und fort als Vermögen einer Person erscheint, so denn auch den für das Personenvermögen geltenden Normen unterliegt und daß die Privaten in Betreff desselben mit dem Staat wie mit ihresgleichen verkehren. Freilich bekommt der fiscus vor ihrem Vermögen vieles voraus; wird das jus fisci dem jus privati entgegengesetzt, so ist das nicht mehr der Gegensaß von jus publicum und privatum, sondern der des Privilegs zum gemeinen Recht. Also gibt es ein Staatsvermögen, welches nicht mehr den Staatsverband, sondern irgend ein den Individuen vergleichbares Ding zum Subjekte hat; allein wer dieses Ding, diese juristische Person sei, wird nicht formulirt; bald ist es der Princeps, bald der fiscus selbst; nur so viel erhellt mit Gewißheit, daß im fiscus die Vermögensseite des Staates von seiner publicistischen Wesenheit losgerissen und für sich personificirt ist. Gleichwohl sei nicht am fiscus die Theorie der juristischen Person im römischen Rechte entwickelt; wäre nichts anderes hinzugekommen: der fiscus hätte nicht zur juristischen Person geführt. — Nun haben aber innerhalb des Staates religiöse und weltliche Verbände anerkannt werden müssen, welche sich weder mit dem Staat noch mit den Gesellschaften und Communionen des Privatrechts decken, vielmehr zwischen dem Staat und den Privaten eine Zwischenstellung einnehmen: diese Verbände — Körporationen — sind es, in welchen es zu der Fiction von Personen und zur Theorie der juristischen Person kam und kommen mußte. Sie waren in ihren ältesten Erscheinungen (gentes, pagi, tribus, curiae, plebs) und ursprünglich, wie noch an Ueberresten zu erkennen, aus „naturwüchsiger Genossenschaftsbildung“ stammend und staatbildend gewesen, in geschichtlicher Zeit aber alle, die religiösen wie die weltlichen Körperschaften (collegia, corpora, universitates), voran die von oben herab gegründeten, aber auch die gewillkürten, dann die einverleibten Städte und Gemeinden längst in den Staat eingegliedert, „verselbständigte

Bestandtheile" desselben, „sekundäre Mittelpunkte besonderer Gemeinsphären“ geworden, ohne „öffentliche Rechte“ nur zu „öffentlichen Funktionen“ berufen. Nach ihrem Vorbild, dem Staate, sind auch sie publicistische, von ihren persönlichen Bestandtheilen abstrahirte Verbandseinheiten, anfänglich durchaus, insonderheit mit ihren Vermögen, publicistischen, vom Staate abgeleiteten Rechtes, so unpersonal wie der Staat und den Privaten und deren Vermögen nicht minder entgegengesetzt, als jener. Indessen kommt die Zeit, da diesen engeren Verbänden eigenes Vermögen zuerkannt wurde, und damit der Tag, an dem ihnen Persönlichkeit beigelegt werden mußte. Denn ihnen, die kein eigenes *jus publicum* hatten, konnte man eigenes Vermögen nur zuerkennen, wenn man sie in Ansehung des Vermögens vom *jus publicum* loslöste und dem Privatrechte unterstellte, oder was eins ist, den Privaten, d. i. den leibhaften Personen oder Einzelnen gleich stellte — sie in diesem Betreff juristische Personen sein ließ oder zu juristischen Personen machte, als Personen fingirte. Daneben blieben diese Verbände publicistische Einheiten, einer „höheren unpersonalen Daseinsordnung angehörend“; nach wie vor decken sich persona, privatus, singuli; als publicistische Einheit war der Verband keine Person; das positive Recht hat aber dem Verband in Ansehung des Vermögens die Eigenschaft beigelegt, als Person, Privater zu gelten. — Diese halbschichtige Privatisierung und Personificirung der Korporationen hebt bei den Städten an und beginnt mit Ausbildung der Municipalverfassung; schreitet von den Städten zu „allen dafür geeigneten Verhältnissen“, insonderheit zu den collegia licita fort; ergreift das Staatsvermögen unter der Firma des Fiskus und theilt sich auch dem Cultusvermögen, dem christlichen wie heidnischen, mit. Letzteres ist, mag es nun korporativ den sacra collegia, oder anstaltlich den Göttern zugeschrieben sein, juris sacri, umebendeswillen juris publici, mithin ursprünglich wiederum so wenig privatrechtlich als das unmittelbare Staatsvermögen. Die Götter ragen zwar als Rechtssubjekte, als Eigenthümer des Götterguts, in die irdische Welt herein und scheinen den

beiden anderen Rechtssubjekten (dem Staat und den Privaten) coordinirt; allein näher betrachtet sind sie dem Staat, von dem auch sie ihre Rechtsfähigkeit entlehnt haben, subordinirt; sie sind keine Verbandseinheiten, wie die Korporationen, allein gleich diesen der Einen, allumfassenden des Staates gewissermaßen inarticulirt. Wie mit ihrer Rechtsfähigkeit verhält es sich auch mit ihrem Vermögen; ohnehin sind ihnen nur res extra commercium belassen worden, und zwar Sachen die divini, also publici juris sind, und auch bleiben; wenn ich recht verstehe sind die heidnischen Götter als überirdische, zugleich aber wirkliche Personen betrachtet; aus ihuen konnten keine blos juristische oder fingeirte Personen werden; aber mit ihrem irdischen Gute gingen sie beim Staat zu Lehen. Was sich von diesem in commercio befand, wurde vom Staate großtentheils eingezogen und mit der Auflage der Verwendung zu sacralen Zwecken den Gemeinden überwiesen. Dieser Theil des ehema- ligen Göttergutes muß dann den Weg des Gemeindevermögens gegangen, d. h. in und mit diesem privatisiert und einer juristi- schen Person zugeschrieben worden sein. — Eigenes Ver- mögen wird auch den ecclesiae des christlich-römischen Rechtes zugestanden, so daß auch sie der Person bedürfen und diese durch Fiction auf dem Substrat der Kirche erhalten. Eigenes Ver- mögen hatten die christlichen Gemeinden schon zur Zeit da sie erst geduldet waren, um so mehr später da sie Staatstheile wurden. Denn nicht die Kirche theologischen Begriffes, welche als civitas Dei und corpus mysticum Christi den Staat über- ragt und sich unterordnet, sondern die Kirche, welche dem Kai- ser als dem nunmehr unumschränkten Vertreter des Staates unterthan und damit dem Staat einverleibt ist, wird vorder- hand Rechtens. Zur Person und dadurch vermögensfähig wird nicht die Kirche in ihrer Allgemeinheit, sondern je die Bischofs- kirche. Diese Kirchen hören niemals auf Kirchengemeinden und also corpora zu sein; aber wie der Staat mit seinen Ge- meinden durch die Verstummung seiner Volks- und Gemeinde- versammlungen anstaltliches Gepräge erhält, so tritt bald auch in der Kirche das gemeindliche Wesen vor dem anstaltlichen

zurück. Der ecclesia, die eine Heilsanstalt ist, schließen sich dann jene anderen pia corpora an, welche Heil- und Armenanstalten jeder Art sind, gleich den ecclesiae unter die Corporationen subsumirt, aber auch gleich ihnen als lokale Anstalten personificirt eigenen Vermögens theilhaftig werden. Milde Stiftungen seien einerseits nicht mehr blos in Gestalt der Auflage auf eine anderweite Zuwendung, und anderseits doch auch nicht selbständig, sondern nur als Vergabungen an vorhandene Armenanstalten oder an eine ecclesia möglich geworden.

Nach alledem kommt, wie Gierke auch ausdrücklich hervorhebt, die juristische Person im römischen Rechte über die Verbandseinheiten insgemein nicht hinaus: wo keine Verbandsseinheit, da — mit Ausnahme nur der juristischen Person der hereditas jacens — keine juristische Person; es gibt wohl corpora ohne juristische Person, aber von jenem Ausnahmsfall abgesehen keine j. P. ohne corpus. Durch den Eintritt dieser Person in den Bereich der (abstracten) Verbandseinheit werde weder das publicistische Verbandsrecht alterirt: denn die Person werde der Verbandseinheit nur äußerlich, mechanisch angehängt; noch werde durch den Eintritt der an sich publicistischen Verbandseinheit in das Privatrecht das Privatrecht alterirt: denn trotz desselben sei an diesem selbst nichts geändert worden; nur die Zahl seiner Vermögensinhaber sei durch die künstliche Zeugung (Fiction) vermehrt worden. Der Gedanke, daß durch (künstliche) Personenzeugung und nur durch sie die Verbandseinheiten eigenen (privaten) Vermögens fähig geworden seien, habe denn auch in dem Spruche *municipium etc. personae vice fungitur*, Ausdruck gefunden.

Es würde zu weit führen, wenn nachgewiesen werden wollte, wie Gierke das alles nicht nur im r. Recht überhaupt, sondern im Corpus Juris insonderheit bestätigt findet. Vielleicht genügt das Ausgehobene, um zu zeigen, daß die juristische Person niemals tiefer ausgeholt, oder jemals so folgerichtig begründet worden ist. Ueberraschend geht sie aus einer Berühring des *jus publicum* mit dem *jus privatum* hervor,

468 Drittes Buch. Die Rechte. Zweiter Theil. Die Rechte im Einzelnen.
als die Frucht einer Verbindung von zwei von Gierke getrennten Rechtsphären.

Indessen erhebt sich auch gegen diese juristische Person ein Einwand von der Art desjenigen, der gegen die von Puchta geltend gemacht worden ist, und weithin Anerkennung gefunden hat. Denn auch sie beruht auf Fiction, und kann nicht wirklich machen, was ohne sie unmöglich ist. Zwar so lange das nachmalige Gemeinde- und Korporationsvermögen noch juris publici gewesen, war es nach Gierke's Annahme auch ohne juristische Person möglich; aber als es Privatvermögen werden sollte, sei die Unterstellung einer Person nothwendig geworden. Also soll ein Vermögen, welches außerdem nicht Privatvermögen werden konnte, durch eine unreale Vorstellung zum Privatvermögen geworden sein. — Auch die Vordersätze und Ausgangspunkte der Gierke'schen Deduction müssen in Frage gestellt werden. Einmal: gibt es zweierlei Eigen darnach, daß das eine publicistisch, das andere privatrechtlich ist? Könnten Städte, Gemeinden, Korporationen (da sie nicht der Staat sind) ebensowenig publicistisches als (weil sie in Wahrheit keine Personen sind) privates Eigen haben, und ist es endlich an dem, daß sie nur durch Fiction zu Eigen kommen können: warum wird ihnen, die doch Verbandseinheiten sind, gerade privates, warum nicht publicistisches Eigen angingt? Ferner ist zwar nicht zu verkennen, daß ein Vermögen, das dem populus, dem großen oder einem kleineren Publikum gehört, manche Seiten darbietet, welche es als res publici juris erscheinen lassen; fragen dagegen läßt sich, ob es nach seiner materiellen Substanz und seinen rechtlichen Bestandtheilen mit dem Vermögen der Privaten nicht dermaßen eins sei, daß es vielmehr als res privati denn publici juris aufzufassen ist? daß der Staat, in allem anderen vom Privaten verschieden, gerade im Wesen des Vermögens dem Privatmannen gleich ist, und um dieses zu sein, zu keiner Zeit einer Fiction bedurfte? — Gewiß auch gehören die Vermögen der Gierke'schen Verbandseinheiten weithin nicht deren einzelnen Mitgliedern; allein gewiß auch scheint es, daß Verbandseinheiten

(universitates personarum, corpora, collegia, der populus R. obenan) mit Abstraktion von ihren Mitgliedern gar nicht gedacht werden können. So wenig derlei Schemen in Wirklichkeit bestehen, so wenig können sie wirklich Subjekte von Vermögen sein. Ist das richtig, so kann der Gegensatz eines Vermögens das Private (Personen) zum Subjekte hat, zu einem Vermögen das abstracte Gesamtheiten zum Subjekte haben soll, in Wahrheit nicht bestehen. Ein derartiges Subjekt wäre nicht minder Fiction, als die aus ihr entwickelte juristische Person. Allerdings bestehen Vermögensrechte und Geschäfte der Verbandseinheit mit ihren einzelnen Gliedern, und erweckt dies den Anschein, als ob das ohne jene Abstraction nicht möglich sei. Allein dieses so scheinbare Argument besteht nur so lange, als man die Verbandseinheit als Subjekt der Rechte und Geschäfte denkt; ganz anders wenn sie das Objekt ist, zu dem die Rechte gehören und für welches die Geschäfte geführt werden; genauer: wenn der Bestand und die Wohlfahrt der Gesamtheit den Zweck bildet, für welchen erworben, contrahirt, gehandelt wird. Zu Nutz und Frommen seiner Vaterstadt kann man geben, ohne pro parte zu erwerben oder (wie beim Praeceptionslegate) zu behalten; denn was für einen Zweck gegeben wird, wird keiner Person erworben, auch nicht der des Gebers. Alle Unnatur von Gesamtheiten ohne Einzelne entspringt aus dem Vorurtheil, als ob die Gesamtheiten überall als Subjekte der für sie bestehenden Vermögen und anderweitigen Gerechtsamen gedacht werden müßten. — Erhebt Gierke gegen das Zweckvermögen jedenfalls insoweit als es dem römischen Rechte zugeschrieben wird, Einwand, so liegt darin Anlaß zu der principiellen Frage, ob das Recht nicht Thatsachen bergen könne, welche selbst von den Juristen unerkannt sind und erst erhoben werden müssen: so daß es im römischen Rechte ein Zweckvermögen gegeben haben könnte, dessen die Jurisprudenz nicht bewußt wurde? M. E. kann ein Vermögen, das Niemand gehört, kein anderes denn ein Zweckvermögen sein, ob nun die Jurisprudenz davon Act nimmt, oder, Begriff und Phantasie verwechselnd, bei der populären

personificirenden Auschauung und Darstellung desselben beharrt. Unpersönliche Vermögen hat das römische Recht; daß sie als Zweckvermögen von den Juristen jemals gedacht wurden, will nicht behauptet, daß irgendwelche Personen ihretwegen fingirt worden seien, kann noch immer nicht zugegeben werden. Die l. 22 D. fidej. 46, 1 sagt nicht mehr, als daß gewisse unpersönliche Dinge persönlich gefaßt werden, und stellt dies keineswegs als ein Produkt gerade der Jurisprudenz hin. Die unbewußt personificirende Fassung dieser Vermögen hat auch der Jurisprudenz ihre Dienste; war für die Praxis gesorgt, so pflegte der Jurist dem wirklichen Thatbestand nicht weiter nachzugehen. Daß demselben aber neben der subjektiven persönlichen Zugehörigkeit eine objektiv-teleologische vorschwebte, zeigt die Rechtssprache, welche nicht selten auch nach dieser letzteren Richtung neigt, z. B. nicht blos universitatum, sondern auch ad universitates pertinentes servos, libertos kennt (D. 38, 3. 40, 3; Bd. 1 §. 61 Anm. 1. 2) und endlich in den *piis causis* den Zweck selbst als Gehörpunkt hinstellt.

Einzelnes, wie z. B. die Frage ob piae causae nur auf Grund vorhandener Verbände dotirt werden können, wird gelegentlich unten zur Erörterung kommen; im Allgemeinen soll nur noch behauptet werden, daß in iure publico gleichwie in iure privato einzige und allein die Personen und zwar die wirklichen Personen Subjecte von Rechten sind oder sein können. Ob in iure privato insonderheit im römischen Privatrecht nur je die einzelne Person Rechtssubjekt war, oder ob es nicht auch hier Verbandseinheiten gibt, welche in genossenschaftlicher Art Rechts subject sind, soll diesorts nicht weiter verfolgt werden¹⁸⁾; allein wo immer Verbandseinheiten subjektiv berechtigt sind, sind sie es nur in und mit allen in ihnen begriffenen Individuen;

18) Schon das condominium erregt gegen Gierke Bedenken; denn außer den Dispositionen, zu welchen jeder dominus für sich, pro parte, berechtigt ist, gibt es eine Gruppe von Handlungen, welche sie, zeuge des *jus prohibendi*, nur insgesamt vornehmen können (Bd. 1 §. 131 zu Anm. 1 u. 2). Oder ist es keine Verbandseinheit, wenn die Theilhaber einer untheilbaren Forderung nur zusammen klagen können? (Bd. 2 §. 233 I. 1. a.) u. dgl. m.

denn Gesamtheiten ohne Individuen gibt es nicht. Dies gilt von den sicheren Verbandseinheiten des *jus publicum*, wie von den etwaigen des *jus privatum*. Sofern der *populus Romanus* jemals es sei nun in *jure publico* oder *privato* Rechts *subjekt* war, war er es in der Gesamtheit seiner Glieder, mittelsi oder ohne Repräsentation. Auch hat er niemals aufgehört ein Inbegriff von Individuen zu sein. Wohl dagegen hat er in der Mitte seiner Laufbahn allmälig aufgehört, auch in *jure publico* Rechts *subjekt* zu sein. In dem Maße, in dem er aufhört Rechtssubjekt zu sein, wird er Rechts *objekt* — für Denjenigen, der nicht nur die Rechte der Magistratur sondern auch des Volkes an sich zieht. Die Verbandseinheiten des *jus publicum* scheinen gegenüber dem Vermögen, d. i. gegenüber dem reinen Privatrechte und gegenüber dem öffentlichen Rechte weithin einen und denselben Wandel erfahren zu haben; hier wie dort verwandeln sie sich aus Rechtssubjekten zu Rechtsobjekten. Namentlich die Volksgemeinde, welcher der *ager publicus* einmal so genossenschaftlich, so jedem Einzelnen und allen zusammen (zu gesammelter Hand), gehört haben kann wie unsere gemeine Mark den Markgenossen (vgl. auch Gierke, S. 43), wird zu einer Gesamtheit, welche zum fiskalischen oder aerarialischen Vermögen in keinem anderen Verhältnisse steht, als die Armen und Kranken eines Spitals zum Armenvermögen; kein Abstraktum, sondern lebende Wesen sind es, auf welche sich dieses Vermögen bezieht; aber sie bilden nicht das tragende, habende, aktive Subjekt, sondern, als die Wesen für deren Existenz und Wohlfahrt das Vermögen gehört, oder als das Ding im Zwecke (*télos*) für den es gehört, das passive Objekt des Vermögens. In *jure publico* ist der *populus R.* aus einem sich selbst beherrschenden Subjekt-Objekt ein nurmehr beherrschtes Objekt geworden. Ueberhaupt führt das Bestreben, das römische Recht im Ganzen zu begreifen, vielleicht noch dazu, *jus publicum* und *privatum* einheitlich, anstatt gegensätzlich, wie es Gierke thut, zu denken. —

Von noch allgemeineren Ausgangspunkten, als Gierke, nämlich von dem Begriffe des Rechtssubjektes und der Rechts-

fähigkeit aus gelangt Bierling (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 1. Theil 1877 2. Theil 1883) zur Anempfehlung der juristischen Person und zur Negation des Zweckvermögens (§. Th. II. S. 85 Nr. 166—171). Ihm liegen in der Annahme von subjektlosen Rechten und Pflichten sowie von Zweckvermögen in meinem Sinne nicht weniger Fictionen, als in der Annahme von juristischen Personen. Rechte sind ihm wesentlich nur die Rechtsansprüche, und Rechtsansprüche können ohne Subjekte zwar „gedacht“ werden, aber nicht existiren (S. 92.; ähnlich Vertrag Gesch. u. Pand. d. r. u. h. g. Priv. r. S. 162 ff.); nehme man subjektlose Rechte oder Vermögen an, so fingire man (das scheint B.'s Schluß zu sein) nichtexistente Rechte als existent, oder aber eben das, daß man subjektlose Rechte annehme, sei eine Fiction. Das Zweckvermögen aber berge zweierlei Fictionen in sich: es setze subjektloses Vermögen, und eben damit eine Fiction voraus; dann aber lege man dem Zwecke, indem man ihn an die Stelle des Vermögenssubjektes setze, fictionsweise Eigenchaften bei, die doch nur dem Subjekte zukämen; man stelle ihn als selbstthätig und für sich existirend hin, während er nur in Subjekten existiren und nur von solchen gesetzt und verfolgt werden könne. Indessen scheint B. seiner Behauptung, daß es ohne Subjekte keine wirkliche Rechte gebe (S. 92 Nro. 168) zu widersprechen, wenn er späterhin (S. 112 Nro. 175) das Charakteristische des Stiftungsvermögens darin erblickt, daß in ihm Rechte und Pflichten ohne wirkliches Subjekt angenommen seien. Will er den Widerspruch etwa damit lösen, daß das Stiftungsvermögen selbst nichts Wirkliches, kein wirkliches Vermögen sei, die Fiction also über das Subjekt hinaus auf die Sache selbst erstrecken, und die Armen mit singirtem Vermögen speisen? Und allerdings neigt hiezu auch Bierling (vergl. hier oben S. 459 unten u. ff.), wenn er in diesem Zusammenhang von der „Fiction einer Summe von Rechten und Pflichten“ (S. 115) spricht. In Consequenz seiner Subjekts-Definitionen gelangt er zu einer Gradation von Rechtssubjekten: zu wirklichen und vollkommenen Rechtssubjekten auf der einen — und zu „bloß gedachten oder singirten“ auf der anderen Seite,

sowie zu wirklichen aber unvollkommenen in der Mitte (Kinder, Wahnsinnige *rc.*) (S. 119 Nr. 179). Mit derselben Consequenz müßte er es aber auch voll aussprechen, daß alle die Vermögen, die blos singirte Subjekte haben, keine wirklichen Vermögen seien; also nicht nur die Stiftungsvermögen, sondern auch die hereditas jacens und alles Corporations-, Gemeinde- und Staatsvermögen. Denn die von den Einzelnen abstrahirte Gesamtheit, welche er den universitates personarum als Subjekt gibt, ist weil kein wirkliches Ding auch kein wirkliches Subjekt und wird von Bierling (S. 103) mit Unrecht als etwas „Begriffliches“ bezeichnet. Kann kein Vermögen ohne Subjekt existiren, und hat die Hälfte der Vermögen keine wirklichen Subjekte, dann ist die Hälfte der Vermögen, d. i. das gesammte Vermögen der s. g. juristischen Personen in Wirklichkeit kein Vermögen. Das ist das Ergebnis, das aber auch der Prüfstein der Bierling'schen Lehre. Wer sich ihr nicht zuwendet, vielmehr der Meinung ist, daß jene Vermögen so wirklich bestehen, wie die der wirklichen Personen, ein wirkliches Subjekt aber für sie nicht zu finden vermag, wird keine „Leichtfertigkeit“, geschweige denn eine „Unredlichkeit“ begehen (s. dagegen Brodowski S. 129 S. 133), wenn er sich anstatt des Subjektes nach einem anderen Mittel- oder Gehörpunkt für diese in Wirklichkeit subjektlosen Vermögen umsieht, und den gesuchten Ersatz für das Subjekt in einem Objekt, und zwar je in dem Zwecke findet, den solches Vermögen hat, und der, personificirend gesprochen, das Vermögen hat. Dieser Zweck ist in nichts Fiction: weder darin daß er gesetzt ist, noch darin daß er angestrebt, noch darin daß er verwirklicht wird; er ist ideal, aber wahr; das singirte Subjekt ist weder ideal noch wahr. Demgemäß wird auch das Zweckvermögen keine Fiction sein. Daß es auf der Voraussetzung subjektlosen Vermögens beruht, ist richtig; aber auch das, daß es in Wirklichkeit subjektloses Vermögen gibt, ist nach Bierlings konkludenter Äußerung richtig. Alles kommt darauf an, ob sich mit einem Zwecke Vermögen derart verbinden kann, daß man von einem für den Zweck nicht blos bestimmten, sondern gehörenden Vermögen sprechen kann. Die

Schwierigkeit, auf welche diese Annahme stößt, liegt in der Thatjache, daß die das Vermögen bildenden Rechte gleich dem Vermögen selbst von einem persönlichen Inhaber aus gedacht, geformt, und benannt sind, und in diesen Begriffen, Namen und Formen zu dem unpersönlichen Dinge des Zweckes nicht passen. Begriffe, Namen und Formen, die dafür passen, liegen infolge des Umstandes, daß man die unpersönlichen Vermögen im Anschluß an personificirende Anschauung und Sprechweise wie persönliche behandelt hat, zum größten Theile nicht vor. Damit, daß sie nicht vorliegen, ist aber nicht gesagt, daß sie undenkbar, und nicht in derselben Realität, die diese Vermögen zugelassen hat, begründet seien. Das Vermögen der Person erschien bislange als das Vermögen schlechthin; folgerecht auch Eigenthum, Forderung und Schuld als die Vermögensbestandtheile schlechthin. Allmälig wird erkannt, daß das Vermögen der Person nur die Eine Art des Vermögens ist; darnach wird es sich herausstellen, daß seine Bestandtheile in der anderen Art des Vermögens nur mit gewissen Änderungen, und nur in ihrem Wesen, in ihren blos naturalen Bestandteilen aber nicht ohne gewisse Beihilfe von außen wiederkehren. Sollte das richtig sein — und der bereits Bd. 1 §. 62 gemachte Versuch dies darzuthun, wird unten §§. 442—447 fortgeführt — so würde die weitere Verfolgung des Zweckvermögens zur Weiterentwicklung der Vermögensrechtsbegriffe führen. Freilich dürfte sich dann auch herausstellen, daß nicht in den Ansprüchen, von denen aus Bierling sich zur Nothwendigkeit von Subjekten drängt, das den beiderlei Vermögen gemeinsame Wesen der sie bildenden Rechte gelegen ist.

Wie das Zweckvermögen in der Phantasie, mittelst Personification (zumeist des Zweckes), als Personenvermögen erscheint, vor der verstandesmäßigen Betrachtung dagegen keiner Person, wohl aber für etwas gehörig ist, hat im Allgemeinen unter der Rubrik der Personificationen, als ein Zusatz zu der Lehre von den Personen (Bd. 1 §§. 59—62), seine Darstellung ge-

funden. In folgendem soll das Zweckvermögen in seinem realen Bestande, und zwar

- I. nach seinen Arten und Fällen, —
- II. nach seiner Entstehung —
- III. nach seiner Verwaltung —
- IV. nach seinen Privilegien —
- V. nach Untergang und Übergang —

beschrieben werden.

I. Arten und Fälle des Zweckvermögens.

§. 433.

Arten.

Wie die verschiedenen Arten der Personen manche Besonderheiten in deren Vermögen nach sich ziehen¹⁾, gilt auch im Zweckvermögen manches besondere je nach der Art des Zweckes, für den es gehört oder gehören soll²⁾; allein wie das Personenvermögen seiner Art nach darum kein anderes ist, weil es einem Mündigen oder Unmündigen, einer Person männlichen oder weiblichen Geschlechtes gehört, so ist das Zweckvermögen seiner Art nach dasselbe, ob es für den Staat, eine Gemeinde, oder für die Armen, oder sonst einen Zweck gehört. Außer dem Gehörpunkt (Person — Zweck) kann man beim Vermögen aber auch nach dem Gehörgrade fragen, und darnach ist das Zweckvermögen, oder sind einzelne Theile in einem und demselben Zweckvermögen derart verschieden, daß man nach ihm von Arten des Zweckvermögens reden kann. Ähnliches läßt sich von dem Mittel behaupten, wodurch ein Vermögen dem Zwecke wofür es gehört, dienstbar wird.

1. Grade der Zugehörigkeit unterscheiden sich nach Veräußerlichkeit und Unveräußerlichkeit der im Zweckvermögen befindlichen Sachen. Mit einer gewissen Unveräußerlichkeit hängt

1) §. 8. D. ex quibus causis majores 4, 6; l. 9 D. stat. hom. 1, 5. In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum.

2) s. namentlich die Privilegien hier unten sub. IV und die zur Entstehung des Zw.-Vermögens führenden Geschäfte §§. 443—447.

der Begriff des Stiftungsvermögens (§. 446) und sein Unterschied von dem übrigen Zweckvermögen zusammen. Gewöhnlich denkt man unter Stiftungsvermögen ein Vermögen, das in seinen jeweiligen individuellen Bestandtheilen bald veräußerlich bald unveräußerlich, nach seinem Kapitalswerthe dagegen stets unveräußerlich seinem Zwecke dienen soll³⁾. Schon in der Unveräußerlichkeit des Kapitalwertes (Grundstückes, Substanz) liegt ein höherer Grad der Zugehörigkeit; er steigt, wenn sich die Unveräußerlichkeit auf die individuellen Bestandtheile erstreckt, wie dies bei den res divini juris und res publicae quae in publico usu habentur sowie bei allen Sachen, welche gleich jenen nicht außer allem Vermögen (wie die res communes omnium), sondern nur nicht alicius (nicht in patrimonio nostro), hinwider für einen gewissen Zweck gehörig und aber extra commercium sind, — der Fall ist.⁴⁾ Da diese Sachen den Gedanken dauernder Zugehörigkeit mit dem Stiftungsvermögen gemein haben, kann man sie dem Stiftungsvermögen zuzählen. Diesem mehr oder weniger unveräußerlichen Zweckvermögen steht dann das vollauf veräußerliche (z. B. res publicae quae in pecunia populi sunt Bd. 1 § 125 Anm. 18) gegenüber. So kann man nach Veräußerlichkeit und Unveräußerlichkeit ein Zweckvermögen höchster, mittlerer und niederer Potenz: res extra commercium — Stiftungsvermögen — vollauf veräußerliches Zweckvermögen, unterscheiden. Naturgemäß ist diese Gradation nur innerhalb des Zweckvermögens ausgebildet⁵⁾.

3) z. B. §. 129 des württ. Verwaltungsdecreto v. 1822: „Der Grundstock des Stiftungsvermögens soll unangegriffen erhalten und ungehemmter der Nachkommenchaft überliefern werden“.

4) Vgl. Bd. I §. 125, §. 126, §. 134 E. 491. „Unveräußerliches Staatsgut“ (bahr. Verf. Urk. Tit. III §. 2).

5) Einen Ansatz zu derselben bietet das Personenvermögen, was das römische Recht anlangt, in Gestalt der Personalervituten, des fundus dotalis und der Familienfideicomissie dar — in Gestalt der Personalervituten besonders nach derjenigen Ansicht, nach welcher dieselben nicht blos unveräußerlich, sondern auch unentzäuerlich sind (Bd. 1 § 191 zu Anm. 4). In allen diesen Instituten erscheint das Vermögen bereits mehr als das Produkt der Fürsorge für seinen Inhaber, denn als Objekt seiner Herrschaft; halbwegs ist derselbe aus dem Subjekt zum Objekt oder Zwecke des Vermögens, das Personenvermögen zum Zweckvermögen geworden (a. a. O.).

In einem und demselben Zweckvermögen kann gestiftetes und ungestiftetes Vermögen zusammentreffen. Namentlich im Kirchenvermögen pflegen Vermögen jeder Potenz (*res extra commercium* — Stiftungsvermögen im gewöhnlichen Sinn — schlechthin veräußerliche Güter) vereinigt zu sein.

2. Von allem anderen Zweckvermögen unterscheidet sich die *hereditas jacens* dadurch, daß das Vermögen hier zu dem Zweck für den sie gehört (Ermöglichung künftiger Universalsuccession), nicht zu verwenden, sondern nur aufzubewahren (ein custodiendum, kein impendendum) ist (Bd. 1 §. 61 Anm. 12 Bd. 3 §. 364 Anm. 4)⁶⁾. Aus einem Depositum, welches durch das ältere Mancipationstestament im familiae emtor (*amicus*, Treuhänder, *Fiduciar*) seinen leibhaftigen Depositar und Herren bekam, ist die *hereditas jacens* durchweg zu einem Depositum ohne Depositar,⁷⁾ oder der Zweck selbst (*hereditas* im Sinne der Erbfolge) unter Ausstoßung der Mittelperson Herr über die Erbmasse geworden⁸⁾. — Diesem custodiendum entgegen steht dasjenige Zweckvermögen, welches wie die umlaufenden Gelder der Gemeinwesen, oder die Sammelgelder (für Abbrändler, Kirchenbauten *sc.*) ein bloßes impendendum ist. — Zwischen beiden mitten inne steht das Stiftungsvermögen, welches in seiner Substanz (Kapital, Grundstück) ein custodiendum, seiner Rente oder Nutzung nach ein impendendum ist. — Da in einem und demselben Zweckvermögen gestiftetes, allenfalls auch individuell unveräußerliches und umlaufendes Vermögen begriffen sein kann, können auch custodienda und impendenda in einem und demselben Zweckvermögen zumal vertreten sein.

S. 773 Abs. 1 a. E.). Innerhalb der Personalservituten tritt dies bei den anomalen (*operae, habitatio*) noch mehr hervor, als bei den normalen (Bd. 1 §. 73 Abs. 3). Angesichts der deutschen Familiensideicommission u. dgl. m. läßt sich aber fragen, ob sie überhaupt noch Personenvermögen seien. (§. 446 Anm. 28).

6) vgl. die „custodela“ Gaj. II, 104.

7) Ausführlicher in der 1ten Auflage dieses Lehrbuches S. 1000—1002.

8) „dominus . . hereditas habebitur“ §. 364 Anm. 12 a. E. vgl. ebendas. Anm. 18 und S. 32.

§. 434.

Fälle.

Fälle des Zweckvermögens gibt es so viele und vielerlei als Zwecke, für welche Vermögen gehören kann. Wie beim Personenvermögen die Person, so macht hier die Einheit des Zweckes das Eine Vermögen aus. Ist nur ein und derselbe Zweck da, so mag das Vermögen, welches für ihn gehört, so massenhaft, vielgestaltig und verschiedenartig (§. 433, 1. 2.) sein, als kaum ein Personenvermögen sein kann: es ist doch nur Ein Vermögen, Ein Fall des Zweckvermögens vorhanden.

Für was für Zwecke Vermögen gehören können, ist im allgemeinen schon früher (Bd. 1 §. 61 Abs. 2) vorgekommen. Gemeinwesen, genauer das Sein und Wohlsein (ebenda§. Abs. 3) von Gemeinwoesen (universitates personarum) bilden die Eine Hälfte der fraglichen Zwecke; einzelne, mit den Zwecken der vorigen Art nicht identische, aber größtentheils in ihnen begriffene Zwecke bilden die andere Hälfte¹⁾. Gemeinnützige, mit keiner universitas personarum zu identifizirende, und aber mit eigenem Vermögen dotirte oder dotirbare Zwecke sind größtentheils die piae causae des christlich-römischen Rechts. Größtentheils, nicht alle: denn zu den piae causae zählen nicht nur der Cultus²⁾, die Werke der christlichen Barmherzigkeit³⁾ und der Unterhalt der Priesterschaft und Kirchendiener⁴⁾,

1) z. B. Armenversorgung, Sicherheitspolizei. Straßenbau sind in der Gemeinde begriffen, aber nicht identisch mit dieser; darum kann ein Vermögen (Fond) für Armenversorgung dieser Gemeinde gehören, ohne Gemeindevermögen zu sein, d. h. ohne für die Gemeinde überhaupt zu gehören. Umgekehrt gehört das Gemeindevermögen keinem einzelnen der von der Gemeinde angestrebten oder anzustrebenden Zwecke, es verhält sich zu diesen, wie das Vermögen einer Person zu den von dieser angestrebten Zwecken: es wird für diese bestimmt und auf sie verwendet, ohne ihnen zu gehören.

2) Erbauung und Erhaltung von Kirchen, sowie der Gottesdienst in ihnen (nachmalige fabrica ecclesiae) vgl. l. 45 (46) pr. l. 41 (42) §. 10 C. episc. 1, 3 (ut per eas debeat sacrae liturgiae fieri).

3) s. die „pauperes“ überhaupt im Gegensaß zu einem bestimmten ptochotrophium l. 48 (49) §. 1 D. episc. 1, 3 cf. §. 3 §. 6 §. 7 §. 8 l. 45 (46) §. 9 eod., dann die xenona s. xenodochia, nosocomia, orphanotrophia, gerontocoria, brephotrophia l. 19 C. ss. eccl. 1, 2 l. 41 (42) §. 6 C. episc. 1, 3.

4) l. 13 C. ss. eccl. 1, 2 l. 45 (46) §. 9 l. 27 C. episc. 1, 3. Auth. zu l. 25 eod.

sondern auch die Gemeinwesen (Korporationen), welche sich den Cultus und die Werke der christlichen Barmherzigkeit zur Aufgabe machen (*pia corpora*)⁵⁾. Die italienische Praxis aber erweitert den Begriff der *pia causa* in beiden Richtungen: hinaus über das Kirchliche — es kann etwas pium sein, ohne kirchlich zu sein⁶⁾; hinaus über das Christliche — es kann etwas pium sein, obgleich es nicht von religiöser Art, wenn es nur gemeinnützig ist⁷⁾. Darnach können heute nicht nur fromme (*piae causae e. S.*), sondern auch gemeinnützige Zwecke der verschiedensten Art mit eigenem Vermögen ausgestattet („fundirt“, „dotirt“) werden⁸⁾; und nicht nur die gemeinnützigen,

5) l. 55 (57) C. episc. 1, 3 — monasteriorum sive virorum sive mulierum, aut aliorum talium corporum — l. 22 pr. C. ss. eccl. 1, 2 vel monasteria, vel orphanotrophia vel . . . aliud tale consortium — wobei wohl nicht die Waisen, Brüder und Mönche oder Bruderschaften denen solche Häuser untergeben sind, als die corpora, consortia, collegia (Nov. 7 c. 9 c. 12 pr.) oder congregations der venerabiles domus (l. 57 cit.) zu denken sind. Gierke ist der Ansicht, daß alle *piae causae* „corpora“ gewesen oder mit einer Korporation (Bandseinheit) verbunden gedacht seien (s. oben S. 466 sq.; hiegegen s. unten §. 438).

6) Baldus, cons. I. 465. Paulus de Castro, cons. II. 175 nro. 2 — cum pius (locus — hier ein Spital in Brescia) dicatur ab operibus pietatis (nicht ab auctoritate episcopi); daß er nicht ecclesiasticus, seu religiosus vel sacer sei, wird zugestanden. Vgl. Tiraquellus, de privill. *piae causae* in der praef.

7) So schon die Glossa zu deo in l. 1 §. 5 D. ad l. Falc. 35, 2 (unter Benützung von l. 7 C. ss. eccl. 1, 2): ad pias causas, ut pontes et itinera — wornach Durandus, speculum juris lib. II partic. II §. 13 nro. 63: Item etiam, ut dicunt quidam, quae relinquuntur ad custodiam civitatis et locorum . . . vel ad refectionem pontium et viarum et murorum et fossorum civitatis et castrorum et similiūm; et hoc si necessitas immuneat, aliter non — u. die bei Tiraquellus l. cit. angeführten Postglossatoren, von denen Paulus de Castro (Cons. II nro. 194) zu dem Satze gelangt, daß omnis lex facta ob publicam utilitatem dicitur favorabilis et pia.

8) Die Fortpflanzung dieser Lehre im 17. u. 18. Jahrh. s. bei Elvers, Grört. v. d. testam. Erbfähigkeit insbes. jurist. Personen 1827, S. 229 Anm. 89, 90. Mühlensbruch, Beurth. d. Städelschen Beerbungssalles 1828; dazu ein würrt. Privileg vom 9. März 1737, wornach das Zuchth. u. Arbeitshaus in Ludwigsburg als pium corpus erklärt wird. Die Rechtfertigung derselben ist nicht bei den Waisen und Krüppeln zu suchen, welche durch die Maueru der Stadt geschützt werden (s. den bei Elvers citirten Balth. Thomasius), sondern in der Wohlthätigkeit, in welcher die Gemeinnützigkeit hinter der Frömmigkeit nicht zurücksteht. Nennt Justinius alles Fromme gemeinnützig (l. 41 (42) §. 10 l. 43 (44) pr. C. episc. 1, 3. Nov. 123 c. 5), so dürfen wir alles gemeinnützige fromm nennen.

sondern auch die frommen Zwecke können also fundirt und unterhalten werden, ohne daß Mitwirkung der Kirche, es sei nun in Gestalt der Genehmigung, der Administration, oder der Aufsicht dazu erforderlich ist⁹⁾. Bis auf ein gewisses sind sogar eigenmäßige Zwecke dotirbar geworden (Familienstiftungen)¹⁰⁾.

Bei der nun folgenden näheren Betrachtung der verschiedenen Fälle des Zweckvermögens wird von den Vermögen, welche für Gemeinwesen gehören, ausgegangen, und zu denjenigen Vermögen, welche für in den Gemeinwesen begriffene, allein von diesen abgesondert dotirte (fromme und gemeinnützige) Zwecke gehören, fortgeschritten. Erstere lassen sich als Gemeinheitsvermögen, letztere als Sonderzweckvermögen bezeichnen und zusammenfassen. Einen Theil des für fromme Zwecke (piae causae) gehörigen Vermögens, insonderheit das für kirchliche Zwecke gehörige Vermögen pflegt man heute Cultus-Vermögen zu nennen. Sonderzweckvermögen ist aber auch dasjenige, welches für bloße Privat- oder Familienzwecke gehört; dieses mag man als Privatzweckvermögen dem übrigen Sonderzweckvermögen (als einem Gemeinzwanzvermögen) gegenüberstellen.

Von beiden Gruppen von Fällen ist im allgemeinen noch zu bemerken, daß sie sowohl in gestiftetem als ungestiftetem Vermögen bestehen und daß denn auch in beiden Gruppen gestiftetes und ungestiftetes Gut sich in einem und demselben Vermögen mit einander verbinden können (vgl. oben §. 433, 1 a. E.). Doch kommt innerhalb des Sonderzweckvermögens das Privatzweckvermögen ausschließlich, das Vermögen für fromme und gemeinnützige Zwecke gewöhnlich in Gestalt von Stiftungen vor; von den Gemeinheits-

9) Umgekehrt stehen die neuestens auf 21,726 gezählten opere pie mit 88 Millionen Lire Rente des heutigen Italiens unter staatlicher Aufsicht (M. Allg. Z. 1887 Nr. 151 S. 2205).

10) In der ersten Auflage S. 1023 sind auch die Seelenmäßstiftungen hieher gezählt. Wegen ihres religiösen Charakters stehen sie besser bei den piae causae e. S., die ja nicht wegen Gemeinnützigkeit, sondern um ihrer Gottgefälligkeit willen (als ein Gottesdienst außer der Kirche) piae heißen.

vermögen ist das Korporationsvermögen in vielen Fällen großentheils, das Gemeindevermögen seltener und zum kleineren Theile, das Staatsvermögen am seltensten und zum kleinsten Theile gestiftet.

Als Sonder- und zwar Privatzweckvermögen ist auch die hereditas jacens zu betrachten. Dieser ist in der nun folgenden Beschreibung der einzelnen Fälle des Zweckvermögens nicht weiter zu gedenken, da sie bereits im Erbrechte (§. 364) beschrieben ist.

Gemeinheitsvermögen.

§. 435.

Staatsvermögen.

Staatsvermögen ist das für den Staat gehörige Vermögen.

1. Nicht für den Staat gehört was für einen Staatszweck gehört¹⁾; dagegen hört nicht auf für den Staat zu gehören, was an Staatseinkünften für diesen eingegangen ist, wenn gleich es administrativ zur Verwendung auf diesen oder jenen Staatszweck, etwa schon vor seinem Eingang, oder nachträglich, „bestimmt“ ist²⁾; diese Bestimmung der

1) Staat und Staatszweck sind nicht eins. Jener besteht sichtbarerweise in Personen und einem Territorium (Fricker, vom Staatsgebiet, Tüb. 1867 S. 17 S. 26 ff.); dieses kann man vom Staatszweck oder den Staatszwecken nicht sagen. Im Gegensahe zu diesen ist aber der Staat selbst wieder Zweck für alle denen daran liegt und daran liegen muß, daß er bestehé und seinen Zwecken entspreche, und welche ihn dazu — daß er sei und wohl sei — mit Geld und Gut ausstatten müssen.

2) Das in den Provinzen des römischen Reichs entfallende Tributum war im voraus und zunächst auf das Heer und die Verwaltung in der Provinz bestimmt (Marquardt, Forts. des Becker'schen Handb. d. röm. Staatsalterth. III, 2 S. 228); allein gleichwohl war es nicht Provinzialvermögen, blieb es bis zu seiner Verwendung in pecunia populi Romani oder fiscalis, und floß mit seinem Überschuß in die allgemeine Staatskasse (aerarium oder fiscus). So waren denn auch die Provinzialkassen (s. B. die arcae Galliarum, Marquardt, röm. Staatsverw. I 2. Aufl. S. 270) immer noch Staatskassen, wenn sie gleich zunächst „zu Provinzialzwecken“ bestanden; der „fiscus frumentarius“ immer noch Staatskasse, obwohl eine zu den Zwecken der Getreideabgaben eingerichtete Separatkasse (Hirschfeld, Unterl. auf dem Gebiete der röm. Verwaltungsgeschichte, 1877 S. 133). Vgl. Eisèle, über das Rechtsverh. der res publicae in publico usu, S. 22 unten. Mommsen, r. Staatsr. 2te Aufl. II, 1 S. 58, Gierke a. a. O. III, S. 63 über das dem Staat gehörige, aber für sacrale Zwecke gehörige Vermögen in Rom.

Administration ist noch keine divisio juris³). Auch Staatsboden und Staatsgebäude hören dadurch, daß sie (als freie Plätze, Straßen, Stadien, Theater, Bäder u. dgl. m.) zu öffentlichen Zwecken „bestimmt“ werden⁴), richtiger nicht auf Staatsgut zu sein⁵). Beispiele eines vom Staatsvermögen gesonderten, für einen einzelnen Staatszweck gehörigen eigenen Vermögens haben wir vielleicht in dem aus eigenen Mitteln des Augustus gegründeten aerarium militare (monumentum An-cyranum, tab. III)⁶), zweifelsohne in dem aus ehemaligem Jesuiten- und Klostergute gebildeten Studien- und Religionsfond in Österreich, nicht minder in dem Invalidenfond des deutschen Reiches.

2. Würde ein Vermögen einer Person gehören, so wäre dasselbe nicht Staatsvermögen, wenn es gleich auf Staatszwecke zu verwenden sein sollte. Dabei kann aber leicht den Schein Eigenthums erwecken, was (wie die Meeresküste⁷) nur Unterwerfung unter das Machtgebot einer gewissen Person ist⁸), — sowie den Schein persönlichen Eigenthums, was

3) vgl. I. 36 D. adm. tut. 26, 7. Was von der Bestimmung gewisser Kassen oder Geldmassen (corpora nummorum — vgl. Bd. 2 §. 241 Ann. 11), gilt umso mehr von der nur quantitativen Etablierung in unseren Budgets.

4) res publicis usibus destinatae: I. 2 §. 5 D. ne quid in loco publ. 43. 8. So war und blieb auch der ager publicus, nachdem und so weit er zu Besitzergreifung ausgeschrieben war, „ein Theil vom publicum oder dem Vermögen des populus“ (Niebuhr, R. G. II S. 153 3. Aufl.).

5) Den Zweifel, und die Meinung, daß sie gleich den res communes omnium außer allem Eigenthum oder Vermögen und (wie eine gewisse Strecke des Meeres) nur im „Hoheitsrechte“ des Staates stehen könnten, s. Bd. 1 §. 127 a. E. §. 128 zu Ann. 11 und 12; zu Ann. 11 die Erwiderung Thierings gegen Dernburg (im Rechtsstreit über die Baseler Festungswälle) 1862. Windscheid, P. §. 146. 4.

6) Anders z. B. Gierke a. a. D. III. S. 58 Ann. 79.

7) Bd. 1 §. 127 zu Ann. 14. 15.

8) So erscheint der Fiskus z. B. bei Seneca, de benef. VII. 6, Plin. Paneg. c. 36, Tacit. ann. VI. 2 und c. 19, vgl. Spartan. in Hadr. c.

7 Dio Cass. hist. 53, 16 als Eigenthum des Caesar, während doch anderseits zwischen dem Vermögen das nur in imperio ejus und demjenigen das sein patrimonium und proprium ejus ist, unterschieden wird (Seneca, l. cit.) und die Pandekten praedia Caesaris quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt den praedia Augusti (welche m. E. nur in imperio Augusti, nicht unter dem Senat sind) sowie denjenigen Gütern entgegensehen, welche (populi Romani aber) dem Caesar dienstbar sind (usibus Caesaris deserviunt — wie der fundus Albanus) I. 39 §. 8 D. legat. I. Ulpian.

mit einer gewissen Person nur in ihrer staatsrechtlichen Qualität (als Fürst) und von Staatswegen verbunden ist, diese Person vielmehr zum Zweck als zum Subjekt hat, in der That also ein durch besonderen Zweck gebundenes Staatsvermögen ist⁹⁾.

3. Das Staatsvermögen ist wie jedes andere Zweckvermögen nur je Ein Vermögen; seine Decentralisirung in verschiedene Kassen und Behörden (stationes fisci, officia) ist Theilung der Administration, nicht des Rechtes oder Vermögens (Ann. 3). Folgerecht wird der Schuldner eines Dritten sammt seinen Bürgen frei, wenn sie beide, Schuldner und Gläubiger, vom Fiskus zumal beerbt werden, mag der Erbgang gleich bei verschiedenen Stationen des Fiskus platzgreifen¹⁰⁾. Die Ablehnung der Kompensation mit Forderungen an eine andere Kasse als der man schuldet, ist nur mit der Zusicherung unverweilter Befriedigung der Forderung an der anderen Kasse erfolgt¹¹⁾ und als Verwaltungsmaßregel, nicht als Rechtsfolge bezeichnet¹²⁾.

9) Beides traf beim römischen Fiscus in seiner ersten Phase zu. In diesem befanden sich außer dem wirklichen (gemeinbürgerlichen, vererblichen) Eigen des princeps Einkünfte publicistischen Ursprungs (z. B. I. 13 C. vect. 4, 61) welche von guten Kaiser auch als öffentliches Gut betrachtet wurden (Pertinax), und aber weil sie gleich den Cäzaren Provinzen und deren Boden unter der unverantwortlichen Verfügung des princeps standen, häufig auch wie Privatgut behandelt wurden; fernerhin aber auch Besitzungen, welche so zu sagen Kronfideicommiss wurden, und sich nur durch diese Verwendungsbestimmung (Caesaris usibus deserviunt I. 39 §. 10 §. 8 D. leg. 1) von einem Staatsvermögen unterschieden. Nichts desto weniger erschien dieser fiscus in der Totalität des gedachten Inhalts den Laien als Eigenthum (Seneca, Tacitus etc.), und die res fiscales (das Kronfideicommiss?) den Juristen als Quasieigenthum des princeps (I. 2 §. 4 D. ne quid in I. publ. 43,8 Ulp.). Weiteres hierüber und über den späteren Verlauf des fiscus s. in meiner Abh. in den Sitzungsberichten der Münchener Akademie, hist. Kl. Jahrg. 1886, wo von den Neueren namentlich Th. Mommsen u. Hirschfeld in Betracht kommen. Von den Älteren s. Cujacius in dessen Paratitl. zu Cod. I, 33 und Leyser, med. ad Pand. spec. 657. Ähnlich wie mit denjenigen res fiscales, welche quasi propriae et privatae Principiae sunt, verhält es sich mit dem deutschen Kammergut (Bachariae, das Eigenthumsrecht am deutschen Kammergut, Gött. 1864 gegen Rehscher, die Rechte des Staats an d. Domänen, Leipzig 1863) und gewissen Bestandteilen der bahr. „Civilliste“.

10) I. 2 C. solut. et lib. 8,42 (43).

11) I. 1 C. comp. 4, 31 — quam primum recipies. —

12) I. 1 eit. — propter confusionem officiorum. — Zu dieser kommt

4. Das Staatsvermögen ist je Ein Vermögen, so verschiedenartig seine Entstehungsgründe und ob etwelche Bestände desselben gestiftet sind oder nicht. Stiftungen, wie sie für Gemeinden und Korporationen vorkommen, sind hier schwer zu finden. Daß etwelche Staatsgüter unveräußerlich sind, kommt leicht vor¹³⁾; allein die Unveräußerlichkeit macht sie noch nicht zu Stiftungen. Anderseits dürfen Güter, welche nicht nur unveräußerlich, sondern auch gestiftet, aber ausschließlich für einzelne Staatszwecke gestiftet sind, nicht als Staatsvermögen betrachtet werden (§. oben Nro. 1).

§. 436.

Gemeindevermögen.

Auch von diesem muß ausgeschieden werden

1. was blos für einzelne bestimmte Zwecke der Gemeinde gehört, wie z. B. „das ihrer Verwaltung anvertraute Vermögen der zur Religionsausübung, zum Unterricht und zur Wohlthätigkeit bestimmten Lokalstiftungen“¹⁾. Nur was für die Subsistenz und Wohlfahrt der Gemeinde in ihrer Allgemeinheit, d. i. für die Gemeinde schlechthin gehört, ist Gemeindevermögen; wollte man auch das für einen einzelnen bestimmten Gemeinde-Zweck gehörige Vermögen darum weil auch es der Gemeinde zu statten kommt, Gemeindevermögen nennen, so müßte man es (nach österreichischem Vorgang) als „gebundenes“ von dem „freien“ Gemeindevermögen unterscheiden; jedenfalls aber ist es ein rechtlich wie rechnerisch von letzterem geschiedenes und

es nicht minder in dem oben Ann. 10 bemerkten Falle; allein hier ist nicht nur Forderung und Schuld, sondern die Person des Gläubigers und Schuldners selbst confundirt u. aufgehoben, so daß Auszahlung hier u. Einzahlung dort gar nicht mehr möglich ist. Auch die Confusion von Servituten nimmt auf die Verschiedenheit der Unter keine Rücksicht (vgl. die Mittheilungen Kellers, Pand. §. 36 Ann. 3 über einen dem Berliner Obertribunal vorgelegenen Fall); die Kompensation nimmt Rücksicht, aber auch sie nur insoferne der Gegner des Fiskus kompensirt haben will (l. 1 eit.).

13) Bayr. Bf. Urf. Tit. III §. 2.

1) rev bayr. Gem. Ordn. §. 24 vgl. westph. Ldgem. Ordn. v. 1841 §. 26 sächs. Landg. D. v. 1838 §. 55 württemb. Verwalt. Edict v. 1822 §. 120 großh. hess. Gem. Ordn. v. 1821 Art. 86 u. f. f. — die zahlreichen in Verwaltung der Stadt München stehenden Schul- und Wohlthätigkeitsstiftungen u. f. f.

verschiedenes, so denn auch nur für diesen ausgeschiedenen Zweck zu verwendendes Vermögen²⁾). — Hinwider ist nur was für einen einzelnen, bestimmten Gemeindezweck gehört, nicht was für einen solchen nur bestimmt ist, von dem Gemeindevermögen auszuscheiden. Diese Bestimmung kann eine blos administrative Verfügung der Gemeinde sein, darum administrativ widerrufen werden und sich eben dadurch von der privaten, eigentumsweisen Zugehörigkeit unterscheiden; oder die Bestimmung kann eine privatrechtliche, den modus einer Zuwendung an die Gemeinde bildende Verfügung, darum eine Bestimmung sein, welche die Gemeinde obligatorisch belastet, hingegen den einzelnen Gemeindezweck, auf welchen verwendet werden soll, weder zum Gläubiger, noch überhaupt zum Vermögensinhaber macht³⁾). Zwar stehen bereits Zuwendungen dieser letzteren Art unter obrigkeitlicher Aufsicht, und dürfen dem stillschweigenden oder ausdrücklichen⁴⁾ Willen des Testators z. z. entsprechend ohne obrigkeitliche Bewilligung keinen anderen Zwecken als den im modus gesetzten zugeführt werden⁵⁾); allein, daß dieselben nun auch schon einen eigenen Fonds bilden, folgt daraus nicht; —

2. was Personen, und wären es gleich sämmtliche Gemeindegemeinden, und diesen als solchen, gehört. So sind im Gegensätze zu dem Gemeindeland die Almende und im Gegen-

2) l. 1 D adm. rer. ad civ. 50, 8. Quod ad certam speciem civitatis (civitati) relinquitur, in alias usus convertere non licet. cf. l. 6 (4) eod.

3) quod ad certam speciem civitati relinquitur — l. 1 D. de admin. rer. ad civitates pertinentium 50, 8 §. B. l. 4 (6) eod. l. 5 pr. l. 7 pr. D. oper. publ. 50, 10 l. 30 pr. D. leg. II l. 21 §. 3. D. ann. leg. 33, 1 l. 16 l. 17 de usu et usufr. leg. 33, 2. Am 26. Juli 1495 gab Herzog Georg der Reiche dem Stadtrath zu Friedberg (Bayern) 1 Hof u. 4 Hofflächen sammt Geldgefallen mit der Bestimmung zu eigen, daß hieraus jährlich Nöte für 10 Arme angehäuft, und am Montag nach Oculi Baarspenden in der Pfarrkirche vertheilt werden sollen (Augsb. Abd. im Sammler 1884, No. 23).

4) l. 17 D. usu et usufr. leg. 33, 2.

5) l. 1 cit. — in alias usus convertere non licet — l. 4 (6) cit. — in aliam rem quam defunctus voluit, convertere citra Principis auctoritatem non licet — Fälle, in welchen Converting erlaubt wird, in l. 4 cit. l. 7 pr. cit. l. 16 cit. cf. l. 13 §. 1 D. pollic. 50, 12 l. 8 C. pagan. 1. 11.

sätze zum Rathswald und der Rathsweide der Bürgerwald und die Bürgerweide, von partikularrechtlichen Bestimmungen⁶⁾ abgesehen, richtiger als Gesamteigenthum der einzelnen Gemeindeglieder, denn als Gemeinderer vermögen zu fassen. Zwischen solchem Gemeinland und dem Gemeindeland besteht derselbe Unterschied wie zwischen dem ager coloniae und colonorum⁷⁾.

6) wie z. B. das baden'sche Ges. über Verw. und Verf. d. Gemeinden v. 31. Dez. 1831 §§. 53. 54; gr. hessen'sche Gem. Ordn. v. 30. Juni 1821 Art. 93. 94; weimar'sche allg. Landgem. Ordn. v. 2. Febr. 1840 §§. 29, 30; meininger'sches Edict v. 15. Aug. 1840 Art. 2. 10. 12. 16; altenburg'sches Grundg. v. 20. April 1831 §. 102; sigmaringen'sches Gem. Ges. v. 6. Juni 1840 §. 52 §. 95; hechingen'sche Gem. Ordn. v. 19. Ott. 1833 §. 55.

7) Ersteren charakterisirt Frontinus als ein ad personam coloniae ipsius pertinere und neque ullo modo ab alienari posse a re publica (Schriften d. röm. Feldm. ed. Lachmann p. 54 cf. p. 18 p. 197); er dient zu öffentlichen Bauten, Begräbnis- u. a. Pläßen, sowie zur Bestreitung von sonstigen Gemeindebedürfnissen (Frid. Roth, de re municipali Rom. libri duo Stuttg. 1801 §. 10, Rudorff, grom. Inst. S. 397); er trägt die Aufschrift der Colonie (in quo loco inscribitur silva et pascua aut fundus Septicianus coloniae Augustae — ibid. p. 54). Letzterer gehört auch noch zu den loca publica, trägt aber die Aufschrift der Colonen (inscribuntur ut silvae et pascua publica Augustinorum), steht in ihrer Nutzung, und da sie ihn verkaufen können (quae et vendere possunt — ibid. p. 54) auch in ihrem Eigenthum; locus publicus kann er heißen, weil er nicht in Losen aßsignirt, insoferne nicht privatus geworden ist, der populus unterschieden an ihm theil hat und ihn gemeindeweise verwaltet. Dieses Eigenthum der Colonen war ein condominium ohne Theile (vgl. Bd. 1 §. 131 S. 476), so denn auch von seinem Einzelnen zu seinem Theile, sondern nur durch die Gesamtheit im Ganzen oder parzellierenweise veräußerlich. Ob das Eigenthum des Einzelnen am ager colonorum Pertinenz seines Hofs, Hauses, fundus war, wie die (einer einzelnen Gruppe von Colonen gehörigen) communia, compascua (Frontin., ibid. p. 15), steht dahin. Die compascua konnten auch loca publica coloniae sein, von dieser gegen ein Gutsgeld an einzelne Gruppen von Colonen ausgetilchen (Hyginus, ibid. p. 201). — Für die Colonen wird auch hierin die Mutterstadt Vorbild gewesen sein. Nicht so ursprünglich dürfte es bei ländlichen Gemeinden zu einer Theilung des ager publicus in Gemeindeland und in Gemeinland der Gemeindeglieder gekommen sein: hier kann lange Gemeinland der Gemeindeglieder dem Privatland gegenübergestanden sein, bevor es zur Ausscheidung und Zumejung eigenen Landes an die Gemeinde kam; da war denn die Aßsignation der agri privati beim originärer Eigenthumserwerb, sondern nur eine Theilung des den Aßsignatoren schon zuvor gehörigen und aber im Gesamteigenthum gestandenen Landes. Dafür daß ein solches Verhältniß und ein solcher Vorgang innerhalb unserer gemeinen Markt und ihrer Ausscheidungen und Verteilungen stattgefunden habe, vor allem dafür daß die gemeine Markt selbst im (Gesamt-) Eigenthum der Märkte gestanden sei, sprechen mancherlei Thatssachen, wie namentlich: das spätere Datum und die Gegenähnlichkeit des „Gemeindelandes“ zur Almende — jeweiliger Übergang der gemeinen Markt in Alleineigenthum Einzelter (Fürsten u. Herren) — Wortlaut der Weisthümer, welche Wald,

3. Auch das Gemeindevermögen ist trotz aller Mannigfaltigkeit seiner Entstehungsgründe und der rechtlichen Verschiedenheit seiner Bestandtheile eines (vgl. §. 435, 3. 4). Abweichungen von der Konsequenz der Einheit kommen hier nicht vor. Stiftungen sind innerhalb desselben, also auch im Gegensatz zu den Stiftungen für einzelne Gemeindezwecke (s. oben 1.) schon eher zu finden*).

Wasser und Weide „den Märkern“ zu rechtem Eigen zusprechen — der Märker bleibt durch seinen Anteil an der Mark ein Freier, wenn er mit dem Sonderreigen hörig wird — er kann an der gemeinen Mark freveln, aber nicht zum Dieb werden — hat das Prohibitionsrecht des condominiumus — wenigstens später einen idealen, leihbaren, veräußerlichen und verpfändbaren Theil. (L. v. Mauerer, Gesch. d. Markenverfassung §. 122 fgg. S. 435. §. 21. Gesch. d. Dorfverfassung §. 30. §. 21 u. S. 24 S. 50 S. 69 S. 77. Rob. Römer, Zeitschr. f. d. R. Bd. 13 S. 98 fgg. Renaud, die Gemeindenutzungen, Zeitschr. f. d. R. Bd. 9 S. 66. Landau, Territorien S. 392 S. 168. Thudichum, Gau- u. Markverf. S. 317. Dunker, Gesamteigenthum S. 166—176. Eichhorn, über d. Ursprung d. städt. Verf. in d. Zeitschr. f. gesch. RW. I S. 149 fgg. Löw, Markgenossenschaft S. 149—174). Gemeindegesetze, welche an den Gemeinländern oder Gemeinheitsgütern im Gegensatz zu den Gemeindeländern oder Gemeindegütern wenige sind da wo die Nutzung bisher nicht allen Gemeindegliedern, sondern nur den „Angefeierten“, oder nur gewissen Grundstückbesitzern (der „Altgemeinde“, „Realgemeinde“) zustand, das Eigenthum eben diesen Personen zusprechen, hat Österreich, Gem. Ges. v. 1849 Anhang (Anleitung z. §. 8), Reg. Sachsen, Landg. Ordn. v. 7. Nov. 1838 §. 55, Württemberg, Ges. über Gemeinde-Bürger- und Beisitzerrecht v. 4. Dez. 1833 Art. 51. Vgl. Kurhessen, Gem. Ordn. v. 23. Okt. 1834 §. 70 §. 80, 11 §. 82. Schwarzburg Rudolstadt, Gem. Ordn. v. 19. Dez. 1827 §. 2. Frankfurt a. M., Ges. über den Fortbestand der Almendenloje v. 7. Dez. 1830 gegen die Gem. Ordn. v. 12. Aug. 1824. — Gegen Angriffe welche gegen dieses persönliche Gesammeigentum sich vom Standpunkte unserer Genossenschaften erheben, s. unten §. 437, 2. Ueber all das ausführlicher die 1. Aufl. §. 231 Nov. 2 S. 1029—1036.

8) Wenn Frontinus den ager coloniae im Gegensatz zum ager colonorum als unveräußerlich bezeichnet (Anm. 7), so kann das nur als Folge einer entweder ausdrücklichen, gesetzlichen (lex coloniae), oder aber stillschweigend (more civitatis) erfolgten (I. 34 §. 1 D. c. e. 18, 1) Widmung gedacht werden. Dadurch daß der Gegenstand dieser Widmung nur der Nutzung nach veräußerlich, dem Grundstücke nach unveräußerlich ist, wird die Widmung zur Stiftung; dadurch daß er für die Gemeinde in ihrer Totalität gewidmet ist, wird er zur Gemeindestiftung im Gegensatz zu den Stiftungen für die Armen z. z. dieser Gemeinde, und zum Gemeindevermögen. Ähnlich wie mit diesem ager coloniae dürfte es sich mit den res publici juris verhalten, welche in publico usu und als solche extra commercium sind (Bd. 1 §. 125 S. 454 Anm. 17 u. 18 §. 126 Anm. 1 Anm. 17). Beispiele von Geldkapitalstiftungen welche zu Nutz u. Frommen der Gemeinde überhaupt dienen sollen, sind erst zu suchen.

§. 437.

Korporationsvermögen.

Bildet auch hier wieder die Korporation in ihrer Totalität das Ding, für dessen Sein und Wohlfahrt das Vermögen gehören muß, damit es Korporationsvermögen sei, so mögen Gildehallen, Kunsthäuser, Zechen oder Kunstdäden, insonderheit Krankenkassen, Klostergebäude und Klostergüter Korporationsvermögen sein; denn diese Dinge sind für das Da-sein und das Gedeihen der Korporation in ihrer (den Verein und den Vereinszweck umfassenden) Totalität theils nothwendig theils förderlich, und so denn auch ununterschieden für die Korporation gehörig. Folgerecht dagegen ist nicht mehr Korporationsvermögen, was

1. ausschließlich für den einen oder anderen Korporationszweck gehört, von der Korporation vielleicht gesammelt, verwaltet und auf seinen Zweck verwendet wird, zu den Mitgliedern der Korporation aber in keinem anderen Verhältnisse steht, als in dem es zu seinen Verwaltern stünde, wenn es ein Stiftungsvermögen wäre¹⁾. Hinwider würde auch hier der Umstand, daß die Korporation diesen oder jenen Theil ihres Vermögens für einen gewissen Zweck zu verwenden obligirt wäre, aus dem Korporations- (Gemeinheits-)Vermögen noch kein Sonderzweckvermögen machen (vgl. S. 485 oben); allein als ein Passivum im Vermögen der Korporation, oder als ein blos fiduciarisches Eigenthum der Korporation wäre es blos transitorisch oder mehr der Form Rechtens als dem Werthe nach Korporationsvermögen²⁾.

1) Die Statuten des Prager Dombauvereins nennen das durch seine Sammlungen und Beiträge erzielte Geld in §. 32 Vereinsvermögen, während es Dombauvermögen heißen sollte. Derlei Vermögen hat keine Jahrtage, nicht den Unterhalt oder das Leben des Vereines zu bestreiten oder zu fristen; es ist durch, nicht für den Verein da. Gleich diesem Vereine werben und erwerben hundert andere (Gustav-Adolf-, Missions-Bibel-Colonial-, geografische, historische, gelehrte, Schul-Vereine) nicht für sich, sondern ausschließlich für den Zweck, zu dem sie gegründet sind. — Vgl. Bolze, Begriff d. jur. P. 1879. §. 11 ab init.

2) Von dieser Art wären die Fideicommisse und Geschenke an das corpus Augustalium in den inscriptiones Neap. (Mommse)

2. Kein Korporationsvermögen im Sinne von Zweckvermögen ist ein Vermögen, welches den Mitgliedern der Korporation gehört, wenngleich es ihnen allen und ihnen als solchen, zu Theilen oder ungetheilt, gehört, darum auch noch Korporationsvermögen genannt und vielfach bald einer fingirten (juristischen), bald einer vermeintlichen (abstracten u. dgl.) Person oder sonst einem Subjekt zugeschrieben wird³⁾. Bei demjenigen Korporationsvermögen, das Zweckvermögen ist, sind, wie bei jedem Gemeinheitsvermögen, die Mitglieder der universitas in dem Zweck, für welchen das Vermögen gehört, mitinbegriffen; hier dagegen sind sie das Subjekt dem gehört, sie selbst in ihrer Individualität und Vielheit, weder als ein Abstractum (Verbandseinheit), noch als „reale Gesamtperson“⁴⁾ und gleichviel ob sie ungetheilt („zu gesampter Hand“) oder zu Theilen besitzen. Daß also mehrere zusammen und ohne Theile besitzen und haben können, ist kein Vorkommen erst des deutschen Rechts, tritt im römischen Rechte bis auf ein gewisses schon innerhalb des gemeinen Condominiums (Bd. 1 §. 131), dann innerhalb der Gemeinde im Gegensatz des Gemein- zum Gemeindevermögen (ager colonorum und ager coloniae §. 436, 2) zu Tage, und dürfte auch den corpora und collegia nicht fremd geblieben sein⁵⁾. Geläufiger noch ist diese „gesammte Hand“ oder „Solidarität“ dem Obligationenrecht. — Weder römisch noch deutsch dagegen, und auch durch kein Mittelding zwischen Societät und Korporation (Genossenschaft) gerechtfertigt scheint ein Gemeintheitsvermögen, das den in der Gesamtheit begriffenen Personen weder subjectiv als ein ihnen

nr. 19 gewesen, wenn sie nicht zur Beschaffung von Korporationsgut (Leuchtern, Triclinien, Weinbergen), sondern zur Unterstützung von Armen gegeben worden wären; desgleichen die Cession von Landgütern an das collegium Silvani, wenn sie nicht zur Bestreitung von Opfermalen (also von der Korporation obliegendem Aufwand) erfolgt wäre (ibid. nr. 212).

3) vgl. dazu die Einleitung §. 432.

4) vgl. Gierke, die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887 S. 5. „Unpersonifizierte Gemeinschaft“ nennt sie nicht mit Unrecht Unger, Thier. Jahrb. XXV. N. F. XIII S. 246.

5) Wenn der in 1. 1 §. 2 D. coll. et corp. 47,22 ausscheidende Collegiale ex eo collegio a quo recedit zu empfangen hat, quod ei competit ex ratione quae communis fuit, so braucht diese communis ratio nicht zuvor in Theilen bestanden zu haben.

noch objektiv, als ein für sie (als im Zweck begriffenen Personen) gehöriges Vermögen gehören, vielmehr das Vermögen einer Person sein soll, welche keine singierte (juristische) Person sei, und aber doch keine wahre Person ist, man mag sie nun „Gesamtperson“ oder „Körperschaftspersönlichkeit“ oder „Verbandsperson“ oder sonst wie nennen. Produkt deutscher Rechts- und auch Unrechtsentwicklung dagegen mag es sein, daß Güter, welche einst den Genossen zu gesamter Hand gehört haben, in eine andere Hand (einer geistlichen oder weltlichen Herrschaft, allenfalls und schließlich des Staates) gelangt und ihren ursprünglichen Herren nur zu mehr oder minder beschränkter Nutzung verblieben sind⁶). Da ist denn Gesamtvermögen seiner Substanz nach zum Einzelvermögen (von einzelnen Personen, oder zum Zweckvermögen von Kirchen, Klöstern, Staaten) geworden, an welchem jura in re abermals als Einz尔rechte wenn gleich allen Mitgliedern der alten Gemeinschaft zustehen; in dieser Zersetzung ehemaliger Gesamttheitsgüter ist mehr allgemeine Geschichte als die Frucht irgend einer Theorie enthalten⁷). In vielen Fällen aber ist diese Zersetzung nicht bis zu dem Grade fertig geworden, daß die Eigenthumsfrage zwischen Einzelherren und Personengesamtheiten nicht oft bestritten, und das richterliche Erkenntniß nicht vielmehr Zeugniß für Verjährung und Herkommen, als für eine gewisse Theorie ablegen sollte⁸). Allerdings treten hier noch andere Fragen und Streitigkeiten auf. Angenommen, daß den Genossen nur Nutzungsrechte zustehen: sind diese Nutzungsrechte lediglich Privatrechte, wie sie auch Nichtgenossen zustehen könnten, oder aber zwar jedem einzeln zustehende, aber nichts destoweniger in der Genossenschaft befangene und von deren Beschlüssen und

6) vgl. v. Maurer, Markenverfassung S. 435 S. dagegen neuerdings Heusler, Institutionen d. d. Privatr. s. 1885 I. S. 272 fg., welcher den Markgenossen vornehmlich nur Nutzungsrechte, und das Eigenthum ausschließlich der „juristischen Person“ zukommen läßt.

7) Gierke a. a. D. S. 8 scheint auch diese „Verbindung von Einheitsrecht und Vielheitsrecht“ der Genossenschaftstheorie zuzuschreiben.

8) Vgl. hiezu die von Gierke a. a. D. S. 314 Anm. 1 agff reichs- und obergerichtlichen Erkenntnisse.

Verfügungen abhängige Rechte?⁹⁾ Angenommen ferner, daß das in einem Personenverbande (man mag ihn nun Korporation, Genossenschaft, Gesellschaft oder sonstwie nennen) sich vorfindende gemeinschaftliche Vermögen im Eigenthum der Genossen (Actionäre sc.) sei: wie können mit einer solchen Gesellschaft nicht etwa blos Nichtgenossen, sondern — wie das z. B. bei Vorschuß- und Creditvereinen sowie bei Konsumvereinen der gewöhnliche Fall ist, die eigenen Genossen selbst kontrahiren und prozeßiren, erwerbend und veräußernd pactiren, ohne daß hiebei jemals von Confusio der Obligationen oder Rechte oder etwa von theilweiser Richtigkeit der Geschäfte die Rede wäre? Macht diese Erscheinung nicht das Gesammeigenthum der Genossen selbst unmöglich, und die Statuirung einer von den Genossen verschiedenen und abstrahirenden Person nothwendig?¹⁰⁾ Indessen, die Selbstständigkeit oder Unselbstständigkeit jener Nutzungsrechte anlangend war für die einschlägigen Erkenntnisse¹¹⁾ doch nur die Thatfrage maßgebend, ob und wie weit sich in dem konkreten Falle die Rechte der Einzelnen von der Gemeinschaft emanzipirt haben; eine Fortentwicklung der „Genossenschaftstheorie“ (Gierke) ist aus denselben schwer zu erkennen. Bedenklicher macht der Verkehr, wie er zwischen den einzelnen Genossen und der Genossenschaft besteht. Allein nothwendig wird die Genossenschaftstheorie mit ihrer Gesamtperson oder ihrer juristischen Person doch auch durch ihn nicht. Es kommt auch sonst vor, daß innerhalb Eines und desselben Vermögens eine Trennung stattfindet, so daß verschiedene Bestände desselben sich dergestalt entgegengesetzt sind, wie wenn sie verschiedenen Personen gehörten¹²⁾. Also kann es auch im Sinne von Ge-

9) Vgl. Heusler, a. a. D. und dagegen Gierke a. a. D. S. 312 Anm. 2 u. S. 314 unten

10) S. hierüber v. Sicherer, die Genossenschaftsgesetzgebung in D. Komm zu dem RG. über die privatr. Stellung der Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften 1872 S. 114. III.

11) vgl. oben Anm. 8.

12) Das peculium ist dem patrimonium entgegengesetzt und der Grund, auf welchem Obligationen zwischen dem Gewalthaber und dem Haußkind oder Slaven wirksam sind; gleichwohl ist es mit dem patrimonium ein Vermögen, der Gewalthaber Eigentümer, Gläubiger, Besitzer

nossenschaften und der Genossenschaftsgesetze liegen, daß eine solche Separation zwischen dem Genossenschaftsantheile des Genossen und seinem übrigen Vermögen bestehet.¹³⁾ — Bald eine vermeintlich reale Gesamtperson, bald eine fingirte (juristische) Person legt man diesem Vermögen auch noch darum unter, weil es weithin wie Gemeinde- und eigentliches Körperschaftsvermögen verwaltet und seinethalben denn auch corporativ geflagt und gestritten wird¹⁴⁾. Dadurch erhält daselbe allerdings den Anschein

aller Peculiaritäten und Forderungen (vgl. einstw. m. 1te Band. aufl. S. 1179 oben); — die Erbschaft fällt nach ihrem Erwerbe mit dem übrigen Vermögen des Erwerbers in Eins zusammen, kann aber trotz Fortbestandes der Einheit Gegenstand einer „Separation“ und damit dem letzteren derart entgegengesetzt werden, daß quasi duorum bona vorliegen und die schon eingetretene Confusio von Forderungen und Schulden rückgängig wird (§. 398 Anm. 7). Zu ähnlichem Ergebnisse führt das beneficium inventarii, da durch dessen Geltendmachung der Erbe zu seinem eigenen Gläubiger und Schuldner werden kann (§. 399 zu Anm. 19 – 21). Auch das Falcidische Gesetz bringt eine ähnliche Erscheinung mit sich (§. 417 Anm. 8, 15).

13) Von dem Separationsgedanken geht was unsere Handels-, Erwerbs- u. Wirtschafts-, Gesell- oder Genossenschaften anlangt, nicht nur die soeben beregte Möglichkeit des Verfehrs der Genossenschaft mit den eigenen Genossen, sondern auch der ordo conventionis aus, nach welchem erst nach Erschöpfung des Gesellschafts- oder Genossenschaftsvermögens die einzelnen Gesellschafter oder Genossen mit ihrem übrigen Vermögen von den Genossenschaftsgläubigern in Umgang genommen werden können (D. Hdgb. Art. 122 vgl. mit Art. 111 Abs. 2 Art. 112). — d. h. ist die private Stellung der Erwerbs- und Wirtschaften §. 12). — ferner die Siedlung des Vermögens der Genossenschaften in ein Privat- und Genossenschaftsvermögen, ihrer Gläubiger in Privat- und Genossenschaftsgläubiger. — die Unangreifbarkeit des Genossenschaftsvermögens für die Privatgläubiger, insolange und insofern daselbe sich nicht zu Schulden an ihren Schuldner gestaltet hat (D. Hdgb. Art. 119–121 und das cit. Genossenschaftsgesetz §§. 13–15), — so wie endlich das „etwaige Absonderungsrecht“, welches den Privatgläubigern in Bezug auf das Privatvermögen der Genossen zusteht. Unger's Collectivum (an dem Anm. 4 angef. D.) scheint mir zur Erklärung dieser Besonderheiten nicht auszureichen.

14) Das ist von der gemeinen Mark und Almende bis herab zu unserer „offenen Handelsgesellschaft“ der Fall. Die „Firma“, unter welcher diese nach Art. 111 d. a. d. Handelsgb.'s (vgl. Art 213 das u. dazu das Genossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868 §. 11) Rechte erwirkt und Verbindlichkeiten eingehet, vor Gericht flagt und verklagt wird, ist für die Handelsgesellschaft, was für die Gemeinde deren Name, ein Ausdruck der Gemeinschaft. Nach einer noch immer weitverbreiteten Auffassung soll nicht die hier vorliegende Gemeinschaft, nicht der Inbegriff der Gesellschafter, sondern die vermeintlich reale Gesamtperson oder eine juristische Person hinter der Firma stehen. (Bezüglich der juristischen Persönlichkeit s. v. Sicherer a. a. D. S. 104, I; bei demselben S. 101 Anm. 1 auch eine Übersicht über die Vertreter dieser juristischen Persönlichkeit. Gegen diese neuestens Unger a. a. D.)

eines unpersönlichen, keiner wirklichen Person gehörigen Vermögens. Allein vor allem logisch steht nichts im Wege, daß Genossen in Ansehung des ihnen gemeinschaftlich gehörenden oder zu erwerbenden Vermögens an gemeindeweise Verwaltung und Vertretung desselben gebunden werden, ohne daß sie darum aufhörten Inhaber desselben zu sein, oder sich in ein fingirtes oder sonstwie nicht vorhandenes Wesen auflösen müßten. Selbst wenn man auch von diesem Vermögen sagen müßte, daß es wie das Vermögen Einer Person behandelt werde¹⁵⁾, so läge darin noch kein Recht zu behaupten, daß es nicht Allen und Jedem gehöre. Darf man weiterhin annehmen, daß in Volk und Gemeinde je früher desto mehr die Person (populus) verwaltet und das gemeine Wesen (*res publica*) beherrscht¹⁶⁾, so denn auch das Gemeindevermögen, bevor ein unpersönliches (welches Zweckvermögen ist) aufkam, persönlich war, und theilweise persönlich blieb, trotzdem es gemeindeweise verwaltet und vertreten wurde (*ager colonorum*, Markgenossenschaft), so wird es doch wohl denkbar sein, daß auch in den weniger allgemeinen Verbänden, die wir Korporationen, Vereine, Genossenschaften, Gesellschaften nennen, ein Vermögen vorkomme, welches so wie es Allen zusammen gehört, auch gesamtlich und einheitlich auftritt und erscheint. Ist die Genossenschaft oder Gesellschaft gar von der Art, daß sie wie die Handelsgesellschaften, und unsere Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften einzig „die Förderung des Kredites, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder bezeichnen“¹⁷⁾, so dürfte am allerwenigsten bei ihnen das Vermögen um seiner einheitlichen Behandlung willen den wirklichen Personen abzusprechen und auf abstracte oder fingirte Dinge zu übertragen sein¹⁸⁾. Wie bemerkt, selbst

15) vgl. v. Sicherer a. a. O. S. 117 Anm. 1.

16) vgl. Gierte, das d. Genossenschaftsrecht III S. 43; und hier oben §. 436 Anm. 7.

17) §. 1 des betr. Reichsgesetzes v. 4. Juli 1868.

18) Daß die Rechtshandlung gegen die Genossenschaft die Verjährung der Klage wider einen ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenchafter unterbricht (§. 64 des cit. Ges.) hätte keinen Grund, wenn in der Rechtshandlung, welche gegen die Genossenschaft stattfindet, gegen eine juristische Person, nicht gegen die Genossenchafter insgesamt gehandelt wäre. Daß diese Unterbrechung ausdrücklich ausgesprochen wird, beruht darauf, daß aus-

wenn man sagen müßte, daß dieses Vermögen wie das Einer Person behandelt werde, wäre der Möglichkeit, daß es den Genossen gehöre, noch nicht präjudicirt: denn dann würde erst zu fragen sein, wem es in Wirklichkeit gehöre, und m. E. nichts übrig bleiben als die Alternative, daß es wirklichen Personen, d. i. den Genossen, oder daß es Niemand, aber für Etwa gehöre. Vermögen dieser letzteren Art (Zweckvermögen) hat sich in den Gemeinden und Körporationen gebildet; ja es gibt Gemeinden in denen zufällig, weil die Almende vertheilt ist, — und Körporationen in denen nach deren Wesen (Klöster) nur unpersonliches oder Zweckvermögen besteht; umgekehrt gibt es aber auch Körporationen, insonderheit Gesellschaften, Genossenschaften, deren Vermögen nach ihrer Bestimmung nur-

geschiedene oder ausgeschlossene Genossenschaften in Frage stehen; in Betreff ihrer konnte man zweifeln; ein Schluß darauf, daß sie vor ihrer Ausscheidung keinen Theil am Genossenschaftsvermögen hatten u. dieses überhaupt nicht den Genossenschaftern gehört v. Sicherer, a. a. O. S. 107), ist nicht zu ziehen. — Umgekehrt läßt sich behaupten, daß wenn das angezogene Gesetz von dem Gedanken ausgeinge, daß das Genossenschaftsvermögen den Genossen nicht gehört, die §§ 13—15 überflüssig wären; denn dann verstände sich von selbst, daß die Gläubiger eines Genossenschafts in keiner Weise, weder durch Execution, noch durch Pfandrecht, noch durch Kompen-sation an das Genossenschaftsvermögen heran kommen können; im anderen Falle müßte dies ausdrücklich gesagt werden, und ist es gesagt, m. E. im Sinne der oben erwähnten Separation, nicht der Expropriation der Genossen und des Genossenschaftsvermögens. Das Gesetz deutet den Genossen als duplex persona: als eine in und als eine außer der Genossenschaft; gegen den Genossen außer der G. steht der „Privatgläubiger“, die „Privatforderung“ (§§. 13, 15); gegen den Genossen in der G. der Genossenschaftsgläubiger. Folgeredt hat der Genosse außer der G. „Privatvermögen“ (§. 16). Damit ist, für den Genossen in der G., stillschweigend Genossenschaftsvermögen postulirt — für ihn der auch Privatvermögen haben kann, nicht für die juristische Person, die nichts hat und nichts haben kann. — Aber wie kann eine Actie, wenn sie einen Anteil des Actionärs an Grund und Boden darstellt, und in einem Lande zur Veräußerung kommt, welches für Immobiliengeschäfte eine gewisse Form fordert, ohne diese Form veräußert werden (vgl. v. Sicherer S. 112 Anm 18)? Daß die Konsequenz diese Form verlangen würde, ist unverkennbar; gilt das Gegenteil, so liegt darin noch kein Zeugniß dafür, daß die Actie keinen Anteil an dem Grundvermögen bedeute, oder der Art. 216 des d. Hdgb's etwas anderes wolle als er ausspricht: die gegentheilige Bestimmung kann als *jus singulare*, oder wie Art. 223, 182 183 (worin für die Übertragung von Actien auf Namen nur Indosssament, für die von Actien auf Inhaber keinerlei Form verlangt ist) als zwingendes Gesetz (als ein *jus publicum*, welches weder *pactis privatorum* noch durch *Particulargesetze* gebeugt werden kann) betrachtet werden.

mehr persönlich sein kann. Während nun ursprünglich in der juristischen Behandlung das persönliche Gemeinvermögen Original, das spätere unpersönliche Gemeindevermögen Kopie war, hat nachmals das unpersönliche Gemeinde- und Körporationsvermögen die Führung übernommen und der Behandlung des persönlichen Gemeinvermögens zum Muster gedient. Nicht als ob es einer Person gehöre, sondern wie wenn es Niemand, aber für die Gesamtheit gehöre, ist das Gesellschafts- und Genossenschaftsvermögen behandelt^{19).}

Aetien gesellschaften brauchen nicht Erwerbsgesellschaften zu sein; allein zu was immer für einem Zwecke sie gegründet seien, bedeutet die Aetie gleich der „pars“ der *societas privata*, der „Pfanne“ und „Küxe“ des bergmännischen Vermögens, einen Anteil des Aktionärs an dem nach der Bestimmung der Gesellschaft eingebrachten und kontrahirten Vermögen²⁰⁾ und also nur insoweit ein Personenvermögen, als etwa die Aetie selbst keiner Person, sondern einer Gemeinde, Körporation, Stiftung gehören sollte. Wie die Handelsgesellschaft und die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft ist auch die Aetien gesellschaft, woferne sie Erwerbsgesellschaft ist, wesentlich nichts anderes als die *societas*, und von dieser wie schon die *societas vectigalium publicorum* (Bd. 2 §. 335 Anm. 75. 58. 51 a) nur durch die korporative Verfassung und von ihr und den anderen Erwerbsgesellschaften durch Beschränktheit der Haftung unterschieden^{21).}

19) Zu der Kopirung der Gemeinde durch die Körporationen vgl. I. 1 S. 1 D. quod eujusc. univ. 3, 4.

20) Art. 216 d. allg. d. Hdlsgb.'s: „Jeder Aktionär hat einen verhältnismäßigen Anteil an dem Vermögen der Gesellschaft“. Dazu Savigny, Obligr. II. S. 113 ff. Becker, Zeitschr. f. d. ges. Hdlsr. IV. 10. S. 561 3. 13 S. 562 3. 7 S. 566. Thöl, Handelstr. 6. Aufl. S. 411, 466. Bluntschli, d. Privatr. 2te Aufl. S. 383 § 139 3 11 ff.

21) Gründe für die Unpersönlichkeit des Aetienvermögens oder die „juristische Persönlichkeit“ der Aetien gesellschaften entnimmt man aus Art. 213 des d. Hdgb., wornach die Aetien gesellschaft „als solche selbständig“ Rechte und Pflichten haben, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben kann; — aus Art. 207, wornach „die sämmtlichen Gesellschafter sich nur mit Einlagen betheiligen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften“ (Kunze, L. v. d. Inhaberpapieren S. 507 Auerbach, d. Gesellschaftswesen S. 273); — aus Art. 227 u. Art. 213,

3. Das Korporations-Zweckvermögen ist nicht minder Eines als das Gemeinde- und Staatsvermögen (§. 435, 3, 4. §. 436, 3). Innerhalb Eines Korporationsvermögens finden sich neben den umlaufenden Bestandtheilen desselben (Geldern, Früchten, Virtualien, Wirthschaftsforderungen und Schulden) leicht Stiftungen von beweglichem und unbeweglichem Gut (Gebäuden, Gründen, Geldkapitalien). Häufig sind Korporationen, insonderheit Klöster, Universitäten durch solche Stiftungen bald erst ins Leben gerufen, bald erhalten, verjüngt und zur Blüthe gebracht worden — leuchtende Beispiele von Personengesamtheiten, für deren Sein und Wohlsein Vermögen gehört hat und noch gehört. Im Gegensätze zu ihnen stehen Korporationen oder Vereine, welche, weit entfernt das Ding zu bilden, um dessentwillen Vermögen gesammelt oder gesichtet wird, umgekehrt das Mittel bilden, durch welches für irgend welche Zwecke Vermögen gebildet wird (Ann. 1).

wornach nicht das einzelne Mitglied als solches, sondern nur „die Gesellschaft“ durch „ihren Vorstand“ klagen und verklagt werden kann; — aus Art. 216, insofern der Actionär „den eingezahlten Betrag nicht zurückfordert“ (Auerbach S. 272 Ulin. 3) und allerdings vor Auflösung der Gesellschaft auch keine Theilungsklage stellen kann (Auerbach S. 278). Allein diese Artikel können dem Art. 216 (Ann. 20) nicht widersprechen, sondern wie bei den Handelsgesellschaften und Genossenschaften nur besagen wollen, daß die Actiengesellschaft eine Korporation sei, darum in Ansehung des Aktienvermögens, trotzdem dieses den einzelnen Actionären gehöre, eine korporationsweise Vertretung habe, so daß entsprechend dem tit. Dig. quod eunse. univ. u. vel contra eam agatur 3, 4) nur der Vorstand klagen und beklagt werden kann, in diesem Sinne (aber auch nur in diesem) der Actionär nicht hafte (Thöl, a. a. O. §. 172) oder nur seine Einlage gefährde, und daß ebenso wie vor Gericht auch im Vertrah nur die Vertretung der Gesamtheit und also die Gesellschaft selbstständig (von deren einzelnen Mitgliedern unabhängig) erwerbend und kontrahirend erscheinen (Art. 213). Allerdings ist dabei der Ausdruck mehr im Sinne der „juristischen Person“ ausgesunken, als es der Art. 216 zuläßt, und vielleicht das Gesetz in dieser Materie mehr das Produkt eines Compromisses als einheitlicher Auffassung. — Ob die Actionäre z. B. einer Eisenbahn sich als Mit Eigentümern am Bahnhörper z. z. erkennen, und daß sie keine Servitut auf denselben erwerben können, kann nichts entscheiden. (S. dagegen Kunze a. a. O. S. 508. Auerbach a. a. O. S. 279. — Becker, Synt. d. h. Pandr. § 59 S. 204, behauptet, daß die Actiengesellschaft Zweckvermögen und juristische Person sei, widerspricht (gegen Baron), daß der Zweck die jur. Person sei, nimmt also hier Zweckvermögen in einem anderen als unserem Sinn.)

Sonderzweckvermögen.

§. 438.

Cultusvermögen.

Denkt man unter Cultus den Gottesdienst, so ist dieser der Zweck, für welchen das Cultusvermögen gehört¹⁾.

Solches Vermögen kommt schon in der vordchristlichen Zeit vor; nicht blos in Gestalt der res sacrae, welche zwar res nullius, darum aber nicht außer Zugehörigkeit, vielmehr in höchster Potenz für etwas gehörig sind²⁾ — für den Dienst irgend eines Gottes nämlich, als Altäre, Tempel, Haine, Gefäße³⁾; sondern auch in Gestalt von res humani juris und in commercio befindlichen Gütern⁴⁾.

An die Stelle der alten Götter und ihres Dienstes treten seit Constantinus d. G. die piae causae, in welchem Ausdruck zum ersten Male der Zweck als solcher, und auch ohne Personification als das Ding erscheint wofür gehört (Bd. 1 §. 61

1) So gut als von res ad pios usus, ecclesias etc. konnte man von res ad cultum divinum pertinentes sprechen (vgl. Bd. 1 §. 61 Ann. 1, die „dona rite ad ministerium Dei dedicata“ in §. 8 J. r. d. 2, 1, die praedia usibus coelestium secretorum dedicata: l. 5 C. s. s. eccl. 1, 2 cf. c. 5 C. XII qu. 2).

2) vgl. Bd. 1 §. 127 S. 460 sq., und oben §. 433, 1.

3) s. die res diis superis consecratae bei Gajus II 4, dazu die Dedicationen und Consecrationen unten §. 445 und vgl. zu den Tempeln l. 41 (42) §. 10. C. episc. 1, 3 das „ut in iis Deus colatur“.

4) wie sich solche nothwendig ergeben aus der Honorirung von Göttern durch Erbeinsetzung und Vermächtniß (Ulp. XXII, 6; l. 20 §. 1. D. ann. leg. 33, 1 — datum templo — l. 38 §. 2 D. aur. leg. 34, 2 cf. Gaj. II, 287), aus Weihgeschenken, welche bald divini, bald humani juris wurden (s. unten §. 445, 1), und aus den Tempelschäzen, die gegen Ende der Republik an die Soldaten verschleudert (Rudorff, grom Inst. S. 387), drei Jahrhunderte später confiscauit und zur Dotations der neuen Kirchen verwendet wurden (c. 20 c. 25 C. Theod. pagan. 16, 10. Riffel, Kirche und Staat von Gründung des Christenthums bis auf Justinian I 1836 S. 117). — Was hier als selbstständiges Cultusvermögen hingestellt ist, erscheint bei Mommsen, r. Staater. 2te Aufl. Bd. II, 1 S. 58 sq. S. 432 als „eigenliches Göttergut“ im Gegensatz zu dem für sacrale Zwecke bestimmten Staatsgut; das reinliche profane nennt er „werbendes Göttergut“. Mit Vorbehalt ist der Meinung Wierkes, daß dieses Göttergut mit Ausnahme der res extra comm. in Staats- und Gemeindevermögen übergegangen sei, hier oben S. 465 unten, S. 466 Rechnung getragen.

Anm. 1) ⁵⁾). Pia causa ist der Gottesdienst im weitesten Sinne, also nicht nur derjenige welcher in der Kirche als Opferdienst durch Psalmoden und Liturgien, und also vorgehend durch den Clerus ⁶⁾ — sondern auch derjenige, welcher außer der Kirche, durch corporative Verbindung zu gottseligem Leben (monasteria, oratoria etc.) ⁷⁾, durch Werke christlicher Barmherzigkeit ⁸⁾, sowie durch Herstellung und Ausstattung der für den Gottesdienst engeren und weiteren Sinnes dienstlichen Gebäude stattfindet ⁹⁾. Wie der Gottesdienst selbst wird auch das für ihn nothwendige sacerdotium oder der clerus zur pia causa ¹⁰⁾. Etwelche dieser piae causae (monasteria, oratoria etc. etc.) sind selbst Körporationen (pia corpora), so daß unter dem Vermögen

5) wo zu nachträglich noch die Vergleichung von l. 28 pr. mit l. 48 (49) pr. C. episc. 1,3, indem in l. 28 pr. personificirend der „redemtio captivorum“, in l. 48 pr. dagegen begrifflich für die redemtio c. hinterlassen wird.

6) l. 41 (42) §. 10. C. episc. 1, 3 — insb. im fin.: ut in illis a ministrantibus piis clericis Deus colatur. —

7) j. B. l. 45 (46) §. 9 C. episc. 1, 3 — relicta .. monasterio aut ascetriis aut diaconis .. aut (simpliciter) coetibus quibusdam piis aut omnino non prohibitis ex plebe collegiis —

8) neben den in der folgenden Anm. genannten verschiedenen Armenhäusern s. die Armenunterstützung überhaupt in l. 48 (49) §. 3 C. episc 1, 3 — wo indiscrete pauperes heredes scripti und wonach derlei Einsetzungen ähnlich wie die der captivi zu behandeln sind — dazu die pauperes ecclesiae l. 45 (46) §. 9 l. 48 (49) §§. 6. 7 1 24 eod. und l. 13 C. ss. eccl. 1, 2 — ferner den Loskauf der Gefangenen (l. 48 (49) pr. D. episc. 1, 3 l. 28 pr. eod. vgl. oben Anm. 5).

9) Die Herstellung der xenona s. xenodochia, nosocomia, orphanotrophia, gerontocoria, brephotrophia, ptochotrophia — et omni collegio quod actio pia constituit Nov. 7 c. 2 §. 1 — dieser „venerabiles domus“ fällt allerdings bereits unter die Werke der christl. Barmherzigkeit selbst, dagegen nicht ebenso die Erbauung von Kirchen und Klöstern schon unter den Gottesdienst in der Kirche oder unter das klösterliche Leben. Zur Erbauung der Kirche s. l. 41 (42) §. 10 C. episc. 1,3 — qui constituerunt vel fundarunt sanctissimas ecclesias pro sua salute et communis rei publicae. —

10) In l. 41 (42) §. 2 §. 6 C. episc. 1, 3 tritt das sacerdotium des episcopus etc. etc. in Gegensatz zu seiner Person; was an ihm vergabt wird ist an sein sacerdotium, und damit an seine ecclesia, an die ihm untergebene Anstalt, nicht an seine Person veruacht. In l. 45 (46) §. 9 eod. u. l. 13 C. ss. eccl 1, 2 erscheint der clerus als eine causa welche gleich Kirchen und Klöstern eigens dotirt werden kann. Dabei dürfte der Clerus aber so wenig als „die Armen“ oder „die Gefangenen“ als corpus gedacht sein, trotzdem anderwärts von einem consortium clericorum die Rede ist: l. 27 und Auth. zu l. 25 C. episc 1, 3.

der piae causae auch Körporationsvermögen begriffen ist (§. 434 Anm. 5). Pia corpora kommen aber auch in Verbindung mit solchen piae causae vor, die an sich keine corpora sind, in Verbindung nämlich mit allen Arten von Armenanstalten oder Armenwesen¹¹⁾; da könnte zweierlei Zweckvermögen neben und unabhängig von einander vorkommen: eines das Körporations-, und eines das Armen- sc., kurz Sonderzweck-Vermögen war¹²⁾.

Ein Wort, das unter den piae causae des justinianischen Rechtes die Führung übernimmt, ist das der ecclesia. Daß darunter in vorjustinianischer Zeit eine Kirchengemeinde verstanden, das Kirchenvermögen also Körporationsgut sein konnte, ist nicht ohne Anhalt auch in den Rechtsquellen¹³⁾; allein ebenso frühe und im justinianischen Rechte ausschließlich tritt uns eine Ausdrucks- und Auffassungsweise entgegen, nach

11) z. B. l. 22 pr. C. ss. eccl. 1, 2 l. 55 (57) C. episc. 1, 3 Nov. 7. c. 9 pr. c. 12 pr. — wo nicht nur monasteria u. dgl., sondern auch jene anderen venerabiles domus (orphanotrophia etc.) als consortia, corpora, congregaciones bezeichnet werden, doch wohl nicht, als ob die darin befindlichen Waifen, Krüppel, Kranke sc. sc. die Körporation wären, sondern nur insofern als solche Häuser an Körporationen zur Leitung und Verwaltung übergeben sind — dominum quae . . . piis consortiis deputatae sunt (l. 22 pr. cit.). Daß und wie Gierke die Vermögen der ecclesiae und piae causae durchweg als Körporationsvermögen betrachtet, ist schon oben §. 466 sq. vorgekommen, und von demselben a. a. D. §. 117-122 ausgeführt. Doch wird zuvor (§. 116) einer „anstaltlichen, im Leben und im Rechte“ durchgedrungenen Tendenz dieser Vermögen das Wort geredet.

12) wie wenn heute ein Krankenhaus einem Orden übergeben und ein von dem Ordensvermögen verschiedenes Krankenhausvermögen da wäre. Das aus fürstäbtlicher Zeit datirende Districtospital in Kempten würde sein eigenes, gesetztes Vermögen darum, daß das Spital einem Orden übergeben würde, nicht verlieren, noch dieser wegen Übernahme der Spitalsverwaltung sein Vermögen verlieren.

13) c. 4 C. Th. episc. 16, 2. Imp. Constant. a. 321. Habeat unusquisque licentiam, sanctissimo catholicae ecclesiae venerabilique concilio decedens bonorum quod optavit relinquere — dazu Lactantius, de morte persec. c. 48. — loca . . . ad jus corporis eorum (Christianorum) i. e. ecclesiarum, non singulorum pertinentia . . . iisdem Christianis i. e. corpori et conventiculis eorum reddi jubebis — und nicht bloß diese loca ad quae convenire consueverant, sondern auch alia quae habuisse noseuntur (non ad singulos pertinentia) u. a. m. bei Gierke, III. §. 113 Anm. 6 §. 115 Anm. 12. Vgl. dazu die res ecclesiae non quasi propriae sed ut communes in c. 26 C. XII. qu. 1 und Gratian, zu c. 27 eod.

welcher die ecclesia nicht mehr als Personen-, sondern als Zweckeinheit¹⁴⁾, und zwar als ein Inbegriff des Gottesdienstes erscheint. In diesem Sinne wird sie zum „Hause“ und zwar zum „Hause des Herrn“ (*κυριακόν*, Gotteshaus)¹⁵⁾, zum „heiligen Hause“¹⁶⁾, — eine res sacra, durch welche der Gottesdienst engeren und weiteren Sinnes localisiert wird¹⁷⁾, welche einerseits selbst für den Gottesdienst gehört¹⁸⁾, anderseits personificationsweise gleich den anderen venerabiles domus als Herrin all des Vermögens erscheint, welches für den in ihr localisierten Gottesdienst gehört¹⁹⁾. An die ecclesia

14) Gierke a. a. D. S. 116 nennt sie „Heilsanstalt“. Den Umschwung aus einem Gemeinwesen bestätigt auch Er (ibid.) Wenn derjelbe aber weiterhin (S. 117—119 Ann. 18. 19 vgl. S. 121 Ann. 28) zwischen populärer Auffassung u. Jurisprudenz unterscheidet und behauptet, daß letzterer die ecclesia stets Körparation geblieben sei, so ist doch zunächst fraglich, ob die „consortia“, „corpora“, „collegia“ auf welche sich G. stützt, in den von ihm allegirten justinianischen Constitutionen nicht blos auf die zunächst stehenden monasteria u. dgl. zu beziehen seien; dann aber wäre zu bemerken, daß diese justinianische Jurisprudenz die ecclesiae doch auch als venerabiles domus, sacra loca ansieht, also keinesfalls ausschließlich als corpora begreift. Vgl. hiezu Schulte, die jur. Persönlichkeit d. kath. Kirche xc. S. 56 sq.

15) z. B. conc. Nic. a. 314 c. 15 conc. Antioch. a. 341 c. 24 c. 25 conc. Gangr. c. 7 l. 27 C. episc. 1, 3 — dei templum.

16) Rubr. C. de sacrosanctis ecclesiis — 1, 2; 1. 22 pr. l. 26 l. 41 (42) §. 1 C. episc. 1, 3. Nov. 7 c. 2 §. 1. Nov. 120 c. 10.

17) indem sie nicht nur zu einer Stätte des liturgischen Gottesdienstes für die versammelte Gemeinde, sondern (als Gemeindefirche — durch ihre Territorialität) auch für die übrigen piae causae zu einem Beziehungspunkte wird, so daß mit der Gemeindefirche u. a. Gemeinde-Armen zusammenhängen, (j. die pauperes ecclesiae oben Ann. 8 und unten Ann. 27; l. 41 (42) §. 1 C. episc. 1, 3 Oblationen u. Verlassenschaften an Kirchen ut in ptochos et pauperes aliosque pios usus expendantur) — im Zweifel, wenn unbestimmt für „die Armen“ xc. festirt, vermachts, geschenkt ist, in Einem die Armen „der Kirche“ wie „der Stadt“ des Gebers gemeint sein sollen (vgl. l. 49 (48) §§ 3—7 C. episc. 1,3), und endlich den Geistlichen dieser Kirche Oberaufsicht und Verwaltung auch über das Armenvermögen zufteht.

18) s. d. aedes sacrae, welche (in §. 8. J. rer. div. 2, 1) doch wohl auch wie die Weihgeschenke ad ministerium Dei dedicatae sind. —

19) z. B. l. 41 (42) §. 12 C. episc. 1. 3. Vgl. aber auch schon das datum templo in l. 20 §. 1 D. ann. leg. 33, 1 und daß „quod ad eam aedem donum datum donatum dedicatumque erit“ in C. J. lat. I. 603. Ferner Rubr. C. de sacros. ecclesiae et de rebus et privilegiis earum 1, 2, 1. 14 §. 1 eod. l. 41 (42) §. 6 (§ 2) C. episc. 1, 3 — ea jubemus ad ss. ecclesiam pertinere, et ab ea vindicari

dieses Sinnes „vergaben“ und vermachen sie ihre Vermögen²⁰); eine ecclesia dieses Sinnes erscheint als eingesetzt, wenn man Christus, einen Erzengel oder Märtyrer zum Erben einsetzt²¹); ihr vindicirt man Vermögen und Vermögensfähigkeit, im Gegensage zu den Clerikern die sich zum Behufe der *vita communis* ihres Eigenen entledigen sollen²²).

Erste Stelle innerhalb des Cultusvermögens nimmt also bereits im justinianischen Rechte das Kirchenvermögen²³) ein. Eigene Vermögen für andere piae causae (Arme aller Art, Gefangene, Clerus) konnten in jeder Kirchengemeinde bestehen²⁴); ein eigenes Kirchenvermögen mußte in jeder Kirche bestehen, seitdem es einen Gottesdienst in der Kirche gab, das Kirchengebäude res sacra sein mußte, also nothwendig res nullius und für das ministerium Dei gehörig, mithin überall wenigstens das Kirchengebäude selbst Kirchenvermögen war. Aber schon jetzt besteht das Kirchenvermögen nicht blos in dem Kirchengebäude; so frühe wie dieses selbst scheinen bewegliche Sachen zum Gottesdienste nothwendig und für diesen dedicirt und consecrirt worden zu sein²⁵); so frühe wie gebaut, wurden die Kirchen auch dotirt, nicht nur mit jenen zum Gottesdienste in der Kirche nothwendigen beweglichen Sachen oder zu deren Beschaffung, sondern auch zum Unterhalte des

— 1. 42 (43) pr. eod. — ne res ecclesiae consumantur — Nov. 7 c. 2 §. 1 — ecclesiis dare etc. etc. — c. 20 C. XII qu. 1 l. 14 §. 2 C. ss. eccl. 1, 2 — ejus (eccl.) patrimonium.

20) l. 41 (42) §. 7 C. episc. 1, 3.

21) l. ult. pr. C. ss. eccl. 1, 2.

22) c. 13 C. XII. qu. 1. Expedit facultates ecclesiae possideri et proprias perfectionis amore contemni etc. etc. cf. c. 1—12 eod.

23) — Tunc primum ecclesiasticae pecuniae forma est instituta — c. 17 C. XII qu. 1 Augustinus tract. in Joann.

24) §. B. l. 41 (42) §. 12 C. episc. 1, 3 — Quaecunque . . ad supradictas venerabiles domus (xenona etc. etc. §. 11) pertinent . . ea earundem venerabilium domorum esse ac pie in eos qui ibi degunt vel curantur, erogari debere. Gierke a. a. D. S. 118 Ann. 19 bezweifelt, daß jetzt schon eigenes Vermögen des Clerus vorgekommen sei. Sein Zweifel erhält Nahrung durch die neue Leiseart (clericu statt clero) in l. 13 C. ss. eccl. 1, 2 (Krüger). Allein anderseits ist schwer einzusehen, warum der clericus in l. 46 (45) §. 9 C. episc. 1, 3 nicht ebenso wohl wie die daneben genannten Zwecke eigens dotirt werden könnte.

25) vgl. c. 2 u. 3 C. 12 qu. 2.

Clerus²⁶⁾ und etwaiger Unterstützung der Armen²⁷⁾. Bereits im justinianischen Rechte bedeutet ecclesia da wo sie als Herrin erscheint, den dreieinigen Zweck der Erhaltung und Ausstattung des Kirchengebäudes, des Unterhalts der Cleriker, der Unterstützung der Armen; die res ad ecclesiam pertinentes²⁸⁾ sind das für diesen dreieinigen Zweck einheitlich gehörige Vermögen. Solcher Vermögen gibt es so viele als es ecclesiae gibt²⁹⁾; von einem für die allgemeine christfatholische Kirche gehörigen Vermögen ist keine Spur vorhanden³⁰⁾. Daß das Vermögen der einzelnen Kirchen aber auch in der That Niemand, insonderheit nicht dem Bischof gehöre, erhellt nicht nur aus der hier üblichen Redeweise, nach welcher nur die Kirche als Person auftritt³¹⁾, sondern auch aus ausdrücklicher Vorschrift³²⁾.

In einem weiteren Sinn des Wortes ist nach justinianischem

26) I. 41 (42) §. 10 (27) cit. — qui constituerunt vel fundarunt ss. ecclesias pro sua salute et communis reipublicae, reliquerunt illis (eccl.) substantias, ut per eas debeat sacrae liturgiae fieri, et ut in illis a ministrantibus piis clericis Deus colatur. Auch Cleriker, welche ex sola ecclesiasticarum rerum consumtione sich als Cleriker erwiesen — selbst alten und transfen, dagegen Dritte an ihrer statt vespere ließen, gab es schon damals: I. 41 (42) §. 10 cit. cf. Can. Apost. 39 Conc. Antioch. a 341 c. 25 c. 16 §. 1 c. 17 C. XII qu. 1.

27) Vorzugsweise solche Arme, für welche keine eigenen Stiftungen bestunden, wohl aber etwas aus dem Kirchenvermögen abfiel, mögen pauperes ecclesiae (Ann. 17) genannt worden sein. Daß in den Etat der Kirchen außer der Erhaltung und Ausstattung der Kirchen, und dem Unterhalte des Clerus auch die nicht anderweitig versorgten Armen gehörten, s. Ann. 17.

28) schon in I. 41 (42) §. 10 cit. „res ecclesiasticae“ (*ιεκλησιαστικὰ πράγματα*).

29) nicht nur die clerici sind per singulas ecclesias constituti; auch die res ecclesiasticae sind für je einzelne Kirchen gegründet; die Fundatoren haben keine andere Kirche dotirt, als die von ihnen fundirte (I. 41 (42) §. 10 in f. cit.); die res ecclesiasticae sind in ditione singularum parochiarum episcoporum (c. 16 C. 12. qu. 1).

30) — so sehr z. B. in dem Falle der I. 25 (26) pr. C. ss. eccl. 1, 2 — Si quis dominum nostrum J. Christum heredem scripserit nulla aede sacra adjecta — davon Gebrauch zu machen Gelegenheit da war. —

31) u. a. dergestalt, daß wie bei der hereditas diese selbst so hier die res ecclesiasticae personificirt werden: I. 41 (42) §. 10 eod. — rebus ecclesiasticis restituere. —

32) namentlich daraus, daß selbst dasjenige was Bischöfen, Waisenvätern &c. zugewendet wird, nicht diesen, sondern den Kirchen u. betreffenden Anstalten gehören und auf diese verwendet werden soll: I. 41 (42) §§. 5—7 §§. 11—14 eod.

Rechte auch das eigene Vermögen des Clerus, der Armen, der Gefangenen, der pia corpora noch Kirchenvermögen. Dem Rechte nach sind sie selbständig; aber von der Kirche geht der Anstoß zu ihrer Gründung aus; Diener der Kirche sind die Vertreter jedweder pia causa im Erwerbe und in der Verwaltung von deren Vermögen, ihre Syndici und ihre Aufsichter (s. unten §§. 448—451).

Fortsetzung.

§. 439.

Gleich denen des justinianischen zeigen uns auch die Quellen des canonischen Rechts ein Kirchenvermögen engeren und weiteren Sinnes als ein getheiltes der einzelnen Kirchen, einzelner geistlicher Korporationen und frommer Stiftungen oder Anstalten.

Als ältestes dieser Einzelvermögen und zum Theil als eine Quelle der anderen erscheint auch hier das Vermögen der einzelnen Kirchen, und zwar der frühesten von ihnen, d. i. der bischöflichen Kirchen. Aus Oblationen und Zehnten erwachsend gehört es für die Gesamtheit der in je einer dieser Kirchen verfolgten Zwecke, und zwar wiederum für Erhaltung der Kirche und des Gottesdienstes in ihr, für den Unterhalt der Cleriker und Unterstützung der Ortsarmen. Das sumnum jus des Episcopus über dieses Vermögen ist kein Eigenthum, sondern ein Zweig seiner potestas jurisdictionis¹⁾. Finden sich hierin die Grundzüge des Justinianischen Kirchenvermögens e. S. wieder, so zeigt der weitere Verlauf die Tendenz der Auflösung der Einheit in eine Mehrheit von Vermögen.

Diese Theilung ist zunächst eine blos administrative, die durch Canonen bereits im 5ten Jahrhundert eingeführte Verteilung der Einkünfte unter den Bischof, den Clerus, die Armen, und die fabrica ecclesiae (Unterhaltung und Ausstattung der Kirche)²⁾. Die Theilung des Vermögens selbst

1) Vgl. im Allgemeinen Schulte, die jur. Persönlichkeit der kath. Kirche, ihrer Institute und Stiftungen, sowie deren Erwerbsfähigkeit, nach gem. bayr., österr., preuß., bad., württ., hess., sächs. R. 1869 — §. 3.

2) Thomassin: *vetus et nova ecclesiae disciplina circa beneficia et beneficiarios* Mogunt. 1787. 1788. P. III. lib. II. c 13 §. 1 §. 5.

erfolgt zum Theil in einer neuen, zum Theil in der alten, administrativ begonnenen Richtung. Neu ist die Ausscheidung und Abtretung von Mutterkirchenvermögen an die in derselben Diöcese entstandenen Tochterkirchen (Pfarreien); in der alteren Richtung schreitet die Theilung der Administration zu einer Theilung des Rechtes fort, indem das der Mutter- (bischoflichen) Kirche verbliebene Vermögen in eines zum Unterhalte des Bischofs (*mensa episcopalis*), und in eines zum Unterhalte des Clerus getheilt wird, während die Kirchenfabrik und die Armen keinen eigenen Theil zubekommen, sondern eine gemeinsame Last des unter den Bischof und den Clerus vertheilten Vermögens zu bilden pflegen. Insoferne der Clerus zu einer Congregation von Canonikern (Kapitel) wird und ein klösterliches Gemeinleben führt, ist das für ihn gehörige Vermögen Korporationsvermögen im Sinne des Zweckvermögens; mit dem Aufhören des Gemeinlebens zerfällt es in Präbenden, deren jede ein kirchliches Sonderzweckvermögen darstellt, welches dem Eigenthum nach für den Unterhalt dieser Canonikatsstelle, der Nutzung nach dem jeweiligen Pfründner gehört. Den Charakter einer solchen Präbende hat vornehmlich die *mensa episcopalis*³⁾.

Das an die Pfarreien abgetretene Vermögen (Pfarreikirchenvermögen) durch Überweisung des Zehnten aus allen im Pfarrsprengel belegenen Grundstücken gebildet⁴⁾ und durch Oblationen von beweglichem und unbeweglichem Gute gemehrt⁵⁾, unterliegt zunächst wieder der blos administrativen Wiertheilung, dergestalt daß je $\frac{1}{4}$ der Einkünfte auf den Bischof, den Pfarrer, die Armen und die Kirchenfabrik zur Verwendung kommt⁶⁾, dem Eigenthume nach aber wieder ein für die Gesamtheit der Pfarrkirchenzwecke gemeinsames und einheitliches Kirchenvermögen vorliegt. Eine Theilung auch dem Eigenthum nach, wie beim Vermögen der Mutterkirche, wurde hier wenigstens

3) Thomassin I. c. lib. II. c. 22 §. 6 §. 7 c. 23 §. 8 §. 11 §. 13, woselbst auch der selteneren Falle gedacht wird, in denen bei der Dotirung des Kapitels eigene Fonde für die Kirchenfabrik und die Armen ausgeschieden werden.

4) Thomassin ibid. c. 18 §. 1 §. 2 c. 24 §. 2 §. 7.

5) ibid. c. 23 §. 12.

6) ibid. c. 18 §§. 5–7.

nicht zur Regel⁷⁾). Dagegen entsteht auf einem anderen Wege als dem der Theilung neben dem gemeinsamen auch für den Pfarrer sorgenden Pfarrkirchenvermögen ein Sonderzweckvermögen für den Unterhalt des Pfarrers, welches denn auch den Anstoß zur Theilung des Kirchenvermögens geben kann. Beneficien, in Gestalt von Grundstücken vom Bischof an den Pfarrer zuerst auf Ruf und Widerruf verliehen (Pecarien) werden theils durch Disposition der Bischöfe, theils durch kirchliche Satzung nachträglich zu Pfründen, welche gleich den Präbenden der Canoniker ein dem Eigenthum oder Grundstück nach für den Unterhalt des Geistlichen gehöriges Sonderzweckvermögen, zugleich aber den Gegenstand eines dem jeweiligen Geistlichen zustehenden Missbrauchrechtes bilden⁸⁾). Ein solches Beneficium heißt *feudum parochiale*. Wird nun von dem allgemeinen Kirchenvermögen zu dem *feudum parochiale* noch ein Theil, etwa des Gehnten, hinzugeschlagen, aus dem übrigen aber gleichfalls ein *feudum ecclesiasticum* gebildet, welches *feudum ecclesiasticum* heißt, eigens für die Kirchenfabrik gehört, und ebenso wenig für die Armen als den Bischof etwas übrig lässt, so ist die Theilung auch des Pfarrkirchenvermögens fertig⁹⁾). Kirchenvermögen im engsten Sinn (*bona ecclesiae*) ist dann was für die Kirchenfabrik gehört. — Endlich aber geschieht es nicht selten, daß das Pfarrkirchenvermögen nebst den Pfarrpfründen seine Selbständigkeit verliert, indem die Pfarreien vom Bischof an Kapitel oder Klöster verliehen und so die Güter, Einkünfte und Pfründen der Pfarrei zu Bestand-

7) Über die Ausnahme in Mexiko, wo namentlich auch die Fabriken der Pfarrkirchen und die Hospize ihren eigenen Theil bekamen, s. Thomassin l. c. cap. 23 §. 14.

8) Schulte, Syst. d. Kirchenr. §. 101 §. 102. Eichhorn, Kirchenr. Bd. 2. S. 743 ff. Von derselben Natur sind die Altarbeneficien, wie z. B. das Eigenthum an Grundstücken und Renten „dem Altar der hl. Jungfrau in der Pfarrkirche zu Tübingen, der Ihsusfruktus daran aber dem Geistlichen als Offizianten des Altars, ihm und seinen Nachfolgern“ gehören soll (Dr. Rud. Roth, Beiträge zur Gesch. der Tübinger Univ. aus dem J. 1519, beigefügt dem philos. Doctorenverzeichniß pro 1866—1867 S. 41).

9) Thomassin c. 23. §. 12.

theilen von Corporationsvermögen werden, auf welchen die Dinge, welche vorher den dominirenden Zweck des Pfarrkirchenvermögens bildeten (der Unterhalt des Pfarrers oder Pfarrvikars, die Kirchenfabrik &c.) nunmehr als Last liegen¹⁰⁾.

Mit all dem — mensa episcopalis, Präbenden, Pfarr- und Altarbeneficien, bona ecclesiae im engsten Sinn, eigens dotirte Hospize — ist der Reichthum des canonischen Rechts an Sonderzweckvermögen nicht erschöpft, sondern nur in seinen vornehmsten Erscheinungen genannt¹¹⁾. Derselbe besteht in seiner Mannigfaltigkeit fort. Einen Theil ihrer Zwecke hat die Kirche aber mit der Welt theilen müssen. Das führt zum folgenden

§. 440.

Weltliches Sonderzweckvermögen.

Außerhalb dem Cultus lässt sich Sonderzweckvermögen im römischen Rechte mit Sicherheit nicht nachweisen¹⁾. Wollte für weltlich-gemeinnützige Zwecke (Unterhalt von Straßen, Bauten, Spiele, — Waisen) gestiftet werden, so pflegte das mittelbar, in Gestalt von Auflagen auf Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, namentlich auf Vermächtnisse an Städte, bewirkt zu werden (§. 436 Num. 3; unten §. 446). Im heutigen Rechte dagegen besteht ein solches selbständiges Vermögen

1. zum Theil für Zwecke, welche zuvor ausschließlich als kirchliche galten. Als weltlich kann ein für diese Zwecke gehöriges Vermögen a. schon dann bezeichnet werden, wenn es nicht mehr in der Verwaltung oder unter Aufsicht der Kirche steht²⁾.

10) Auf sein Viertel pflegt der Bischof zu verzichten; was der Pfarrer für sich und die Armen braucht, wird figirt (congrua — Thomassin ibid c. 18 §. 3. c. 21 c. 23 §. 4 c. 24 §. 3 §. 8 §. 11).

11) Man denke weiter nur an Frühmeß-, Predigt-, Schulbeneficien, Meßstipendienstiftungen.

1) Die Frage, ob in den Alimentenstiftungen der römischen Kaiser nicht doch schon unmittelbare Stiftungen vorliegen, s. unten §. 446.

2) wie wenn „seit dem 16. Jhd. nicht nur in protestantischen, sondern auch in katholischen Ländern eine durchgreifende Umgestaltung (des Armenwesens) dadurch herbeigeführt (wurde), daß die Armenpflege dem Geschäftsbereich der Kirche entzogen und dieser die Aufsicht auch über die bestehenden Stiftungen vielfach genommen wurde“ (Roth, P., über Stiftungen: Thering's Jahrb. I S. 195 unten; Brater, Armenpflege in Bluntschli's Staatswbd. 1te Aufl. S. 376 ff.).

Dieselbe Bezeichnung ist vollauf b. dann begründet, wenn als Beweggrund zur Dotirung jener Zwecke die gemeine Wohlfahrt an die Stelle der Religion getreten, die pia causa zum gemeinnützigen Zwecke geworden ist. Eine solche Wandlung ging weithin im Zwecke der Armenunterstützung vor sich. Der Gottesdienst im engeren Sinne mit Inbegriff des Priestertums ist ein unveräußerlich kirchlicher Zweck, und sein Vermögen nur insofern weltliches Vermögen, als es ganz oder zum Theil unter weltliche Aufsicht und Verwaltung gekommen ist; dagegen sind Armen-, Spital-, Waisen- und dgl. Stiftungen längst wenigstens neben den religiösen aus Gründen der gemeindlichen Wohlfahrt oder der Humanität entstanden und im Zusammenhange damit großtentheils der weltlich-gemeindlichen oder staatlichen Verwaltung und Aufsicht unterworfen worden (Anm. 2).

2. Außer den ursprünglich kirchlichen Zwecken sind die gemeinnützigen Zwecke überhaupt dotirbar geworden. Zunächst unter dem Schilde der pia causa. Gleichwie Justinian alles was fromm ist, gemeinnützig nennt³⁾, so nennt umgekehrt schon die Glossen einiges was gemeinnützig ist, fromm⁴⁾; die Postglossatoren greifen weiter⁵⁾: ihnen wird endlich alles, was gemeinnützig ist, fromm⁶⁾. Auf diese Weise wurden die gemeinnützigen Zwecke, worunter namentlich der Unterricht oder die Schulen der privilegia piarum causarum, darunter des Fundamentalprivilegs der Dotirbarkeit selbst auf dem Wege von

3) l. 42 §. 10 l. 44 pr. C. episc. 1, 3. Nov. 123 c. 5.

4) zu „deo“ in l. 1 §. 5 ad municipum legata vel etiam ea quae deo reliquuntur — „ad pias causas, ut pontes et itinera“ — gestützt nur auf l. 7 C. ss. eccl. 1, 2 wornach zu Weg- und Brückenbau, als einem non sordidum munus auch die Gotteshäuser herbeigezogen werden.

5) Durandus, specul. jur. lib. II. partie. II. §. 13 de edit. instrum. nro. 63: Item etiam, ut dicunt quidam, quae reliquuntur ad custodiam civitatis et locorum . . vel ad refectionem pontium et viarum et murorum et fossatorum civitatis et castrorum et similium; et hoc si necessitas immineat, aliter non.

6) Paulus de Castro, Cons. II. nro. 194: — omnis lex facta ob publicam utilitatem dicitur favorabilis et pia — Vgl. die zahlreichen Vertreter obiger Ausdehnung und den allgemeinen Satz selbst bei Tiraquellus, de privilegiis piae causae, in der praefatio.

Schenkungen, Erbeinsetzungen und Vermächtnissen theilhaftig⁷⁾). Gemeinnützige Zwecke, welche noch im justinianischen Rechte wie bemerkt (Alin. 1) nur aus fremdem Vermögen heraus gespeist werden konnten, wurden nunmehr gleich den piae causae zu Herren eigener Vermögen.

Wohlthätige und gemeinnützige Zwecke treten anstatt ständig auch blos vorübergehend, infolge von Bränden, Überschwemmungen, Arbeitskrisen, Epidemien &c. auf, und können denn auch anstatt durch Stiftungen durch Sammlungen und sofortige Verteilung unter die Betroffenen verfolgt werden. Auch das blos gesammelte Geld ist vom Augenblicke seiner Vereinnahmung an res nullius, aber für die Unterstützung der Abbrändler gehörig, und erst von der Vertheilung an wieder Personengut.

Zu dem weltlichen Sonderzweckvermögen gehört auch noch die bereits im Erbrecht, namentlich auch in Ansehung ihrer Zugehörigkeit erledigte hereditas jacens⁸⁾.

II. Entstehung des Zweckvermögens.

§. 441.

Vorbedingungen.

Da man noch vielfach die s. g. juristische Persönlichkeit d. i. Vermögensfähigkeit weder den universitates personarum noch den piae causae, gemeinnützigen oder Privatzwecken ohne weiteres beilegt, sondern von der Voraussetzung theils obligativer Verleihung¹⁾, theils eines Substrates²⁾ ab-

7) Daher die zahllosen Stipendien-, Schul- und Universitätsstiftungen.

8) §. 364, insb. Alin. 1 u. 2. Seit diesem § und ihm entgegen hält Hölder, Pand. I. S. 116 nicht blos an der juristischen Person der h. j. fest, sondern lässt sie überdies ein durch den Tod „untergegangenes“ Vermögen haben – so daß ihm, übereinstimmend mit seiner Auffassung alter imperfönslichen Vermögen (s. oben S. 459 unten und sg.) h. j. ein in Wirklichkeit nicht existierendes Vermögen ist. Und allerdings durch die j. P. wird es nicht existent, wenn es untergegangen ist. Und doch gibt sich diese juristische P. „lediglich durch die Existenz dieses ihres Vermögens fund.“

1) Vgl. darüber Windscheid P. § 60 Abj. 1 und die dazu in Ann. 2 angezogene Literatur.

2) So Heise, in seinem Grundriss §. 98; vgl. dazu Becker, Syst. d. h. Pand. I. S. 59 S. 201.

hängig macht, so fragt sich, ob und wie weit solche Vorbedingungen für die Gründung eines Zweckvermögens bestehen.

In Wirklichkeit sind aber diese beiden angeblichen Vorbedingungen der Zweckvermögens-Begründung Ausfluss erst der Theorie von den juristischen Personen oder der Fiktionstheorie. Bis dahin, und also bis in den Anfang dieses Jahrhunderts war, was zunächst die obrigkeitliche Verleihung oder Erlaubniß anlangt, Sein oder Nichtsein solcher Vermögen ausschließlich vom Rechte, mithin weder vom Ermessen noch von einer Concession der Obrigkeit abhängig. Die Vermögensfähigkeit gemeinnütziger in den piae causae noch nicht begriffener Zwecke ward durch die italienische Praxis (§. 440 Anm. 5), die der piae causae durch Constitutionen des christlich römischen Rechtes³⁾, die des populus Romanus, der municipes, der collegia, und gewisser Culte schon durch das alte und klassische Recht festgestellt; ob sie in gegebenem und streitigem Falle vorlag, war ebenso Sache richterlichen Ermessens, wie die Frage, ob ein zur Begründung solcher Vermögen erforderlicher Begründungsakt vorliege⁴⁾. Erst infolge der Vorstellung, daß zum Bestande eines unpersönlichen Vermögens eine Person als Vermögensinhaber zuvor geschaffen und weil eine wirkliche Person hiefür untauglich war, fingt werden müsse, kam man auf das Erforderniß bald der Concessionirung bald der Licenzirung. Denn darnach wurde bei jeder Fundation unserer Zweckvermögen eine Persönlichkeit in's Leben gerufen — ein Wesen geschaffen, zu dessen Creation die bloße Fiction, es sei nun die Phantasie des Stifters, oder die der Juristen, für sich allein doch nicht genügen, vielmehr die Obrigkeit beihelfen sollte. Indessen kam diese Theorie zu spät, um sich allerwege Geltung zu schaffen: ein und das andere Jahrtausend nachdem Staats- und Gemeindevermögen nicht sowohl erlaubt oder möglich, son-

3) z. B. I. 15 §. 2 C. ss. eccl. 1, 2 — actionem ex hac sacra constitutione competentem —

4) Hiermit scheint Bierling, Grundbegriffe II S. 111 übereinzustimmen. Eine lebendige Cajustik zu der Frage ob im gegebenen Falle gemeinnützige oder gemeinschädliche Zwecke verfolgt werden, s. bei Bekker, Thet. Jahrb. XII, S. 85.

dern nothwendig geworden war; Jahrhunderte lang nachdem man ohne vorgängige Anfrage oder nachträgliche Genehmigung, dem Beispiele der Testamente, Vermächtnisse und Schenkungen ad pias causas folgend, Hab und Gut an Kirchen und Klöster aufgelassen. So wird von dem Erforderniß der obrigkeitlichen Erlaubniß oder Concession in Ansehung des Staats-, Gemeinde- und Frommestiftungs-Vermögens auch Umgang genommen⁵⁾. Dagegen glaubte man quellenmäßig zu verfahren indem man, der früheren Praxis entgegen, die „juristische Persönlichkeit“ (Vermögensfähigkeit) der Körporationen sowie die von gemeinnützigen oder von Familien-Zwecken von jedesmaliger Concession (Verleihung der juristischen Persönlichkeit) abhängig mache; denn in Ansehung der Körporation kennen die Quellen ein Erforderniß der Concession; Stiftungen für gemeinnützige oder Familien-Zwecke aber kennen sie gar nicht; sie schienen nur um so mehr concessionirt werden zu müssen. Allein Concessio nen sind, was die Körporationen anlangt, in Rom zum rechtlichen Dasein einer Körporation (*corpus licitum*), niemals zu deren Vermögensfähigkeit nothwendig geworden; rechtliche Existenz der Körporation vorausgesetzt ist das Recht zur *area communis* natürliche Folge (*naturale*); dieses Recht kann ihr entzogen oder vorenthalten, durch keine Obrigkeit erst gegeben werden⁶⁾. Eigene Vermögen für gemeinnützige Zwecke kommen in unseren Quellen allerdings nicht vor; allein um sie vermögensfähig zu machen, haben die italienischen Praktiker nicht die Obrigkeit, sondern den Begriff der *pia causa* und deren Erstreckung auf gemeinnützige Zwecke zu Hilfe genommen. In ihrem Geleise bewegte sich auch die deutsche Praxis. Diese dehnte das Recht der *piae causae* auch auf die Familienstiftungen aus.

5) Windscheid §. 60 Abs. 2 und Anm. 2.

6) Bd. I §. 35 Anm. 2--4. 1. 3 §. 1 D. colleg. 47, 22. Vgl. Windscheid, P. §. 60 zu Anm. 3 und die ebenda. Anm. 2 Agff. Anders Gierke, der ebenso wie die Existenz auch die Vermögensfähigkeit der corpora von oben herleitet und dazu bemerkt, daß „viele im ius publicum als corpora constituirten Verbände (z. B. tribus, curiae etc.) es niemals zur vermögensrechtlichen Einheit gebracht haben“ (a. a. O. III. S. 88, 2 insb. auch Anm. 191).

Gleich dem der Licenz oder Concession ist auch das Erforderniß des Substrats eine Ausgeburt der Fictionstheorie. Die fingirte Person, welche Vermögen haben und empfangen soll, muß noch vor der Vermögenszuwendung da sein; zu ihrem Dasein aber glaubt man, trotzdem sie etwas blos fingirtes ist, einer realen Unterlage (Substrat), nämlich einer universitas personarum (Staat, Gemeinde, Körporation), oder einer universitas rerum (Vermögen bei den Einen, Anstalt bei den Andern) zu bedürfen⁷⁾. Damit verdirtbt man nichts, insofern Staats-, Gemeinde- Körporationsvermögen in Frage stehen; denn das Sein und Wohlsein des Staates, der Gemeinde, der Körporation bildet den Zweck, für den diese Vermögen bestehen und diese können, ohne daß jene universitates da sind, nicht gedacht werden; nur daß was Anderen „Substrat“ heißt, nach Obigem das Ding im Zwecke (*τέλος*) ist (Bd. 1 §. 61 Abs. 3). — Schlimmer steht es mit den frommen und gemeinnützigen Stiftungen; denn was diese erst schaffen sollen — Vermögen, Anstalten — soll nach der Fictionstheorie, als Substrat, noch vor der Stiftung da sein.

7) Das Erforderniß eines Substrates hält namentlich Gierke (a. a. O. III. S. 119 Anm. 24) für die christlich-römischen Stiftungen „ad pias causas“ fest, indem er die Möglichkeit direkter Erbeinsetzung oder sonstiger Bedenkung von „captivi“ oder der „pauperes“ bestreitet und namentlich die Erbeinsetzung derselben auf Grund von l. 24 I. 28 I. 49 (48) C episc. 1 3 Nov. 131 c. 11 als Einsetzung einer schon vorhandenen jur. Person (der Bischofskirche oder einer schon vorhandenen Armenanstalt) mit Verwendungsauflage (sub modo) betrachtet wissen will. Nun läßt sich zwar nicht verfennen, daß wenn ohne nähere Bestimmung die „Gefangenen“ oder „Armen“ eingesetzt sind, so wie G. sagt dort ohne weiteres (nicht gerade die Bischofskirche, wohl aber) der Bischof oder Dekonomus des Wohnortes, hier die, oder die ärmste Armenanstalt des Ortes, in Ermangelung einer solchen abermals der Bischof oder Dekonomus die Erbschaft nicht blos „übernehmen“ (suscipiat l. 49 (48) cit. §. 2) sondern erwerben und haben (hereditatem nancisci §. 3 — si enim heredum eis et jus et nomen dedimus §. 4 — hereditatem accipiat §. 6) und auf den gewollten Zweck verwenden soll. Allein anderseits ist 1) nicht minder offenbar, daß der Testator selbst die Gefangenen (d. i. den Loskauf von Gefangenen) und die Armen (d. i. deren Unterstützung) unmittelbar eingesetzt haben wollte; denn „ad declinandum legem Falcidiam“ müßte er sie, anstatt mit Vermächtnissen durch Erbeinsetzung honoriren (l. 49 (48) pr.): — 2) Nov. 131 c. 11 aber nimmt von dem vermittelnden Erbewerden des Bischofs ic bereits Umgang, will die Erbeinsetzung zunächst nach der Anordnung des Testators vollzogen wissen, und stellt eventuell auch den Bischof als bloßen Executor hin.



Die besten Absichten von Stiftern sind durch dieses *ποτερον πρότερον* vereitelt worden⁸⁾). Allerdings setzt der Zweck, welcher an sich ein blos gedachtes und gewolltes ist, etwas Reelles, wenn er realisiert werden soll, voraus; hier Geld und Gut auf Seite derjenigen, welche für den Zweck stifteten oder beitragen wollen; aber Geld und Gut nur in deren Person, als Personenvermögen, nicht auch schon außer ihrer Person; dazu daß solches außer ihnen und ohne sie bestehে (Zweckvermögen werde), soll es erst durch die Stiftung, durch Consecration und Dedication, Erbeinsetzung und Vermächtniß, Schenkung, Sammlung oder Beisteuer kommen⁹⁾.

Von dem Erfordernisse obrigkeitlicher Genehmigung oder Concession zur Entstehung von Zweckvermögen verschieden ist die gesetzliche Einschränkung der bis dahin vorhandenen Zweckvermögensfähigkeit, sowie die polizeiliche Überwachung der für was immer für Zwecke zu unternehmenden oder internommenen Sammlungen. Letztere bildet heutigen Tages eine Gerechtsame der Executive, äußert sich u. a. in der Vorschrift einzuholender Genehmigung, und ist vielmehr gegen die Anspruchnahme des Publikums und gegen den Missbrauch der Gaben als gegen den Zweck und seine Vermögensfähigkeit gerichtet. Gegen diese selbst richtet sich zuweilen die Singulargesetzgebung; ihre bedeutsamste Erscheinung sind die Amortisationsgesetze (§. 453, 2 a. E.).

Verschieden endlich von der Frage nach der Zweckvermögensfähigkeit ist die Frage nach der Art und Weise wie das Zweckvermögen begründet und umgesetzt werden kann. Diese Frage ist abermals eine von obrigkeitlichem Ermeessen unabhängige Rechtsfrage. Hieneben wird nicht zu verkennen sein,

8) oder wie der Städeler'sche Erbsfall zeigt, im Begriffe gewesen vereitelt zu werden. Still schweigend verwerfen Bolze (Begriff der j. P.) und die von ihm S. 195 citirten Autoren Roth, Schirmer, indem sie Stiftungen durch Erbeinsetzung ohne vorgängige Concession zulassen, auch das Erfordernis des Substrates.

9) Wie wären sonst die Schenkungen und lebenswilligen Honorirungen „der Armen“ oder „der Gefangenen,“ welche z. B. I. 19 I. 23 §. 1 §. 3 C. ss. eccl. 1, 2 I. 48 (49) C. episc. 1, 3 ohne die Voraussetzung irgend eines Substrates gelten läßt, möglich gewesen?

dass wenn man einmal zur Begründung von Zweckvermögen über die gemeine rechtliche Möglichkeit hinaus obrigkeitsliche Genehmigung fordert, diese Genehmigung sich — ausdrücklich oder stillschweigend — auf die ferneren Zuwendungen zu demselben Zwecke miterstrecken muss, in ähnlicher Weise wie die leges dedicationum sich auf künftige Widmungen an denselben Gott u. c. miterstreckten (§. 445, 1 a. E.).

§. 442.

Der Begründungsact¹⁾ und die Bestandtheile des Zweckvermögens.

Im Allgemeinen.

An einen solchen denkt man zunächst im Hinblick auf Stiftungen, und zwar in Fällen, in denen bisher der gewisse Zweck noch unbestimmt war und ein eigenes Vermögen für denselben erst durch die Stiftung begründet werden soll. Der Staat, die Gemeinden, zum Theil auch die Körporationen bringen eigenes Vermögen von altersher mit sich, oder wenn kein eigenes fixes, rentierliches oder nutzbares Vermögen, so doch altherkömmliche, in Machtgebot, oder Gesetz und Statuten beruhende ständige Einnahmen. — Geschäfte, welche zur Begründung eigenen Zweckvermögens führen, dienen selbstverständlich auch zur Vermehrung desselben. Im weiteren Sinne des Wortes kann fernerhin jede Zuwendung an einen gewissen Zweck, ob sie nun stiftungsweise demselben ein dauernd nutzbares Kapital, oder blos Mittel zum Verbrauche zuführen soll, wie Steuern, Umlagen, Beiträge, als Vermögensbegründung betrachtet werden. Manchmal müssen Zuwendungen der letzteren Art in der That erst wieder Vermögen schaffen, wo solches ausgegangen ist; wo sie vorhandenes mehren, sind sie fortlaufende Begründung. Endlich können dieselben Geschäfte, welche zur Verwaltung des Vermögens gehören (§. 449), wie z. B. Veräußerungen und Anlehen, auch zur Begründung und Erweiterung des Ver-

1) Vgl. die „pii actus“ (*πιάς πράξεις*) in l. 45 (46) §. 12 C. episc. 1, 3 und „quod actio pia constituit“ Nov. 7 c. 2 erga fin.

mögens führen²⁾. In folgendem kommen alle die Geschäfte, außer den Geschäften aber auch die sonstigen Ereignisse in Betracht, welche in engerem und weiterem Sinne zur Begründung des Zweckvermögens führen. Dabei wird es auch nicht vermieden werden können, Besitz und Eigenthum, Forderungen und Schulden, wie sie aus diesen Geschäften entspringen, und seitens der Zwecke zu denken seien, weiter als es Bd. 1 §. 62, 1 geschehen ist, zu verfolgen.

Alle hier in Betracht kommenden Geschäfte und Ereignisse sind zweifacher Art: entweder von derselben Gestalt und Benennung wie die des Personenvermögens; oder aber von besonderer Form oder Benennung.

I. Die Personification des Zweckes bringt es mit sich, daß dieselben Geschäfte, welche zur Begründung von Personenvermögen dienen, auch zur Begründung des Zweckvermögens verwendbar sind. Läßt man den Staat, die Stadt, die Körperschaft, die pia causa als Person erscheinen, so kann man denselben auch die Rechte von Personen (Eigenthum und jura in re, Forderungen und Schulden) beilegen, ihnen folgerecht auch wie Personen Geld und Gut zuwenden, ihnen geben und versprechen, sie zu Erben einzusetzen und mit Vermächtnissen bedenken u. s. f. Aus dieser Folge metaphorischer Sprech- und Anschauungsweise hat die Jurisprudenz von jeher Nutzen gezogen: mittelst der Metapher überhob sie sich der Nothwendigkeit, dem Begriff entsprechende Rechte und Rechtsgeschäfte aufzustellen: nur in der Dekonomie der Jurisprudenz, nicht im Begriffe hat die Beibehaltung der Metapher ihren Grund und ihre Berechtigung. Darnach versteht sich von selbst, daß diese Geschäfte zumeist das nicht sind, was sie vorstellen; daß z. B. die Erbeinsetzung einer Stadt, einer Körperschaft,

2) Würden z. B. die praediorum obligationes der römisch-kaiserlichen Alimentenstiftungen ebenso unmittelbar für den Zweck der Alimentation contrahirt worden sein, als sie nachmals für piae causae contrahirt werden konnten, so würde Zweckvermögen durch Darlehen contrahirt, Vermögen zuvörderst in Forderungsgestalt begründet worden sein. S. hierüber meine Abhandlung über die Alimentenstiftungen der röm. Kaiser in den Berichten der Münchener Akademie der W. 1887.

einer *pia causa* so wenig eine wirkliche Erbeinsetzung ist, als diese Dinge wirkliche Personen sind, und daß so gewiß als hinter diesen persönlich gesetzten Dingen ein gewisser Zweck als wirklicher Gehörpunkt steht, auch die denselben accommodirten persönlichen Geschäfte eine dem Zweckbegriff entsprechende Bedeutung in sich tragen. Wird eine Stadt zum Erben eingesetzt, so ist das die äußere und zwar bildliche Erscheinung der Thatache, daß leßtwillig ein Vermögen ganz oder zu aliquotem Theil für den Bestand und die Wohlfahrt einer Stadt ausgegeben ist. Ein ähnlicher Unterschied zwischen dem was sie sind und dem was sie scheinen, wird sich bei den meisten unten darzustellenden Geschäften ergeben. — Noch ist im voraus zu bemerken, daß die Utilisirung des dem Personenvermögen entnommenen Geschäftsapparates für das Zweckvermögen nicht auf einmal, auf manchen Punkten nicht ohne Schwierigkeit, auf anderen gar nicht vor sich gegangen ist.

II Publikationen und Confiscationen wird man richtiger unter den Universalsuccessionen, mithin im Zusammenhang mit der Erbeinsetzung noch unter den dem Zweckvermögen mit dem Personenvermögen gemeinsamen Geschäften und vermögenwirksenden Thatsachen vortragen³⁾. Consecrationen und Dedicationen, Gelübde und Pollicitationen und vielleicht noch einiges andere darf man als dem Zweckvermögen eigene Geschäfte und Ereignisse bezeichnen. Aber trotzdem sie eigens für das Zweckvermögen aufgekommen sind, haben sie sich nicht nach dem Zweckbegriff geformt, vielmehr aus personificirender Vorstellung des Populus, Fiskus, Gottes Namen und Gestalt bekommen.

§. 443.

Fortsetzung.

I. Gemeine Geschäfte.

An Geschäften, welche das Zweckvermögen mit dem Personenvermögen gemein hat, und welche ebenso zur Begründung

3) In der 1ten Auflage stehen sie §. 236 S. 1096—1098 unter den dem Zweckvermögen eigenen Erwerbsarten.

wie Erhaltung und Vermehrung, Verminderung und Belastung desselben führen, begegnen uns

A. unter Lebenden

1. die dinglichen Geschäfte und Geschäftsformen der *datio*¹⁾ und *traditio*. Zufolge personifizirender Auffassung und Darstellung des Zweckes treten diese zumeist auch *dativisch* auf: es wird „dem“ Staate, „der“ Gemeinde, „der“ Korporation, „dem“ Armenhause, „den“ Armen gegeben, während in der That für den Bestand oder die Erhaltung dieser Dinge gegeben wird, nicht selten auch diese Realität zum Ausdrucke gelangt²⁾. Zufolge der besonderen Titel, aus denen Gaben an diese Zwecke erfolgen (die Geschäftsformen der *datio*, *traditio* zu Geschäften werden) können, haben etwelche von ihnen auch besondere Namen bekommen. So unsere „Steuern“, „Abgaben“ und „Umlagen“, *tributa* der Römer. Wie diese an oder für den Staat und die Gemeinden, also für einen publicistischen Zweck erfolgen, so liegt auch die *causa* dieser Gaben außerhalb des Privatrechts, es sei nun im Imperium der Magistratur oder in dem *munus publicum* der Bürger (Bürgerpflicht); allein sie selbst sind auch in diesem Falle geradejo wie wenn sie behufs Schenkung oder aus Privatschuldtiteln oder kreditweise erfolgen, nichts anders als Eigentums- und Besitzübertragung, nach ihrem Grunde publicistisch, nach ihrem Erfolge privatrechtlich. Folgeredt müssen wir sie auch in ihrem Hergange oder Verlauf in der aus dem Personenvermögen bekannten Weise denken³⁾. Auch dem Titel nach finden *datio*

1) §. B. annorum legatorum datione . . obnoxios I. 45 (46) C. episc. 1. 3.

2) Vgl. Bd. I §. 61, u. dazu I. 38 pr. §. 1 C. episc. 1, 3.

3) Sagt Pernice (*Parerga* II S. 135), daß es „überall wo der Staat aus verschiedensten Gründen Vermögensgesamtheiten oder Einzelrechte erwirbt, keines den Anfall vermittelnden Aktes, wie der Tradition oder der Erbantretung“ bedürfe (vgl. Mommsen, *Stadtr.* v. Salp. u. Mal. S. 469, S. 475 Anm. 49 — im Grundtone harmonirend Gierke, *Genossenschafts.r.* III S. 35 unten S. 56 ff.), so denkt er doch wohl nur an solche Fälle des Erwerbes, in denen dieser in einen *ipso jure* eintretenden Anfall und einen *facto hominis* plazgredenden Erwerb, wie bei der *voluntaria hereditas*, auseinanders fallen kann. Das ist beispielsweise bei der Steuer nicht der Fall; diese erwirbt der Staat nicht ohne Zahlung, und

und traditio an den Staat und die Gemeinden ebensowohl aus privativen als aus öffentlichen Gründen, ex donandi, solvendi, credendi causa statt⁴⁾). Die Vorstellung, als ob ein Vermögen darum weil es dem Staat gehört selbst etwas staatliches, publicistisches und dem Privatvermögen entgegengesetzt sei (S. 463) und darum die Staatsvermögensgeschäfte von wesentlich anderer Art sein müßten als die gemeinen Vermögensgeschäfte⁵⁾), scheint so unhaltbar wie die Vorstellung, daß das Eigenthum und Vermögen jemals nicht privativ sein könnten⁶⁾.

Stillschweigend ist in dem bisherigen behauptet, daß zur datio traditio an den Staat und andere Unpersönlichkeiten Besitzesübertragung gehöre. Dies führt zu der Frage, wie denn Besitz, vor allem der Erwerb des Besitzes, der animo und corpore geschieht, für den Zweck, dem animus und corpus fehlt, möglich sei. Da läßt sich nun leicht sagen, daß ein Anderer für den Zweck handle, Leib und Seele für diesen in

Zahlung ist nicht ohne Tradition. Ob der Staat aber auch nur überall da, wo für Private Anfall und Erwerb auseinandergehen, mit dem bloßen Anfall erwerbe, ist erst zu untersuchen. — Nur in der „Befreiung von jeglicher Form, die sonst für Privatgeschäfte vorgeschrieben ist“ erblickt Mommenen (Stadtrechte von Salp. u. Malaca S. 467) ein „charakteristisches Moment“ der „Publicität“, also der mit dem Staat eingegangenen Geschäfte (Verpfändungen an den Staat, Kauf und Pachtung vom Staat). Ist aber z. B. die praedium praediorumque obligatio mit ihren Subsignationen und Buchungen nicht vielleicht blos eine andere Form? Allerdings derjenigen Form, welche in Publicität, z. B. in der testium rogatio besteht, kann der Staat entbehren, insofern er durch einen magistratus handelt, der selbst Repräsentant des populus ist, so daß allerdings keine Mancipation durch den Staat vorkommt; allein mit der Publicität scheint noch nicht alle Formalität erschöpft, und selbst einer Publicität über die Person seines Magistrates hinaus kann der Staat zu seiner Action bedürfen, wie z. B. zur Arrogation die Publicität der Magistratur nicht genügte, sondern die des populus hinzukommen mußte.

4) arg. I. 22 §. 2 D. j. f. 49, 14 l. 1 l. 2 l. 3 C. ne fiscus vel resp. procurationem 2, 17 (18). Von dem was Einer aus Privatstelen schuldet, heißt es „privatus fisco debet“ l. 11 (9) §. 6 D. ad leg. Jul. pec. 48, 13.

5) Gierke, a. a. D. S. 56 Anm. 73 u. die dort Agff.

6) s. oben S. 468, dazu Göppert, Zeitschr. f. RG. IV. S. 250 sqq., zum Theil auch Bruns, Symb. Bethmanni Hollwegio oblatae, Berol. 1868 p. 26 sqq. Der Umstand, daß das Staatsvermögen pecunia publica heißt, ändert hieran nichts; denn er erklärt sich genügend aus dem Gehörpunkt — (populus); daß auch das Gehören selbst publicistisch sei, braucht er nicht zu bedeuten.

Bewegung sehe, wie ja auch der Vormünder für solche Mündel-Besitz erwirbt, die des animus possidendi und allenfalls auch der zum Besitzerwerb nothwendigen körperlichen Eigenschaften entrathen (Bd. 1 §. 140 Anm. 3 u. 4; § 55 zu Anm. 18, 19). Allein vermittelst solcher fremder Handlung wird der Mündel selbst Besitzer, indessen der Vormünder nur in den Besitz gelangt; wird nun auch mit einem Zwecke der Besitz derart verbunden, daß man, personificirend, sagen kann: Der Zweck sei Besitzer, er selbst sei durch die That eines Dritten Besitzer geworden? Die Möglichkeit eines solchen Vorganges wird sich nicht läugnen lassen. War es möglich, das neugeborene Kind und den Blödsinnigen zum Besitzer zu machen, trotzdem es ihnen am Willen, zum Theil auch an der leiblichen Fähigkeit zu besitzen fehlt, so kann man den Besitz auch mit einem so willens- und körperlosen Ding wie es der Zweck ist, in Verbindung bringen. Freilich beides, sowohl daß jedwedes Kind und der Blödsinnige, wie daß eine Stadt ic., überhaupt ein Zweck Besitzer werde, wäre unbegreiflich, wenn der Besitz das Ding wäre, als welches er definirt zu werden pflegt, — eine factische Herrschaft über die Sache nämlich. Factische Herrschaft über eine Sache kann nur eine Person, überdies nur eine willens- und handlungsfähige Person haben; also könnte, wenn der Besitz factische Herrschaft wäre, nicht einmal jede Person, geschweige denn ein unpersönliches Ding, Besitz haben. Ganz anders wenn der Besitz blos die factische Verbindung einer Sache mit etwas ist; und wenn factische Herrschaft nur die mögliche Folge der factischen Verbindung, also nicht der Besitz selbst ist (Bd. 1 §. 135): dann kann es Besitz nicht nur in jedweder Person, sondern auch für Zwecke geben. Denn diese factische Verbindung ist nichts anderes als eine Bereitschaft der Sache, eine Bereitschaft zu gewissem Dienste nämlich; das Ding aber welchem oder wofür eine Sache bereit sein und dienen soll, kann ebensogut ein gewisser Zweck als eine gewisse Person, und so gut ein Säugling und ein Wahnsinniger, als eine handlungsfähige Person sein. Diese Bereitschaft ist etwas Passives, eine Passivität auf Seite der Sache

und Voraussetzung der factischen Herrschaft über die Sache. Die factische Herrschaft dagegen ist etwas Actives; eine Activität oder stete Activirbarkeit auf Seite der Person oder des Zweckes, zu deren Dienst die Sache bereit ist; eine Aktivität nach innen und im Frieden, als wirkliche Anspruchsnahme des Dienstes durch Benützung, Verwendung der Sache, — oder nach außen und im Streite, als Aufrechterhaltung der Bereitschaft durch Selbsthilfe oder interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Diese Herrschaft kann nur durch Personen gehandhabt werden, ist möglicherweise in der Hand des Besitzers selbst, wenn der Besitz eine Verbindung der Sache mit einer handlungsfähigen Person ist, kann dagegen nur in der Hand einer dritten, stellvertretenden Person sein, wenn der Besitz eine Verbindung der Sache mit einer handlungsunfähigen Person oder einem Zwecke ist. Was beim Rechte dessen Ausübung, das ist beim Besitz die Herrschaft; wie vom Rechte dessen Ausübung, so ist vom Besitz die Herrschaft verschieden. Wie die Ausübung des Rechtes nicht ohne das Recht, so ist die Herrschaft des Besitzes nicht ohne den Besitz; aber wie die Ausübung dort nicht schon durch das Recht, sondern erst durch die Zuthat einer persönlichen Eigenschaft ermöglicht wird, so ist auch die Herrschaft des Besitzes nicht schon durch den Besitz, sondern erst durch eine der Person als solcher innenwohnende Mächtigkeit gegeben.

Läßt sich also das Wesen des Besitzes wie mit der handlungsunfähigen Person, so auch mit dem Zwecke vereinigen⁷⁾, so fragt sich endlich, ob und inwieweit er für letzteren in unserem Rechte auch wirklich vorkomme. Da heißt es nun zwar nach einem Spruche von Scaevola, daß hereditas posses-

7) Auch Gierke III S. 99 vergleicht mit dem tutor infantis und dem curator furiosi: allein während er den Vertreter seiner Verbandseinheit in Sachen des Vermögens durchweg und gleichmäßig „einen hinter ihr verborgenen Individualwillen vertreten“ läßt, handelt nach meiner Auffassung sowohl jener tutor und curator, als der Vertreter hier zwar überall in fremdem Namen, aber nirgends aus einem anderen als seinem eigenen Willen. Dem Sahe universi consentire non possunt möchte ich vielmehr entnehmen, daß das municipium etc. keinen Individualwillen hat, der actor also nur aus eigenem Willen handeln kann.

sionem non habet (§. 364 Anm. 21); für den Zweck der Erbfolge bestehen, als ein custodiendum (nicht impendendum) nur Rechte und Schulden des Erblässers, nicht dessen Besitz fort. Allein nichtsdestoweniger gibt es eine successio in usucapionem, die noch hereditate jacente vollendet werden kann (Bd. 1 §. 162 S. 634, 1), einen Besitzerwerb durch den servus hereditarius⁸⁾, darnach wahrscheinlich nicht erst in unserer Praxis einen solchen durch den curator hereditatis (§. 364 Anm. 22), so daß entweder jener Spruch nur die Unvererblichkeit des Besitzes ausdrücken will, oder aber Theorie und Praxis auseinandergegangen sind. — Uneinig sind die römischen Juristen auch über den Besitz in Ansehung der Municipien, collegia und übrigen corpora, also der politischen Gemeinden und Korporationen, indem zunächst den Municipien Einige die Möglichkeit zu besitzen schlechthin absprachen⁹⁾. Andere sie nur peculiariter, mittelst Slaven, (nicht per se) besitzen ließen¹⁰⁾, wieder Andere sie auch ohne Vermittlung des Peculiums (per se) besitzen und ebensowohl per liberam personam als mittelst Slaven Besitz erwerben ließen. Diese letztere Ansicht wird von dem „praktischen“¹¹⁾ Ulpian vertreten, zugleich als geltende bezeugt¹²⁾, und auch für die collegia und übrigen corpora in Anspruch genommen¹³⁾. Dagegen scheint sich wiederum für Aerar und Fiscus oder den Staat ein possidere nicht aussändig machen zu lassen¹⁴⁾; von possessiones Caesaris ist allerdings des öfteren die Rede, allein nur in dem Sinne, in welchem wir von „Grundbesitzern“ zu reden pflegen¹⁵⁾. Allerdings unsere Praktiker lassen den Fiskus sowohl

8) §. 364 Anm. 22, besonders l. 9 §. ult. l. 10 D. Publ. 6, 2.

9) „Die tifteligen gelangen zu dem Ergebniß, daß die Municipien keinen Besitz haben könnten“ — Becker, Synt. d. heutigen Pand. r. I. S. 200.

10) l. 1 §. ult. D. a. v. a. p. 41, 2.

11) Becker, a. a. O.

12) l. 2 eod. cf. l. 9 §. ult. l. 10 D. Publ. 6, 2 l. 8 D. quod cujusc. 3, 4.

13) l. 7 §. 3 D. ad exhib. 10, 4.

14) Während der Fiskus in allen anderen Richtungen persönlich als Kläger, Beifragter, Eigentümer, Gläubiger, Schuldner &c. erscheint (s. meine Abh. in den Sitzungsberichten der f. b. Akad. d. W. hist. Cl. 1886. 4. S. 476), vermag ich ihn als „Besitzer“ nicht nachzuweisen.

15) z. B. l. 2 C. bon. vac. 10, 10 a. 313. l. 5 C. bon. vac.

in possessorio als in petitorio streiten¹⁶⁾. Auch was die piae causa e (ecclesiae, venerabiles domus, pia corpora, pauperes, redemtio captivorum) betrifft, vermögen wir mit Sicherheit aus dem römischen Rechte nur die das Eigenthum in sich fassenden possessiones nachzuweisen¹⁷⁾; wohl dagegen kommt juristischer Besitz „der Kirchen“ in den Quellen des kanonischen Rechts als Grundlage 30 oder 40jähriger Ersitzung zum Vor- schein¹⁸⁾.

10, 10 a. 435. l. 1 C. fund. rei priv. 11, 65. l. 3 l. 7 ibid. l. 3 C. quadrienn. praescr. 7, 37 l. 1 l. 5 C. privil. dom. Aug. 11, 74 (75).

16) I. 3. B. Leyser, meditt. ad Pand. sp. 458. 499, 9. 657 — wiewohl auch hier nicht ausdrücklich vom Besitz, sondern nur von gewissen Fällen des Sieges des Christus gegen derzeitige Besitzer die Rede ist.

17) I. 14 pr. C. ss. eccl. 1, 2 — si . . . in earum possessionum alienationem consentiant — §. 5 eod. — possessionum . . . ususfructus possessio — possessionem ecclesiasticam tamquam nullo jure transcriptam in jure ipsius atque dominio permanere et . . . vindicari — dazu die Authent. aus Nov. 7 c. 12 — ne qua sterilis ei detur possessio — und die possessio minus idonea in I. 17 §. 1 eod.; ferner I. 11 C. episc. 1, 3 (wo die possessiones als außer dem Gemeindeverband stehend erscheinen, gleichwie sie in I. 14 §. 5 C. ss. eccl. 1, 2 cf. c. 13 in f. C. XII qu. 1 den praedia tan rustica quam urbana entgegengesetzt und in I. 20 eod. (C. 1, 3) auf mit Colonen besetzte Ländereien — mit censibus adscripti und einem dominus possessionis d. i. Grundherren — vgl. die domini possessionum 3. B. I. 36 (37) C. episc. 1, 3 — angewendet sind). Um ehesten möchte man in I. 54 (53) C. episc. 1, 3 — ecclesia vero omnem proprietatem et plenam possessionem earundem rerum nostro habeat beneficio . . . an Besitz im Gegensaß zum Eigenthum denken; allein bei diesem Gegensaß hätte das Prädikat plena possessio keinen Sinn. Minus plene ist der b. f. possessor Dominus (Bd. I §. 143 Anm. 10); die plena possessio wird also wohl dem kurz vorher genannten plenum dominium gleich und zum Unterschiede von der proprietas vielleicht auf Grundbesitzungen, und zwar auf die vorher genannten possessiones zu beziehen sein. Von ususfructus possessio an einem praedium ecclesiasticum ist in I. 14 §. 9 C. ss. eccl. 1, 2, aber nur zu Gunsten eines Dritten die Rede.

18) c. 8 C. XVI qu. 3 de praescriptionibus — ut res et privilegia, quae ecclesiis ex longa consuetudine pertinent . . . in scriptis donata et ab eis per annos XXX possessa sunt, nequaquam a potestate praesulum persona secularis per potestatem subtrahat aut per argumenta quaelibet auferat — Gelasius P. (imo ex synod. VIII. oecumenica a. 869. 870); cf. c. 1 c. 2 §. 1 c. 3 c. 4 eod., c. 3 X praescr. 2. 26. Die Ersitzung fremder Diözesen betreffend wird bereits c. 4 cit. zwischen Bischöfen in derselben Provinz (Metropolitie) oder verschiedener Provinzen unterschieden, zwischen letzteren Ersitzung ausgeschlossen (c. 4), und auch unter ersten nur insoweit zugelassen, als das fremde Bisthum keine entschiedene Grenze hatte c. 6 c. 7 eod. Entgegen den Kirchen sollen

Sollte sich aber die gemeine possessio für den Fiskus und die römische ecclesia nicht doch noch nachweisen lassen, so dürfte daraus nicht auf juristische Unmöglichkeit, sondern nur auf praktische (etwa im Prozesse beruhende — vgl. unten zu Ann. 73 — 76) Entbehrlichkeit derselben geschlossen werden.

Datio, traditio wollen aber nicht nur durch Besitz vermittelt werden, sondern auch Eigenthum¹⁹⁾ zur Folge haben. Wie ist Eigenthum bei einem Zwecke denkbar? Allem Anschein nach in ähnlicher Weise wie der Besitz: dadurch, daß es nicht rechtliche Herrschaft, sondern nur eine rechtliche Verbindung der Sache mit etwas ist²⁰⁾. Die Verbindung, welche beim Besitz Bereitschaft der Sache im Dienste der Person oder des Zweckes ist, besteht hier in einer zwar unsichtbaren nur im Rechte vorhandenen, allein durch das Recht wirk samen und so innigen Vereinigung der Sache mit der Person oder einem Zwecke, daß die Sache nunmehr Eigenschaft oder Eigen der Person oder des Zweckes wird. Da bei dieser Vereinigung die Sache Accession, die Person oder der Zweck Principale ist, wird die Sache durch Aneignung zur Zubehör oder Pertinenz der Person oder des Zweckes; „pertinere“ ist denn u. a. auch ein Ausdruck des Eigenthums²¹⁾, und kommt ebenso wohl für die eigenthumswise Verbindung der Sache mit gewissen Zwecken (res pertinet ad aliquid)²²⁾, wie als solche mit Per-

Klöster erst in 40 Jahren ersehen können: c. 1 c. 2 C XII qu. 4; Rechten von einer Kirche gegen die andere in 40 Jahren ersehen werden: c. 6 cf. c. 18 X. praefer. 2, 26; besgleichen Grenzen (?) c. 9 eod.; Immunität von bishöflicher Jurisdiction (Erfügung bishöflichen Rechtes) zu Gunsten von Abteien: c. 15 cf. c. 16 eod.

19) 3. B. das dominium (*δεσποτεῖα*) ecclesiarum l. 38 (39) §. 2 D. episc. 1, 3 oder die res earum §. 5 eod. Mancipation von praedia an eine Stadt mittelst des actor publicus, Plin. ep. 7. 18 (Bruns, font. ed. 5 p. 289).

20) S. im Allgemeinen Bd 1 §. 130 und §. 62, 1.

21) 1. 181 D. v. s. 50, 16. Verbum istud pertinere . . . et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sunt — 1. 1 §. 11. aed. ed. 21, 1 — omnes ad quos ea res pertinet — cf. 1 19 §. 5 eod.; 1. 7 cf. 1. 9 §. 7 D. jurej. 12, 2; Gaj. II. 195 etc.

22) s. die bona, possessiones, res ad curias, ss. ecclesiastas, fiscum pertinentes in Bd. 1 §. 61 Ann. 1; die mancipia quae ad rem publicam pertinent: l. 5 C. lib. 6, 1.

sonen (*res pertinet ad aliquem*) vor²³⁾. Wiederum Folge dieser rechtlichen Verbindung (dieses *eius esse*, dieser *proprietas*), nicht sie selbst, ist die rechtliche Herrschaft über die Sache, welche in den Befugnissen und Machtvollkommenheiten des *uti frui*, *abuti licere ea re*, in der *alienandi*, *obligandi*, *diminuendi*, *augendi*, *concedendi*, *vindicandi* und *prohibendi* potestas besteht, wenn möglich und soweit kein Ausschluß durch Berechtigung Dritter platzgreift, dem Eigentümer zusteht, als ein Activum aber nicht nur jenes Passivum der rechtlichen Verbundenheit der Sache, sondern auch Handlungsfähigkeit voraussetzt, darum da, wo die Sache einer handlungsunfähigen Person oder für einen Zweck gehört, nur in der Person eines Vertreters (Prodominium, Provaialle) denkbar ist²⁴⁾. —

Die *jura in re* anlangend machen die *Praedialservituten* keine Schwierigkeit, indem sie sich ihrer Zugehörigkeit nach als *accessoriische Bestandtheile* des herrschenden und dienenden Eigentums darstellen²⁵⁾ (Bd. I §. 187), also in und mit diesem dem Zwecke verbunden sind²⁶⁾, während die durch sie gewährten herrschaftlichen Befugnisse und Machtvollkommenheiten wieder nur prodominatsweise in der Person von Vertretern denkbar sind. — *Personalervituten*, insonderheit der *U su s fructus* können der *hereditas jacens* nicht²⁷⁾, wohl dagegen den *Municipes*²⁸⁾ vermacht werden. Das Bedenken, welches diesbezüglich einmal stattgefunden, ging nur aus der Zeitlichkeit der Personalervitut, nicht aus der Personalervitut an sich hervor²⁹⁾. Warum aber ward sie den municipes zu-

23) s. oben Ann. 21.

24) Bd. 1 §. 62 zu Ann. 3 und diese selbst.

25) vgl. Savigny, Synt. Bd. 2 S. 290.

26) als ss. pp. rusticorum denn auch durch *Mancipation per servum* erworben werden konnten: l. 12 D. serv. 8, 1; dazu Savigny a. a. D. Note s.

27) l. 61 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 cf. l. 2 D. quando dies 36, 2 l. 26 D. stip. serv. 45, 3 — nämlich nicht der *hereditas jacens*, wohl dem servus hereditarius im Hinblick auf den fünfzigen Erben — §. 364 Ann. 20.

28) §. 364 Ann. 19.

29) l. 56 D. usufr. 7, 1 Gaj.; l. 8 D. usufr. leg. 33, 2; cf. l. 21 D. q. m. u. a. 7, 4 l. 66 §. 7 D. leg. II.

gänglich, der hereditas nicht? Nach dem Grunde zu schließen, weshalb sie von der hereditas nicht erworben werden konnte — ususfructus qui sine persona constitui non potest³⁰⁾ — darum weil in den municipes Personen da waren, in der hereditas nicht³¹⁾. So wenig als ursprünglich hereditis institutio wollte man die Personalservituten ohne Person denken; die Auskunft der Personalification traf man darum hier nicht. Eine andere Frage ist, ob man sie ohne Person überhaupt nicht denken konnte, und sie in der Folge nicht doch auch für Zwecke z. B. piae causae zuließ?³²⁾. Wären sie, was das Wort „jura in re“ sagt, zum Unterschied vom Eigenthum, dessen Wesen nicht in den Besitznissen liegt (Bd. I §. 130 S. 470), wesentlich nur dieß, (Bd. I §. 185 S. 757) so könnten sie ohne Person nicht gedacht werden³³⁾. — *Superficies*

30) I. 61 §. 1 D. a. r. d. 41, 1.

31) Hiermit ist nur der Anhalt für die Möglichkeit eines ususfructus municipum, nicht auch schon dessen weitere Behandlung gegeben. Daß die honorirten municipes den ususfructus nun auch wie Collegatare als einen ususfructus communis haben und ausüben sollten, ist nicht gesagt; vielmehr liegt nahe, daß sie ihn als „Gemeindeglieder in ihrer politischen Organisation“ (vgl. Pernice, Vabeo I. S. 277, 2) haben, mithin auch nur wie Gemeindevermögen, das keinem von ihnen gehört, behandeln sollten. Wie solches ging denn auch ihr ususfructus durch den Untergang der civitas unter (I. 21 D. q. m. u. a. 7, 4) und muß der Nonius (I. 66 §. 7 D. leg. II) einer durch die städtische Vertretung sein.

32) Savigny, welcher a. a. D. S. 289 an der Persönlichkeit des ususfructus keinen Anstoß nimmt, und „weil in ihm der Eigenthumserwerb an den Früchten das Vorherrschende ist“ denjenigen auf juristische Personen überhaupt „völlig anwendbar“, dagegen den usus aus demselben Grunde unanwendbar findet (S. 290), bejaht unsere Frage ohne Unterschied der Zeiten und Fälle, nimmt aber den usus aus. In der That läßt sich dieser mit seiner Beschränkung auf unmittelbare Nutzung der honorirten Person auch auf municipes nicht anwenden. Aber wenn beim ususfructus nur der Eigenthumserwerb an den Früchten für seine Anwendbarkeit entschied: warum ward er der hereditas verjagt?

33) Unsere Gerichtspraxis spricht so allgemein von „Servituten der juristischen Personen“, daß sie namentlich auch an einem Missbrauch derselben keinen Anstoß zu nehmen scheint (Seuff. Arch. Bd. 16 Nr. 176, 1). So auch Windscheid §. 215 Anm 8 und die dasselbst agff. weiteren Erkenntnisse aus Seuff. Arch. Indessen handelt es sich in allen diesen Fällen nur um Rechte von Gemeinden und Körperschaften (Weg-, Hut-, Weide-, Holzrechte), welche bald als Prädialservituten mit der Gemeindemarkung als praedium dominans (!), bald angeblich deutschrechtlich als Prädialservituten ohne praedium dominans, bald als Personalservituten aufgefaßt, dann aber von dem Endtermin von 100 Jahren entbunden werden. Ein Usus-

und *Emphyteuse* können bei ihrem eigenthumsartigen Charakter (Bd. 1 §. 203 S. 820 zu Anm. 26—32) so gut wie Eigenthum im Zweckvermögen sein. — Die Möglichkeit des Pfandsrechts richtet sich nach der der Obligation. — Was nun endlich die Begründung anlangt, so können Prädialservituten nach justinianischem Rechte für Grundstücke, die sich in Zweckvermögen befinden, in denselben Weisen erworben werden wie für die der Personen³⁴⁾; bezüglich des *Ius usfructus* ist vornherein keine andere denkbar, wenn er nur Bestandtheil von Personenvermögen sein kann. *Emphyteuse* und *Superficies* würden, wenn wir sie für Gemeinde und Stiftungen nachweisen könnten, wohl auch hier die Begründungs- und Erwerbsweise von §. 205 (Bd. 1) ergeben.

2. Obligationen erscheinen im Zweckvermögen aktiv und passiv gewöhnlich mittelst Personification des Zweckes: activ, indem Personen und Sachen „dem populus Romanus“³⁵⁾, den Municipien, Colonien, dem Fiskus, der Bürgerschaft (*civitas*), einer hereditas, ja pecunia obligirt sind, der Fiskus, die Städte, und nach deren Vorbild auch die Corporationen „creditiren“, „Gläubiger“ sind und „ihre Schuldner und ihr Pfandrecht“ haben³⁶⁾, nicht minder „den“ *piis causis* Personen und Sachen obligirt werden³⁷⁾; — passiv, indem der *Fis-*

fructus für „juristische Personen“ überhaupt läßt sich hieraus nicht ableiten. Gerade die dem Missbrauch verwandten Rechte haben ihre besondere Vergangenheit und sind oft (Hut-, Weide-, Holzrechte) Überreste ehemaligen Gesamteigenthums (§. oben S. 486 N. 7, besonders den Fall in Seuff. Arch. Bd. 15 Nr. 205), und können schon darum nicht für beliebige Zwecke in Anspruch genommen werden. Die angeblichen Wegerechte sind ein zwischen Privat- und öffentlichen Wegen inmitteliegendes, darum problematisches Recht.

34) vgl. Savigny a. a. O. und dessen rechtsgeschichtliche Bemerkungen zu I. 56 D. usufr. 7, 1 l. 12 D. serv. 8, 1 in not r und s.

35) tab. Malacit. c. 64 — ut ii eave populo R. obligati obligatae essent — Gaj. II, 61 — si rem obligatam sibi populus vendiderit — I. 3 C. comp. 4, 31.

36) I. 3 §. 8 l. 45 §. 10 (debitores fiscales) I. 47 pr. D. j. f. 49, 14; I. 1 l. 2 pr. — §. ult. C. de deb. civ. 11, 33 (32); I. 15 D. ad SC. Mac. 14, 6; I. 1 §. 1 D. quod enjusc. univ. 3, 4; I. 2 C. jure rei publ. 11, 30 (29) — non separatur a ceteris creditoribus — I. 46 §. 3 D. j. f. 49, 14 — Fiscus semper jus pignoris habet — „einer hereditas“ §. oben §. 364 Anm. 18, — „einer pecunia“ §. B. frumentaria I. 2 §. 3 D. adm. rer. ad civ. 50, 8.

37) I. 20 §. 1 in f. C. episc. 1, 3.

fus, die Städte, Corporationen, Kirchen sc. sc. schulden oder Schuldner werden³⁸⁾.

Die dieser Erscheinung zu Grunde liegende Realität besteht darin, daß, wie der Besitz und das Eigenthum, auch die Obligation eine (abermals zu gewisser Herrschaft des Einen über das Andere führende) Verbindung ist; daß bei den Obligationen, in denen der *populus Romanus*, der *Fiscus*, die Stadt, die Corporation, die *pia causa* als Gläubiger erscheint, eine Person oder Sache anstatt wie sonst mit einer Person, mit einem Zwecke verbunden ist³⁹⁾; daß von dieser Verbindung oder Obligation auch hier die Herrschaft, nämlich die aus der Verbindung folgende in der *actio* oder dem *jus exactionis* liegende rechtliche Herrschaft über die obligirte Person oder Sache unterschieden werden muß, so daß die Gläubigerherrschaft, insoweit sie mit der Verbindung oder Obligation zusammenfällt, eine des Zweckes selbst ist oder sein kann, während sie als Herrschaft wiederum nur einer handlungsfähigen Person zustehen, also nicht des Zweckes, sondern nur einer (für den Zweck mit *actio* ausgestatteten) Person sein kann, die Aktionen von Prätoren und Kaisern denn auch nicht der Stadt sc. sc. oder der *pia causa*, sondern Namens der Stadt sc. sc. ihrer legitimen Repräsentanz gegeben werden⁴⁰⁾; daß ferner bei den Obligationen, in welchen dieselben Objekte (*populus R.*, *fiscus*, *commune municipum* etc.) als obligirt oder Schuldner erscheinen, in Wirklichkeit der Zweck, an welchen geborgt, für den *negotium gerirt*, der (als Erbe) *onerirt* sc. worden, obligirt

38) I. 46 §. 5 D. j. f. 49, 14; I. 3 C. comp. 4, 31; I. 27 D. r. er. 12, 1; I. 5 §. 2 (I. 3 §. 2) D. adm. rer. 50, 8 — *creditores reipublicae* — I. 7 § 1 D. quod *cujusc.* 3, 4 — *nec quod debet universitas, singuli debent* — Nov. 120 c. 6 §. 2 — *si quaedam (venerabiles domus) debitibus obnoxiae sint* — §. 3 eod.

39) — eine Realität, welche beispielweise in dem anderen Ausdrucke der *tabula Malac.* I. cit. — *in commune municipum . . . obligati obligatae* — ferner in den „*pollicitationes*“ in *civitatem factae* (I. 8 D. pollic. 50, 12) sowie in dem „*pertinere ad eum (fiscum) nomen*“ (I. 6 pr. D. j. f. 49, 14) hervortritt.

40) I. 3 I. 7 pr. I. 10 in f. D. quod *cujusc.* 3, 4; unten Ann. 68.

ist⁴¹), obligirt freilich niemals in der Art und bis zu dem Grad, in welchem einst die Person obligirt, condemnirt, addicirt, distrahirt wurde, wohl aber so, daß wie nachmals von der Person des Schuldners, so von dem Zwecke das mit diesem verbundene Vermögen mittelst pignoris capio, missio in possessionem und bona, Einweisung in Forderungen, pignoris distractio und bonorum venditio getrennt und zur Satisfaction des Gläubigers verwendet wird⁴²). Vorinherein das Vermögen, und nur dieses obligirt sein oder haften zu lassen (Kümmelin), wäre hier so fälsch, wie bei der Obligation von Personen (vgl. meinen Aufsatz im Arch. f. civ. Pr. Bd. 70 N. F. Bd. 20 S. 372 fg.); eine Obligation des Vermögens könnte nur rei obligatio sein, und die Obligation der res civitatis wird von der obligatio civitatis klar unterschieden⁴³).

Was insonderheit die Begründung dieser Obligationen anlangt, so ist die durch Kontrakte activ wie passiv wieder nicht ohne Personen denkbar, welche für den Zweck handeln⁴⁴). Fraglich konnte nur sein, ob der Vertreter (wenn er nicht etwa ein in das Vermögen des Zweckes, für welchen kontrahirt werden sollte, gehöriger Sklave war⁴⁵), sonstigem Grundsätze gemäß auch hier in den Kontract selbst eintreten, in eigener Person Gläubiger und Schuldner werden müßte, wenn er für den Zweck, activ oder passiv kontrahiren wollte? Zum mindesten aber war dies, was die Activ obligationen anlangt, nicht durchweg der Fall. Die praedium praediorumque obligatio so wie die ihrer cognitores erfolgt unmittelbar an den Staat (populus R.) oder an die Stadt, durch vorschriftsmäßige An-

41) s. namentlich I. 27 D. r. cr. 12, 1 — Civitas mutui datione obligari potest —

42) Vgl. I. 1 §. 2. D. quod ejusdem. univ. 3, 4 — quod eorum commune erit possideri et . . . venire se jussurum proconsul ait — I. 8 eod. — si nec quidquam est corporale reipublicae quod possideatur, per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet.

43) I. 11 pr. D. pign. 20, 1.

44) Vgl. hierorts nur I. 1 §. 1. D. quod ejusdem. univ. 3, 4 den actor sive syndicus per quem tamquam in re publica quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat — weiteres unten §§. 447—449.

45) s. B. I. 11 §. 1 D. usur. 22, 1 — si servus publicus obligationem usurarum rei publicae aquisivit — cf. I. 12 D. serv. 8, 1.

nahme; davon daß diejenigen, durch welche diese Annahme erfolgte, daneben oder davor Gläubiger geworden wären, ist keine Rede⁴⁶⁾. Was insonderheit das Aerar, und dann den Fiskus anlangt, so scheinen auch noch andere Obligationen an dieselben durch einen Eintrag in die öffentlichen Bücher perficirt und dadurch das Gemeinwesen ohne Umweg zum Gläubiger geworden zu sein⁴⁷⁾. Aus Stipulationen seiner Vertreter aber, und aus Zahlungsversprechen an diese dürften auch Aerar und Fiskus nur mittelbar, neben den Vertretern, berechtigt worden sein⁴⁸⁾. Für die Gemeinden steht dies fest⁴⁹⁾. Praedium praediorumque obligatio ward diesen so unmittelbar wie dem populus Romanus und nach dessen Vorbild erworben (Ann. 46). Ob etwelche Obligationen nicht auch ihnen durch bücherlichen Eintrag erworben wurden, läßt sich fragen. Unmittelbare Obligierung an Staat und Städte aus Darlehen war, vorausgesetzt nur daß der Geber in Vollmacht und ausdrücklich für das Gemeinwesen kontrahirte, schon nach gemeinem Rechte möglich⁵⁰⁾. Außer dem Darlehen ist es auch noch die pollicitatio, durch welche Städten eine Forderung unmittelbar erworben werden kann⁵¹⁾. — Die Corporationen dürfen, wie in ihrem Vermögen überhaupt, so auch im Erwerb von Forderungen nach Art der Städte behandelt werden

46) tab. Malae. l. cit.

47) Hierher daß fisci rationibus obligari in l. 1 C. j. f. 10, 1 (vgl. mit dem fisci rationibus praedia vindicari in l. 4 pr. eod.). — die tabulae pecuniae factae in der lex Julia municipalis (Brunns, fontes ed. V. p. 103 — die professio ad aerarium in l. 11 (9) §. 6 D. ad. l. Jul. pecul. 48, 13.

48) Savigny, Oblig. II S. 294 läßt aus allen Verträgen freier Stellvertreter und für alle jurist. Personen nur utiles actiones entstehen.

49) l. 5 §. 7 cf. §. 9 D. pec. const. 13, 5; hierauf weist auch l. 11 pr. D. usur. 22, 1 (rei publicae praestari oportere, d. ist von ihrem Gerenten Gaius Sejus) im Gegensatz zu l. 11 §. 1 eod. (— servus publicus obligationem usurarum reipublicae adquisit —) hin. Beziiglich der Stipulatio s. l. 10 in f. D. quod cuiuscunq; univ. 3, 4, wo dem Stipulator (actori) die direkte, dem administrator rerum civitatis utilis actio zusicht. Vgl. Gierke III S. 163 Ann. 124.

50) Bd. 2 §. 296 zu Ann. 10 u. 11 und die Ann. 11 selbst. So geht, wenn namens einer Stadt einem filiusf. ein Gelddarlehen gereicht wird, exceptio Sci. gegen die Stadt: l. 15 D. ad SC. Mac. 14, 6.

51) l. 1 sqq. D. pollic. 50, 12.

sein⁵²⁾). Aber p. p. obligatio findet sich bei ihnen nicht. — Nicht anders als für Korporationen ist auch die Begründung von Obligationen für piae causae zu denken⁵³⁾; ohne Vertretung erwerben auch sie aus Pollicitationen⁵⁴⁾ und Gelübden (§. 445, 2). — Daß für hereditas jacens nicht blos durch servi hereditarii und negotiorum gestores, sondern auch durch Curatoren kontrahirt werden könne, ist bereits aus §. 364 Anm. 23 vgl. Num. 18 glaubhaft geworden; freilich ist (vom servus hereditarius abgesehen) auch hier nur an mittelbaren Erwerb, und an Geltendmachung der utilis actio, oder an eine Klage gegen den Curator nur durch den Erben und nach dem Austritt der Erbschaft zu denken⁵⁵⁾. Im heutigen Recht ist unmittelbare Stellvertretung auch im Erwerb von Forderungen zur Regel, damit überall unmittelbarer Erwerb derselben durch die legitimen Vertreter der Gemeinwesen sc. und deren Mandatares für diese möglich geworden.

Aus Passivkontrakten konnten Gemeinwesen und piae causae zwar auch direct, so daß der Contrahent außer Obligo blieb, obligirt werden; dabei wurden jedoch die Grenzen, innerhalb deren eine passivkontraktliche directe Vertretung von Personen möglich war, kaum überschritten⁵⁶⁾. Auch hier findet sich eine directe Vertretung nur bei Darlehen⁵⁷⁾; nur daß dort

52) Dafür daß das exemplum reipublicae in I. 1 §. 1 D. quod cuiusc. univ. 3, 4 von den Gemeinden ausgeht, s. die publica causa nach der civitas in I. 20 §. 8 §. 9 D. h. p. 5, 3 – dann die Citienses neben der res publica in I. 1 §. 5 §. 1 §. 4 D. pollic. 50, 12, sowie die civitates in I. 3 §. 1 I. 8 I. 14 eod.

53) Was dort der actor oder syndicus (I. 1 §. 1 cit.), ist hier der oeconomus oder episcopus, der mit mittelbarer oder unmittelbarer Wirkung für die Kirche, das Kloster, der xenodochium etc., welcher für die Armenanstalt sc. kontrahirt (vgl. im allgemeinen den ex negotiis gestis vel aliis ecclesiasticis actionibus obligatus in I. 20 C. episc. 1, 3 und die contractus, welche den Bischöfen in Sachen ihrer Kirchen abschließen gestattet ist in I. 24 §. 1 C. ss. eccl. 1, 2).

54) I. 15 C. ss. eccl. 1, 2 cf. I. 22 eod. Geht die Pollicitatio auf Erbauung einer Kirche, eines Xenodochiums sc. so kann aus ihr, ohne Unterschied, ob der Bau schon begonnen ist oder nicht, geklagt werden cf. I. 1 §. 1 – §. 6 D. pollic. 50, 12.

55) vgl. §. 364 Anm. 14.

56) vgl. Gierke a. a. D. S. 163 fg.

57) I. 27 D. r. er. 12, 1 Civitas mutui datione obligari potest –

der Vertretene mitwollen muß, hinwider im freiesten Sinne des Wortes bekommen kann⁵⁸⁾), während hier von einem Willen des künftigen Schuldners keine Rede sein kann und ohne materielle Förderung des Zweckes dessen Obligirung nicht zugelassen ist⁵⁹⁾). Weiterhin sollen Gemeinden auch aus der für sie eingegangenen Schuldenkonstituirung und zwar nach Analogie der öffentlich für sie geschlossenen Käufe, Verpachtungen, Vermietthungen, Verdingungen belangt werden können; allein all das erst, nachdem der Administrator sein Amt niedergelegt hat⁶⁰⁾). Nahe dagegen liegt es, daß solche Vertreter, noch während ihres Amtes belangt, nur condemnirt, *actio judicati* dagegen gegen die Commune selbst gegeben wurde, oder doch gegeben werden konnte⁶¹⁾; außerdem war der Vertreter für seinen Entschädigungsanspruch auf den Weg der Verrechnung, eventuell der Regressklage angewiesen⁶²⁾). Denn quasi contractlicher Obligirung aus freiwilliger oder amtlicher Gestion, aus *condominium*, *coheredium*, *confinium* setzt die Handlungsunfähigkeit des zu obligirenden Objektes kein Hinderniß ent-

Die res ist auch hier das Vorwiegende und Durchschlagende (vgl. B. 2 §. 296 S. 475 unten u. sq.). Neben der *civitas* kann auch *res ejus obligari*: l. 11 pr. D. pign. 20, 1.

58) Bd. 2 a. a. D. S. 476 zu Anm. 9, und vgl. ebendas. Anm. 11.

59) Die Person wird ex mutuo obligirt, wenn sie schenkungsweise an einen Dritten contrahiren und an diesen auszuzahlen läßt; dagegen *civitas* mutuidatione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli qui contraxerunt non *civitas* tenentur. Auth. zu l. 14 C. ss. eccl. 1, 2 aus Nov. 120 c. 6 §. 3 in fin.

60) l. 5 (3) §. 2 D. adm. rer. ad civ. pert. 50, 8. Darnach ist das constitutum des Administrators als ein constituere se solutum zu denken, und das constituere alium (*civitatem*) solutum hier so richtig wie sonst (l. 5 §. 4 §. 2 pec. const. 13, 5); bloße Nuntiatur (l. 14 §. 2 l. 15 eod.) ist hier, wo es an dem Empfänger fehlt, unmöglich.

61) vgl. l. 2 pr. D. adm. tut. 26, 7; l. 5 §. 1 D. quando ex facto tut. 26, 9 und arg. l. 6 §. 3 D. quod eujusc. univ. 3, 4; l. 78 §. 2 D. leg. II. Gierke S. 168 oben.

62) Sicher vielleicht das *onus*, welches aus der aeris alieni contrahendi necessitas den ss. ecclesiis erwächst (l. 42 (43) pr. C. episc. 1, 3, -- wogegen die Bemerkung, daß Geldstrafen gegen die Bischöfe doch nur das Kirchenvermögen schädigen würden (§. 2 eod.), auf die Zeit zurückgeht, da aus den *res ecclesiasticae* noch keine *mensa* ausgeschieden ist) (vgl. l. 41 §. 5 §. 6 cf. §. 11 §. 13 eod.).

gegen⁶³⁾). Im heutigen Rechte ist mittelst Stellvertretung direkte Obligierung von Zwecken wie von Personen aus allen Arten von Kontracten möglich geworden; die Weiterungen der Praxis über die Haftungen des Staates aus Verschuldungen seiner Beamten s. unten §. 452 a. E.

Delicta gibt es an unpersönlichen Dingen⁶⁴⁾, nicht durch diese, darum wohl Delictsobligation zu Gunsten, nicht aber solche zu Lasten derselben. Letzteres konnte nur bezüglich der universitates personarum fraglich werden; ist aber, insoweit darunter keine bloße Personenmehrheit, sondern ein (über die Personen hinausgehendes) Gemeinwesen zu verstehen ist, auch für diese zu behaupten⁶⁵⁾.

63) I. 16 §. 3 D. h. p. 5, 3; I. 21 §. 1 D. neg. 3, 5 — qui negotia hereditaria gerit, sibi hereditatem, seque ei obligat; I. 20 §. 1 C. episc. 1, 3 — ecclesiis ex negotiis gestis . . . obligatus; I. 11 (9) D. adm. rer. 50, 8 — periculum curatoris (civitatis) — I. 9 D. quod eujusc. univ. 3, 4. — si tibi cum municipibus hereditas communis erit, fam. herc. judicium inter vos redditur. Idemque dicendum est et in fin. regundorum et aquae pluv. arcendaе judicio.

64) an der hereditas jacens crimen expilatae hereditatis, Eigenmacht und Gewalt mit nachfolgendem interdictum quod vi aut clam, damnum injuria datum, arbores furtim caesae, nicht auch furtum: §. 364 Anm. 10—16; — Injurien an Kirchen und ihrem Cultus, welche nach I. 10 pr. — §. 2 C. eccl. 1, 3 jedoch als publicum crimen zu verfolgen sind; — das crimen peculatus an der pecunia sacra religiosa publicave I. 1 D. ad leg. Jul. pec. 48, 13; — crimen sacrilegii an den publica sacra, und das Mittelding zwischen sacrilegium und furtum an den privata sacra I. 11 (9) §. 3 eod. und die residuae pecuniae actio an publica pecunia I. 5 (4) pr. — §. 3 I. 11 (9) §. 6 eod.

65) I. 15 §. 1 D. dol. mal. 4, 3 — quid enim municipes dolo malo facere possunt? cf. I. 17 §. 1 §. 2 D. damni inf. 39 2; I. 4 D. de vi 43, 16. — Wegen I. 9 §. 1 D. quod met. 4, 2 — sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic edicto locus erit — §. 3 eod. — cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, . . . posse eum i. i. restitutionem postulare . . . sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem — s. nun auch Schliemann, die L. vom Zwang S. 34—37; Gierke a. a. D. S. 171 Anm. 151; Befker, Thér. Jahrb. XII S. 120; Controverse, Literatur u. Praxis bei Vangerow, §. 55 Anm.; Savigny, Syst. II. §. 94; Gierke a. a. D. S. 168 fgg.; derselbe, die Genossenschaftstheorie u. die d. Rechtsprechung, 1887 S. 788 fgg.; Windscheid, P. 6. Aufl. §. 59 Anm. 7, 9, 10. — So nothwendig übrigens da, wo von einem Delicta des populus (Stadtgemeinde, der curia, des collegium, corpus im Gegensatz zur singularis persona die Rede ist, zwar nur Personen, aber diese in Gesamtheiten gemeint

Was endlich die Geltendmachung der für die Zwecke begründeten Obligationen anlangt, so ist dieselbe durchweg eine Besuigniß und Macht von Personen: des Erben, der in und mit der Universalsuccession auch die für die hereditas jacens begründete actio erwirbt⁶⁶), — der actores und syndici, welche für Gemeinde und Corpp. durch Verfassung oder Statut (lege) oder durch Majoritätsbeschluß ad agendum berufen sind⁶⁷), — der Kirchen- und Stiftungsvorsteher, und zwar der episcopi, oeconomi, der orphanotrophi etc., überhaupt der antistites venerabilium domorum, welche durch kaiserliche Konstitutionen für die piae causae Klagedreht haben⁶⁸),

ein können (s. die Fälle bei Volze, Begriff d. j. P. S. 136), so wird doch anzunehmen sein, daß weder das Dasein des Delictes von der Beteiligung aller Einzelnen abhängig gemacht, noch dessen Verfolgung als eine Kummulation von Einzelfällen gegen alle Einzelnen gedacht, sondern eine Repräsentanz der Gesamtheit durch die Beschluße und Verfügungen ihrer Organe nicht nur in rechtmäßigen, sondern auch in rechtswidrigen und strafbaren Acten angenommen wurde, so daß die Klage aus diesen dieselbe war, wie wenn gegen die Gemeinde als unpersönliches Wesen geflagt würde, mithin unter der Maßgabe von D. quod ejusunque univ. nomine vel contra eam agatur 3, 4 stund. So sind denn auch die Strafen in Auth. Frid. zu I. 2 und I. 13 C. episc. 1, 3 ohne Untersuchung gegen die Einzelnen wider die Gesamtheit (communitas) verhängt, und keineswegs als bloße Administrativverfügungen (Wangerow) zu verstehen. — Die I. 9 §. 1 eit. mahnt Jonach an die von Löning (die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach d. Privat- u. Staatsrecht 1879 sub. III) hervorgehobene mittelalterliche Auffassung und Behandlung der Frage, sowie an die von Demjelin S. 35 citirte Meinung des Oldradus de Ponte, daß von einem Verbrechen der Korporation dann die Rede sein könne, wenn sie in einer ordnungsmäßig berufenen Versammlung das Delikt beschlossen habe.

66) I. 1 §. 6 D. inv. 47, 10 — actio hereditati et sic heredi per hereditatem acquiritur. — Wahrscheinlich war aber eine Klage auch noch hereditate jacente durch den etwaigen curator hereditatis möglich.

67) I. 8 D. pollic. 50, 12 — actores constituti. qui legitime prout civitate agere possunt — I. 3 D. quod ejusc. 3, 4 — cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit cum duae partes adessent vel amplius quam duae — I. 4 I. 2 eod. — Vgl. Cic. ad Fam. Ep. 11 — ad ea videnda pecuniasque quae a colonis debentur exigendas . . legatos misimus.

68) I. 15 §. 2 C. ss. eccl. 1, 2 — Data licentia religiosissimis locorum episcopis vel devotissimis oeconomis actionem ex hac sacra constitutione competentem adversus eos exercere de iis quae pie polliciti sunt si quidem, quod et dici pudet, judicaria necessitate opus fuerit — cf. I. 14 §. 4 §. 10, I. 21 pr. I. 25 pr. eod. I. 20, I. 28 §. 1 C. episc. 1, 3; — I. 31 pr. I. 45 (46) §. 11 eod. und der Probst §. 13 (§. 9) eod. — der secundum canones nostrasque leges exactioni praepositus est. cf. I. 48 (49) §. 4 eod.

aber auch der durch pia corpora ordinirten syndici⁶⁹⁾ oder desjenigen der vom Stifter zur Execution der Stiftung oder Widmung berufen ist⁷⁰⁾. — Derselben Vertretung begegnen wir bei den Passivobligationen unserer Zwecke⁷¹⁾; hier aber auch der durch unbestallte Defensoren⁷²⁾. — Zur Geltendmachung bestehen zum Theil kurze Prozesse, indem diese in gewissen Sachen auf eine gewisse Zeitdauer beschränkt⁷³⁾, von der litis denuntiatio entbunden⁷⁴⁾, zuweilen nicht einmal mehr richterlichen Urtheils bedürftig⁷⁵⁾, und zur Execution ohne die Gerichtsobrigkeit berechtigt sind⁷⁶⁾.

69) I. 17 C. episc. 1, 3; actores (?) I. 25 pr. eod.

70) z. B. zur Eintragung und Verwendung des zum Loskauf von Gefangenen hinterlassenen Vermächtnisses: I. 28 §. 1 C. episc. 1, 3 — sin autem persona (a testatore) non designata (sit) .. episcopus illius civitatis ex qua testator oritur, habeat facultatem exigendi ... cf. §. 3 §. 4.

71) durch den actor oder syndicus der universitates personarum I. 1 §. 2 D. quod ejusdem. univ. 3, 4; den oeconomum tam de ipsius quam de ecclesiasticis negotiis expetendum: I. 25 pr. C. episc. 1, 3; den xeno, welcher, ebenso wie klagen, creditoribus respondere muß: I. 48 (49) §. 4 eod. und die ecclesiae propriae defensores seu quos oeconomos appellant: I. 32 (33) §. 2 §. 3 §. 4 eod.; den senex, welcher zu den necessaria negotia mulierum (sanctimonialium) vom Bischof designirt ist: I. 43 (44) §. 5 eod.

72) I. 1 §. 2 §. 3 I. 8 D. quod ejusdem. univ. 3, 4.

73) so die fiskalischen Prozesse für und gegen den Fiskus zuerst auf 1 Jahr: I. 4 C. Th. j. f. 10, 1 a. 320, dann auf kürzere, schließlich 6 Monate Zeit B.-Hollweg, der röm. Civilpr. Bd. 3 S. 195.

74) abermals die fiskalischen Prozesse: I. 3 C. Th. off. com. sacr. larg. 1, 10 a. 385, — dann die der Kirchen I. 7 C. Th. de denunt. 2, 4 a. 409 — nicht blos Klagen (B.-Hollweg, a. a. O. S. 239, 240).

75) Nach Mommsen, Stadtr. v. Salp. u. Mal. S. 473 führt „jede publicistica Schuld“ (jede an Aerar oder Gemeinde?) sofort zur Execution. Im justinianischen Rechte gilt dies von der Forderung des Fiskus gegen denjenigen, welcher mit publica pecunia im Rückstande, diesen aber beim Aerar satirt hat, und so zum debitör fisci geworden ist: I. 11 (9) §. 6 D. ad I. Jul. pecul. 48, 13 (— inter debitores eum ferri, eamque (pecuniam) ab eo is qui hoc imperio utitur, exigeret, i. e. pignus capiendo, corpus retinendo. multam dicendo —) und nicht unwahrscheinlich in anderen solcher professio ähnlichen Fällen (vgl. oben Anm. 47 — arg. I. 2 C. jure fisci 10, 1), vielleicht auch in einigen derjenigen, in denen der Fiskus Compensation ablehnen konnte (I. 3 C. comp. 4, 31 wie namentlich gegen den tributorum debitör). Derlei Schuldgründe haben instar rei judicatae, (I. 2 C. j. f. 10, 1) und führen vielleicht auf Damnationen zurück. Neuerlich soll hier überhaupt nicht mehr von Prozessen im actionenrechtlichen Sinne, sondern von „verwaltungrechtlichem Verfahren“ die Rede sein, „dessen Grundzug die Entscheidung der Gemeinde in eigener Sache durch magistratische Kognition“ ist (Gierke, III S. 58, besonders nach Mommsen an den bei Gierke I. c. Anm. 77 agff. O.).

76) hieher die veraltete praedium praediorumque obligatio. — Eigen-
Brinz, Pandeten. III. 2. Aufl.

§. 444.

Fortsetzung.

B. Von Todeswegen.

Wird der Zweck einmal personificirt, so kann er auch honorirt, zum Erben und Vermächtnisnehmer erhoben, der Erbeinsetzung, dem Legat und Fideicommis, der mortis causa donatio, kurz jeder mortis causa capio zugänglich werden, die Realität dieser Metapher aber nur darin beruhen, daß von Todeswegen für ihn ganze Vermögen oder aliquote Theile desselben unmittelbar ausgesetzt, oder mittelbar (zu Lasten des Erben) abermals das Ganze oder gewisse Theile oder Stücke desselben hinterlassen, oder jetzt schon vergabt werden (Bd. 3 §. 368 S. 54, §. 421 S. 372 Z. 2—5). Allein trotz seiner Personificirbarkeit ward er der Erbeinsetzung nur allmälig und schichtenweise zugänglich; in noch klassischer Zeit nur in Gestalt gewisser Götter, und von Städten als Patrone (S. 54 l. c.). Noch Ulpian hält daran fest, daß nur wirkliche Personen „Erben“ sein können; die Götter, wenigstens gewisse, waren ja wirkliche Personen; die Städte, wenn sie manumittirten, nothgedrungen Patrone, und insoweit Personen; blos als municipia dagegen selbst dann nicht Personen, wenn man sie municipes nannte und also persönlich dachte; denn dieser Vielheit fehlt die Individualität der Person, während bei der Einsetzung eines Municipiums doch nur an Einen Erben, nicht etwa an so viele als municipes sind, gedacht ist¹⁾; wie sie aber nicht eingesezt werden können, können sie auch nicht antreten; denn wenn sie auch alle zusammen handelten, brächten sie doch die Eine

mächtige Pfändung ist den Curialen im Falle der I. 52 (53) §. 7 cf. §. 10 §. 5 §. 6 §. 11 C. episc. 1,3 gestattet — mahnend einerseits an die legis actio per pignoris capionem, anderseits an die Anfänge des pignus tacitum (vgl. Bd. 2 §. 351 ab init.).

1) So ist in E. Ulp. fragm. XXII, 5 zu verstehen: Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi neque pro herede gerere possint. Mit der XXII, 4 genannten, certum consilium ausschließenden incerta persona darf dieses incertum corpus nicht identificirt werden (vgl. Savigny, Syst. Bd. 2 S. 301 b. Arndts, Forts. v. Glüd's Comm. Bd. 46 S. 411. Gierke, a. a. D. III. S. 148 Anm. 70.)

son nicht heraus²⁾). Nur in der Abneigung, bei dem heres esto an etwas anderes als an leibhaftige Personen zu denken, nicht darin, daß Städte ic. solchen Erwerbes weniger bedurst hätten³⁾, oder in der unbestimmten Zahl der municipes⁴⁾, lag die Schwierigkeit der Weiterentwicklung. Bloße „Gaben“ hatten Städte und andere unpersönliche Dinge von altersher empfangen (§. 443 I. 1); darum hatten Legate und Fideicomisse an Städte, Dörfer, Corporationen, Tempel längst Eingang gefunden⁵⁾), während die Erbeinsetzung noch innerhalb jener Schranke verharrte. Erst l. 12 C. her. inst. 6, 24 Leo a. 469 setzt unbeschränkte Einsetzbarkeit der Städte zweifellos voraus⁶⁾; die der weltlichen Korporationen muß durch specielles Privileg verliehen werden⁷⁾; die piae causae dagegen wurden sofort mit der Herrschaft des Christenthums einsetzbar⁸⁾; aus dem Erforderniß der certa persona sollte ihrer Einsetzung, wenngleich sie noch so allgemein genannt wären (pauperes, captivi), keine Ungültigkeit erwachsen⁹⁾; Erbeinsetzung ward umso mehr genehmigt, als bloßen Vermächtnissen bis in das neueste Recht herab die lex Falcidia auch hier Abbruch that¹⁰⁾. Was von den piae causae muß nach heutigem Rechte auch für die gemeinnützigen Zwecke gelten, während die Einsetzbarkeit von

2) vgl. l. 20 (21) D. de reb. dub. 34, 5. Gaj. II, 195 in fin. — proinde ac si uni legatus esset.

3) Savigny, a. a. D. S. 299.

4) vgl. noch meine erste Auflage S. 1085 gegen S. 1087.

5) Ulp. XXIV, 28 XXV, 6 Gaj. II, 195 in f.; l. 73 §. 1 D. leg. I; l. 20 (21) D. reb. dub. 34, 5; l. 20 §. 1 D. ann. leg. 33, 1 — datum templo — l. 38 §. 2 D. aur. leg. 34, 2.

6) Wegen l. 3 §. 4 D. bon. poss. 37, 1 (wo bonorum poss. zu Gunsten nicht bloß von municipia, sondern auch von societates, decuriae, corpora ohne weiteres vor kommt) s. oben § 368 Anm. 40 S. 54.

7) l. 8 C. h. i. 6, 24 Diocl. Gegen die Meinung Binding's, als ob wie zur Vermögensfähigkeit überhaupt auch zur Einsetzbarkeit das bloße Dasein des corpus licitum genüge, meine Bedenken in §. 368 Anm. 40 und dazu l. 20 (21) de reb. dub. 34, 5, wo Bindings Gedanke in Anerkennung der legata, aber ganz anders als in l. 8 C eit. zum Ausdrucke gelangt. Wahrscheinlich ging auch die Einsetzbarkeit der Städte zuerst den Weg des Privilegs. — Vgl. Gierke, S. 148 Anm. 71.

8) l. 1 cf. l. 13 C. ss. eccl. 1, 2.

9) l. 24 l. 28 pr. l. 48 (49) pr. § 1 §. 3 §. 5 C. episc. 1, 3.

10) l. 48 (49) pr. § 1 C. episc. 1, 3 — wogegen Auth. similiter zu l. 7 C. ad leg. Falc. 6, 50. Vgl. oben §. 417 Anm. 15.

Privatzwecken gleich ihrer Vermögens- und Erwerbsfähigkeit nicht über die Familienstiftungen hinausgeht (§. 441 S. 510 u.).

Was den Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen für den honorirten Zweck anlangt, so muß unterschieden werden, ob dieser schon zuvor (durch irgend eine Anstaltvermögensausstattung, Personenvereinigung) ins Leben gerufen und infolge dessen mit Erwerbsorganen versehen ist, oder ob er erst durch gegenwärtige Verfügung zur Ausstattung und Verwirklichung gelangen soll. Ersterenfalls erfolgt der Erwerb von Vermächtnissen hier wie sonst von selbst, die Thätigkeit der Repräsentanz ist nur auf Empfang und Beitreibung gerichtet¹¹⁾; Erbschaften dagegen müssen erst erworben werden, und können denn auch, vertretungsweise, erworben werden¹²⁾. Letzterenfalls geht der Erwerb der Erbschaft und die Entrichtung der Vermächtnisse in der Gründung der Anstalt oder Ausführung des Zweckes, für den hinterlassen ist, auf; wie beim älteren Mancipationstestament wird ein Mittelsmann nothwendig, der die Erbschaft in Besitz nimmt¹³⁾, oder das Vermächtniß einhebt oder entrichtet (Anm. 18), um sie je nach Art des honorirten Zweckes, dem Willen des Erblassers, allenfalls auch dem Umfang der Mittel auf den honorirten Zweck ein für allemal zu verwenden¹⁴⁾, oder durch Gründung eines Fondes¹⁵⁾ oder einer Anstalt¹⁶⁾ demselben dauernd dienstbar zu machen.

11) s. z. B. den exactioni praepositus in l. 45 (46) §. 13 C. episc. 1, 3 und das actionem movere in l. 48 (49) §. 4 eod.

12) S. die Agnition der bon. possessio durch den actor municipum, societatis, curiae, corporis in l. 3 §. 4 D. b. p. 37, 1. Ob stellvertreternder Erwerb fort und fort nur in der bonorum possessionis agnition? (vgl. l. 5 C. j. delib 6, 30. 1. 65 (67) §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1. Savigny, Syst. Bd. 2 S. 301 not. b); aus dem hereditatem accipere und suscipere durch Bischöfe und oeconomi in l. 48 (49) §. 2 §. 6 C. episc. 1, 3 erhellt das Gegenteil noch nicht; denn diese Stellen gehen auf Testamentsexecution, nicht auf Erbschaftsantrittung.

13) s. das accipere und suscipere hereditatem in l. 48 cit.

14) l. 45 (46) §. 1 C. episc. 1, 3 — si . . . semel dare in pias causas jussi sunt — ; Nov. 131 c. 11; s. auch die distributio hereditatis in aegrotantes oder auf den Loskauf von Gefangenen: l. 48 (49) §. 3 cit.

15) s. B. zum Loskauf von Gefangenen aus den annui redditus in l. 48 §. 3 cit.

16) s. B. Erbauung, Dotirung, Organisirung eines Armenhauses,

Solche Mittler sind an erster Stelle die vom Testator hiezu ernannten Executoren¹⁷⁾, in deren Ermanglung bei Vermächtnissen die mit diesen belasteten Erben oder sonstigen Onerirten¹⁸⁾, bei Erbschaften, sowie bei Vermächtnissen, woferne die Onerirten auslassen, diejenige Obrigkeit, welche über Erfüllung derartiger leßtwilliger Verfügungen zu wachen hat¹⁹⁾ und allenfalls Feder der will²⁰⁾.

Bon Todeswegen gelangt noch Vermögen durch Universalsuccession

an den Fiscus wegen Erblosigkeit des Nachlasses (bona vacantia §. 431, 2) — wegen Indignität des Erben (bona erepticia §. 431, 1). Hieneben ist der Singularsuccession des Fiskus wegen Indignität (der Legatare) (§. 421 S. 372 a. E. und Anm. 6), sowie des Umstandes zu gedenken, daß die Universalsuccession des Fiskus in das Vermögen Lebender, die Confiscation, antiquirt ist (§. 431 Anm. 1). Daselbe gilt von den Universalsuccessionen, welche, eine Imitation der Confiscation, den Klöstern und Kirchen wegen Entführung

I. 45 (46) pr. §. 1 C. episc. 1, 3 — procurent . . . aedificationem . . . institutionem praeficiant eorum administrationi xenodochos etc.

17) I. 28 §. 1 C. episcop. 1, 3 — si quidem testator significaverit per quem desiderat redemptionem fieri captivorum, is qui specialiter designatus est legati seu fessi habeat exigendi licentiam et . . . votum adimpleat testatoris — I. 45 pr. cit. — si . . . episcopo curam injunxerit — § 1 — cui hoc commissum est — Nov. 131 c. 11 — quibus jussum est hoc facere — si autem . . . non nominatim testator dixerit, per quem oporteat fieri redemptionem captivorum — Nov. Leonis 68 — quibus testatoris . . . post mortem suam . . . executionem crediderunt —

18) I. 45 (46) pr. §. 1 §. 2 cit.

19) Die geistliche Obrigkeit des Bischofs, allenfalls Metropoliten und Erzbischofs, wenn es sich um irgend welche leßwillige Disposition ad piam causam handelt: I. 45 pr. §. 6 cit. — in Concurrenz mit dem Metropoliten und Erzbischof —; Früthen für das Einschreiten des Bischofs, mora ex re — §. 1 §. 4 §. 5 eod. — und Litigcrescenz wegen Nichtleistung §. 7 eod.; — die weltliche Obrigkeit, wenn es sich um weltliche Zwecke handelt, nach Maßgabe des in §. 376 zu Anm. 7—10 Bemerkt, aber auch von I. 45 §. 2 cit. — Sane enim jam veteribus legibus definitum est cogendos esse ad defunctorum voluntatem implendam eos quibus quae illi reliquerunt tenere permisum est.

20) I. 45 (I. 46) §. 6 cit. — cui voluerit civium id facere licet. Cum enim pietatis ratio communis sit, commune etiam studium esse debet ut ea impleantur.

oder Raubes von Nonnen oder Diaconissinen in das Vermögen des Entführers oder Räubers²¹⁾, den Kirchen und Klöstern in das Vermögen ausgetretener Kleriker oder Mönche²²⁾, den Curien in das halbe Vermögen der sich ihnen entziehenden StrafcuriaLEN²³⁾ zu stehen — nicht minder von den Verwirkungen einzelner Vermögensstücke, welche zu Gunsten der Kirchen verhängt wurden²⁴⁾, wogegen etwelche zu Gunsten des Fiskus annoch gemeinrechtlich bestehen (Bd. I §. 148 zu Anm. 46 §. 152 zu Anm. 18).

§. 445.

Fortsetzung.

II. Dem Zweckvermögen eigene Geschäfte.

Als solche sind, wenn man Publikationen und Confiskationen, trotzdem sie nur dem Aerar oder Fiskus Vermögen zuführen, als Universalsuccessionen den gemeinen Erwerbsarten zuweist (§. 444 S. 537), zu erachten:

1. Die Dedication und Consecration. Diese werden das eine Mal auseinandergehalten¹⁾ ein andermal je eines für beide gesetzt²⁾. Dächten wir sie neben und (nach Festus §. Anm. 1) nach einander, zuerst dedicatio, dann consecratio, so können sie unmöglich jede eine Vergabung sein; schwerlich

21) 1. 53 (54) §. 3 §. 5 — sive volentibus sive nolentibus — C. episc. 1, 3.

22) 1. 54 (56) §. 7 eod.

23) 1. 52 (53) §. 7 §. 11 eod.

24) 3. Bd. 1. 44 (45) §. 3 §. 5 eod.

1) Festus ed. O. Müller p. 321 — *sacrum . . quod diis dedicatum atque consecratum sit* — Cic. de dom. cap. 48 §. 125: *an consecratio nullam habet religionem, dedicatio est religiosa?*

2) So zweifelsohne die consecratio zugleich für dedicatio bei Gaj. II, 4: *Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt.* §. 5 eod.; cf. I. 6 §. 3 D. rer. div. 1, 8. Festus sub v. *sacer mons* p. 321. — in der consecratio capitis et bonorum (Marquardt, Röm. Staatsverwaltung. Bd. 3 S. 276 2te Aufl.) — und überall wo consecrare allein und dativisch (diis) gebraucht wird; — so nicht unwahrscheinlich die dedicatio zugleich für consecratio da wo die dedicatio anstatt wie sonst einem Magistrat oder Promagistrat allenfalls einer Privatperson (Dr. Th. Aug. Müller, daß Privateigenth. an kath. Kirchengebäuden 1883, S. 14 Anm. 9), dem Pontifex zugeschrieben wird (Paul. Diae. ex Festo sub voce *fanum*, ed. O. Müll. p. 88 und andere bei Marquardt S. 272 Anm. 11 cit. Stellen).

auch beide zusammen, als Geben (dedicare) und Empfangen (consecrare) die zwei Stücke einer Vergabung³⁾; denkbar wäre dann nur, daß nach vollzogener Vergabung (dedicatio)⁴⁾ irgend ein die Sache für den Gottesdienst qualificirender Act gefolgt sei⁵⁾ und daß in diesem die Consecration bestehে. Nach canonischem Rechte hat die „Consecration“ denn auch in der That nur diese, mit unserer „Heiligung“⁶⁾ ausgedrückte, qualificirende Bedeutung⁷⁾, kann darum auch ohne Dedication platzgreifen, so daß eine Sache res sacra (profanem Gebrauch entzogen) sein, und doch in weltlichem (persönlichem) Eigenthum sich befinden kann⁸⁾. Allein daß dem schon im altrömischen

3) Dem entgegen erblickt Marquardt a. a. D. S. 269 sowohl in der Consecration wie in der Dedication nichts als „die Uebertragung eines Eigenthums ... an eine römische Gottheit“, in beiden einen derart zusammengehörigen Act, daß die dedicatio die active Seite der Uebereignung (Uebergabe durch den Vertreter des States), die consecratio dagegen den Empfang durch den Pontifex und dessen Erklärung, daß die Sache nunmehr sacra d. h. dem Gott gehörig sei. Allein gerade diese Bedeutung der consecratio läßt sich weder aus dem pontificalen verba prasire noch aus dem postem tenere, welches ebenso wohl dem Magistrat wie dem pontifex zu geschrieben wird, noch aus sonst etwas entnehmen.

4) vgl. Serv. ad Virg. Georg. III, 16 (templumque tenebit) — qui templum dicabat postem tenens, dare se dicebat numini, quod ab illo necesse fuerat jam teneri et ab humano jure discedere — dazu l. 19 D. in rem vers. 15, 3 — putans suam esse dedicavit — und das cum corpore et anima ipso ingressu ad monasterium dedicare se suasque substantias in Nov. 76 praef., ferner die bei Eichhorn, Kirchenr. Bd. 2 C. 590 Ann. 3 erwähnten Formeln der mittelalt. Urkunden einer- und Brissonius, form. pop. Rom. I nro. 191. 192 anderseits.

5) vgl. Mommsen, r. Staatsrecht, 2te Aufl. II, S. 60.

6) vgl. die reverentia sanctificationis in cap. 24 Decr. de consecr. 3, 1 und die pollutio ecclesiae als Gegentheil der consecratio z. B. cap. un. in 8to de consecr. 3, 21.

7) Hierher gehört wohl schon die die heidnische Inauguration des Bodens wiederholende Nov. 67 c. 1 — episcopus adsit et preces in eo loco fundat, et publice ibi procedens crucem figat — cf. Nov. 5, c. 1 Nov. 131 c. 7; dann daß „divinis precibus sacrare“ und die olei sancti unctio: cap. 2 Decr. de consecr. 3, 1 der Consecration; von einer Hingabe kommt in ihrem Rituale nichts vor. Müller, a. a. D. S. 9 unten.

8) Schon l. 2 C. Th. de haereticis 16, 5 Const. a. 826 spricht von weltlichem Besitz u. Eigenthum an Kirchen (cf. l. 57 eod.), und l. 10 C. de haeret. 1, 5 (a. 466—472) von praedia et possessiones et res immobiles, in quibus orthodoxae fidei ecclesiae vel oratoria constituta sunt als von solchen, mit deren Veräußerung letztere mitveräußert seien, so daß diese im Eigenthum der Eigentümer jener praedia etc. gewesen sein müß-

Rechte so gewesen, nur die dedicatio Vergabung, und die consecratio blos darauffolgende Qualificirung, Heiligung, der Sache gewesen sei⁹⁾, erscheint gleichwohl bedenklich. Bei aller Un Sicherheit, welche die Neußerungen der Alten über das gegenseitige Verhältniß der beiden Begriffe zurücklassen¹⁰⁾, ist vielleicht anzunehmen, daß der consecratio ursprünglich nicht minder als der dedicatio der Gedanke der Hingabe ungewohnt habe, daß da zur Entweltlichung der Sache und ihrer Hingabe an die Gottheit weltliche und geistliche Obrigkeit zusammenhandeln müßten, eine und dieselbe Handlung je nachdem sie von

sen. Das Patronat vom 8. bis 13. Jahrhundert ist zuvörderst Eigenthum an der Kirche (J. H. Böhmer, *jus eccl. prot. lib. III* tit. 38 §. 19—51 bes. 25. 34. Thomasin, *de benef. lib. II* c. 18 nro. 8). Einzelne Päpste mögen darauf halten und es als Herkommen bezeichnen, daß die Consecration von Kirchen nicht ohne Dedication erfolge (c 26 C. XVI, qu. 7. Gelasius a. 494: eine Stelle, welche Müller S. 27 wohl vergeblich zu entkräften sucht) — : sie konnten nicht verhindern, und haben es vielfältig in ihren eigenen Decreten anerkannt, daß nicht etwa blos „woran Niemand zweifelt, Paramente, Altäre, Altarsteine, Kelche und Patenen, fürgottesdienstliche Mobilien jeder Art trotz ihrer Weihe Objekte des bürgerlichen Verkehrs bleiben“ (Müller S. 10; Wüchter, würt. Privi. II S. 283; Windscheid, Pand. §. 147 Anm. 4), sondern daß auch Kirchen jedweder Art, nicht etwa bloße Oratorien, Schloßkirchen oder Kapellen, daß namentlich auch Pfarrkirchen ohne vorgängige Dedication consecrirt, dann als Eigenthum ihrer Sistter behandelt wurden, und sich zur Stunde noch im Eigenthum ihrer Rechtsnachfolger befinden. Belege hierfür sind anlässlich des Haidhausen'er Kirchenstreits in einem Gutachten von v. Sicherer gesammelt, und seitdem von Müller aus dem corpus j. can. (§. 4), den fränkischen Reichsgesetzen (§. 5), Synodalbeschlüssen (§. 6), deutschen Landesrechten (§. 7), und Urkunden (§. 8) in großer Zahl zusammengestellt worden. — Zu weltlichem Eigenthum tritt darnach ein geistlicher Rießbrauch, geistlicher Quasibesitz und geistliche Herrschaft über die Kirche in Gegenzah, der jenes zuweilen verdunkelt (s. z. B. c. 15 X de jure patron. 3. 38. cap. 7 C. VIII qu. 1) und einschränkt (Intervention des Bischofs beim Streit zwischen Mitigenthümern: c. 35. 36 I. 16 qu. 7; Theilungsverbot: c. 1 X de jure patr. 3. 38; Veräußerungsbeschränkung durch das Erforderniß bischöflichen Consenses: c. 8 eod.; Belastungsverbot: c. 23 eod.).

9) wie in meiner 1ten Auflage S. 1046 sg. angenommen ist.

10) Eichhoff, *De consecrationis dedicationisque apud Romanos generibus variis* (Festprogramm des Duisburger Gymnasiums 1869): „Quum igitur, quam varia et perplexa per se consecrationis ratio fuerit, pateat, tum ejus cum affinibus vocabulis, ut dedicationis conjunctio et confusio difficultatem atque obscuritatem auget“ — und schon Cicero de domo c. 46 c. 54 — non dissimulo me nescire ea quae etiam si scirem dissimularem —

der weltlichen oder geistlichen Seite¹¹⁾ gefaßt wurde, dedicatio oder consecratio genannt worden sei¹²⁾.

Wohl mit der Entweltlichung hing es zusammen, daß zur Dedication und Consecration noch auctoritas populi Romani hinzukommen mußte¹³⁾. Im christlichen Rechte entfällt dieses

11) nicht nach verschiedener „Form“ (Pernice, Labeo I S. 256, 4).

12) da der Pontifex vorsprach, was der dedicirende Consul sc. nachsagte, und beide dieselbe symbolische Handlung (postem tenere) vornahmen (Marquardt S. 272; Meurer, der Begriff u. Eigentümer der heiligen Sachen, Bd. I S. 191 Anm. 2), kann man von einer und derselben Handlung sprechen. Auf eine „coordinirt-conjunctivische“ Thätigkeit des Pontifex u. Magistrates kommt nun auch Meurer (a. a. O. S. 195) hinaus. Nicht aber kann ich ihm folgen, wenn er „in der praeitio pontificis den Rest einer Stipulationsform“ erblickt, als ob der Pontifex im Namen der Gottheit vom Magistrat die Dedication sich habe versprechen lassen (S. 196), daneben durch das beiderseitige postem tenere an eine Aehnlichkeit mit der mancipatio und zugleich an eine assertio libertatis durch den Magistrat und an eine Apprehension durch den Pontifex gemahnt wird (S. 193), und trotz Widerprüches gegen Marquardt die consecratio schließlich doch eine der dedicatio (Uebergabe) entsprechende Uebernahme sein läßt (S. 198). Hinwider beachtenswerth ist seine Bemerkung, daß „durch die publica dedicatio nicht blos eine Eigenthumsverschiebung, sondern insbesondere auch eine Aenderung der Sachenqualität bewirkt“ (nämlich die res zur res sacra, erhöhten rechtlichen Schutzes theilhaftig geworden und daraus ein Bedürfniß nach dem Ausdruck „consecrare“ neben dem „dedicare“ entstanden) sei (S. 198, S. 199 oben). Denn die Sacertät ist durch dedicatio noch nicht ausgedrückt, um so weniger als z. B. auch „in censum dedicare“ vor kommt (Cic. pro L. Flacco c. 32; Meurer, S. 183 Anm. 5.) Vgl. Müller, a. a. O. S. 15 „— consecratio die Umgestaltung der bisher profanen Sache zur heiligen, dedicatio die Hingabe sc.“ Mit obiger neuromischer (mosaischer?) Qualificirung (Heiligung) der Sache ist diese von Meurer gemeinte Sachenqualität nicht zu verwechseln. Letztere besteht lediglich darin, daß sie dem Gotte gehört, und darum besonders geschützt sein will; erste darin, daß sie zum Gottesdienste tauglich (beräuchert, besprengt, gesalbt sc.) sei. Völlig fremd dürfte zwar auch dem altrömischen Rechte der Gedanke an diese letztere Qualificirung nicht gewesen sein; so viel zu sehen, kam derselbe aber nicht in dem ritus consecrationis, sondern in der lex dedicationis zum Ausdruck. Denn unter anderem ging diese gegen Verunreinigung, Entweihung der Heilighümer (z. B. die leges bei Marquardt S. 272 Anm. 1 Anm. 3 — insonderheit „ne violent puros exanimata focos“). — Wäre das Verhältniß von dedicatio zu consecratio im Texte richtig ausgedrückt, so entspräche ihm im Deutschen Widmung und Weihe. In der Weihe liegt die Widmung (dedicatio), und die Hingabe an ein höheres dazu, freilich auch die neuromische Qualificirung oder Heiligung überdies.

13) es sei nun, daß diese Auctorität in Gestalt einer lex de ea re lata oder eines Senatusconsultes interponirt wurde: Gaj. II, 5; dazu die lex vetus (Papiria) tribunicia, quae vetat injussu plebis aedes terram aram consecrari — Cic. de dom. c. 49 §. 127 c. 50 §. 128; Liv. IX, 46. Dieses Erforderniß war mitgegriffen, wenn die res sacrae als

Erforderniß¹⁴⁾), eher im Zusammenhang damit, daß das Christenthum zuvor ohne den Staat, als daß es nachher von demselben unabhängig gewesen und gewiß nicht darum, weil Entweltlichung der Proprietät nach nun nicht mehr nothwendig war¹⁵⁾.

Weihgeschenke, ohne sacralen Ritus in Tempeln und auf Altären aufgestellt oder niedergelegt, konnten bei der Consecration des Tempels sc. durch die lex dedicationis im voraus mitbegriffen sein, entweder derart, daß sie accessionsweise selbst zu res sacrae wurden, oder aber frei verwendbares und veräußerliches Tempelgut wurden¹⁶⁾. Von ähnlicher juristischer Fürsorge für ähnliche „Stiftungen“ in unsere Kirchen ist nichts bekannt; ohne eigene Benediction oder Consecration werden diese weder sacral noch quasisacral, wohl aber Kirchengut (res ecclesiasticae). Letzteres gilt auch von den Opfern, wie sie

publice consecrirt definit wurden, wie in l. 6 §. 3 D. div. r. 1, 8; daß neben dem Pontifex ein Magistrat amtshandle, war nicht nothwendig; in der lex de ea re lata oder in dem Senatuskonklite konnte sonstwer, insonderheit der Private der sein Eigenthum zu opfern willens war, zur Dedication ermächtigt werden; allein diese Ermächtigung war nothwendig (Cic. ad Att. IV, 2 §. 2; de domo c. 53 §. 136: nisi eum populus R. nominatim praefecisset atque ejus jussu faceret, non videri ea recte posse dedicari); ohne sie vermochte der Private nur sibi sacrum zu machen (l. 6 §. 3 cit. s. dagegen Meurer S. 171 §. 25), nur suae religionis causa zu dedicieren, nicht für den populus Romanus, nicht publice. Ohne sie oder die nachher zu erwähnende lex dedicationis müßten auch die dem Silvanus „consecriren“ fundi (Bruns l. cit. p. 324 nro 7. 20—25) nur privatheilig geworden sein. Diese Privatheiligkeit ist keine echte Heiligkeit, nur quasi sacrum, sacrum non est sed profanum §. 8 J. r. d. 2, 1. Darüber das weitere Meurer S. 25.

14) Die Gajische auctoritas populi schrumpft in der Justinianischen Compilation in ein publice (l. 6 §. 3 cit.) oder ein rite et per pontificem deo consecrari (§. 8 J. cit.) zusammen, was einerseits an die heidnische Definition anlehnt, anderseits aber, gleich einem „Blankettgefeß“ (Meurer S. 204) dem Codex- und Novellen-Rechte, in welchem zur Consecration nirgends weder der populus, noch ein Magistrat mitwirkt, als pontifex der episcopus, anstatt der Pfoste das Kreuz erscheint, Raum läßt, wie Meurer §. 35 entgegen der Ansicht als ob Justinian in Digesten und Institutionen einfach das alte Recht bestätigt habe, treffend ausführt.

15) Dem weltlichen Gebrauch blieb die Sache ja doch entzogen. Unabhängig vom Staat (Meurer §. 34 S. 200) war die Kirche auch jetzt noch nicht; aber Jahrhunderte lang hatten die Christen ihre Heilighümer ohne, ja gegen den Staat gehabt.

16) vgl. Nro 362 mit 361 bei Zell, Handb. d. röm. Epigraphik I und dazu Mommsen, r. Staater. 2te Aufl. II, 1 S. 59 Anm. 2.

noch während des Gottesdienstes, oder außerdem etwa in Opferstöcke vorkommen¹⁷⁾ vorausgesetzt, daß sie nicht anderweit bestimmte Zwecke haben (Peterspfennig, Almosen u. c.).

2. Die Dedication hat wie die datio ihre causa, oft eine causa donandi; eine causa solvendi wenn sie ex voto suscepto¹⁸⁾ erfolgt. Denn entsprechend einer eigenen Vergabung von Sachen an die Gottheit, gibt es eine eigene Obligierung der Personen an dieselbe, durch das votum nämlich¹⁹⁾. Ueberall wird hier die Person, nicht etwa die versprochene Sache obligirt²⁰⁾; man ist voti reus (haftbar) sofort durch die Gelobung, voti damnas (schuldig), sobald die Bedingung, unter welcher man zu leisten gelobt, eingetreten ist²¹⁾. Auch hier kommt ein praeire verba durch den Pontifex, ein Nachsprechen durch Magistrate u. c.²²⁾ und eine voraufgehende auctoritas publica²³⁾ vor, in Fällen nämlich, da es sich um Erhaltung oder Mehrung der res publica handelt (vota publica — pro reip. salute)²⁴⁾. Ob und in welcher Weise die voti obligatio exequirbar war, fragt sich namentlich für diejenigen Fälle, in welchen sie privatim eingegangen wurde, ist aber nicht überliefert²⁵⁾. — In der christlichen Doctrin verschwindet der Unter-

17) Neben die alten oblationes s. Thomassin, P. III. lib. 1 c. 72, 1; Schulte, Lehrb. d. kath. u. evang. Kirchenr. 4te Aufl. §. 213. IV.

18) s. B. Brissonius, form. I nro 194 Alin. 3. Zell, a. a. O. Nro 363.

19) 1. 2 D. pollic. 50, 12 Bd. 2 §. 248 zu Ann. 36, 37 und besonders §. 307 zu Ann. 7 und diese Ann. selbst.

20) 1. 2 pr. cit. — quae res personam voventis, non rem quae vovetur obligat; erst geleistet, und (dedicatione, consecratione) sacra geworden, ist die res „religione obligirt“ (Cicero, de domo c. 106; Pernice, Labeo, I. S. 256 Note 13).

21) Macrobius, Sat. I. III c. 2 — ut reus (voti) vocetur, qui suscepto voto se Numinibus obligat, während damnatus erst sein soll, qui promissa non solvat. Allein das non solvere sieht ein vorgängiges dare oportere voraus, und damnirt ist schon wer unbedingt leisten muß. Zutreffend läßt Livius VII c. 28 §. 3 den dictator voti damnas sein cum victor Romam revertisset (die Bedingung erfüllt ist), und V. c 25 §. 2 ist die res publica voti damnata vielmehr auf Erfüllung bedacht, als nicht erfüllend.

22) Brissonius l. c. nro 78.

23) Auctoritas patrum: Liv. 7, 2; 22, 9, 10. Senatusconsult: Liv. 31, 9; 42, 28; 21, 62 — praetor vota suscipere jussus est —.

24) s. B. die vota bei Briss. nro 90; Marquardt a. a. O. S. 265.

25) wiemohl 1. 2 §. 2 D. pollic. 50, 12 — heres ipsius heredita-

schied der vota publica und privata, und tritt der der vota personalia und realia an seine Stelle. Mit diesem ist jedoch nicht gemeint, als ob hier, im Widerspruch mit l. 2 pr. cit., eine rerum, dort personae obligatio gemeint sei; vielmehr geht der Unterschied auf den Gegenstand des Versprechens, indem dort persönliches (Fasten, Keuschheit, Cölibat sc.), hier sachliches, Vermögenswerth, versprochen wird. In diesem Sinne persönlich scheidet das Votum aus der Begründung von Zweckvermögen aus; in diesem Sinne sachlich ist es an die Gottheit in ihrer Verbindung mit einer gewissen Kirche oder sonstigen pia causa gerichtet und damit einer der Titel, aus denen für letztere Forderungen erworben werden können (§. 443 nach Ann. 55). Nur sind hier redemtio Dispensation und Absolution (a voto temere suscepto) möglich²⁶⁾.

3. Beerdigung, welche, Berechtigung vorausgesetzt, noch nach justinianischem Rechte die Grabstätte religiös macht, d. h. dem bisherigen Eigentümer nimmt, und auf die Männer überträgt (zur ewigen Ruhe des Todten gehörig macht)²⁷⁾, hat diese Wirkung nicht mehr. Aber auch die Benediction, welche den Kirchhöfen²⁸⁾, Friedhöfen oder Gottesäckern nach christlichem Brauche zu Theil wird, macht diese zwar den res sacrae ähnlich²⁹⁾, vermag aber am Eigenthum (das hier den Gemeinden zuzustehen pflegt) um so weniger zu ändern, als

rio nomine decimae obstrictus est; voti enim obligationem ad heredem transire constat — so bestimmt vermutlich lässt, daß ein Anspruch auf Leistung dieser decima bonorum (etwa seitens der Priesterschaft eines Tempels, an dessen Gottheit gelobt war) erhoben werden konnte, als dieselbe decima, wenn sie von dem Erblasser noch selbst „separirt“ worden war (l. cit.), nicht mehr in den Nachlaß gehörte, und also wohl Namens des Gottes vindicirt werden konnte —

26) s. aus J. H. Boehmer, jus eccl. lib. III tit 34 de voto et voti redemptione besondere §. 20 §. 25. 28—31. Richter, Lehrb. d. fath. u. evang. Kirchenrechts, 7te Aufl. §. 262.

27) Gaj. II. 4 — quae Diis Manibus relictæ sunt — §. 6 §. 7. §. 9 J. r. d. 2, 1. 1. 6 §. 4 §. 5 l. 7 D. r. d. 1, 8. 1. 2 §. 5 l. 39 l. 40 D. relig. 11, 7. 1. 9 l. 10 C. eod. 3, 44. „Vermögensrechtliche Mängel“ für „die Geister der Verstorbenen“ (Mommsen, r. Staatsr. 2te Aufl. II, 1 S. 58).

28) vgl. zu diesen Meurer S. 209.

29) arg. e. un. in Sto 3, 21. Mit Recht will Meurer S. 208 den Terminus „res religiosae“ aus dem heutigen Rechte ausgewiesen haben,

dieses nicht einmal mehr die höhere Weihe (Consecration) vermag³⁰⁾. Was von den Kirchhöfen &c. gilt auch von anderen benedicirten Sachen (Glocken, Crucifixen &c.).

Von Stiftungen insonderheit.

§. 446.

Eine Art der Zweckvermögensbegründung, welche ebenso wohl noch bei Lebzeiten des Gründers perfect werden, als mortis causa erfolgen, letzterenfalls sowohl in Erbeinsetzung, als Vermächtniß und jedweder sonstigen Zuwendung von Todeswegen¹⁾, ersterenfalls nicht nur in dando, sondern auch in promittendo bestehen kann und also bewegliches Geschäft ist²⁾, bildet die Stiftung im activen Sinne des Worts. Unter Lebenden ist sie schlechthin Schenkung (simplex donatio); mortis causa vorgenommen ist sie in soweit Schenkung als es die mortis causa capio ist³⁾. Ihr Unterschied von Schenkungen und Vergabungen von Todeswegen, welche nur dies, also nicht zugleich Stiftungen sind, besteht darin, daß der Stiftung eine Bestimmung innwohnt, die der bloßen Schenkung fehlt: ein Gesetz der Stetigkeit nämlich, genauer die Sonderbestimmung, oder eine solche Einrichtung der Gabe, daß die Vermögenszuwendung ihrem Zwecke nicht etwa blos vorübergehend, sondern dauernd⁴⁾ dienen soll und dienen kann. Diese Bestimmung

30) So wenig im Rituale der Benediction als in dem der Consecration findet sich ein Anhalt für Vergabung. Vgl. oben Ann. 7. S. überhaupt J. H. Boehmer, diss. de jure erigendi coemeterium — bes. cap. 1 S. 28 §. 29 cap. 2 §. 1 §. 3 §. 6.

1) vgl. dazu I. 8 §. 2 D. transact. 2, 15. Bolze, d. Begriff der jur. Person S. 194—197.

2) vgl. m. Band. 1te Aufl. § 349.

3) vgl. §. 1 J. leg. 2, 20 — donatio qua edam —

4) Von den Alimentenstiftungen Trajans heißt es inschriftlich: *qua a eternitati Italiae suaे prospexit* (Hirschfeld, Unters. auf dem Gebiete der r. Verwaltungsgeschichte S. 115 Ann. 2). Caninius fragt den Plinius, wie er es machen solle, daß das für Fahrtage zu stiftende Geld in alle Zukunft von Bestand sei. Plin. epist. 7, 18; Deliberas mecum, quemadmodum pecunia, quam municipibus nostris in epulum obtulisti, post te quoque salva sit — Von einem „in perpetuum praestandum“ spricht I. 6 D. ann. leg. 33, 1. Macrina will, ut semper C. pueri, C. puellae per successiones (alimenta) accipiant (obligatio Tarrac.

erhält jede Vergabung oder Versprechung dadurch, daß sie als Stiftung bezeichnet wird; und umgekehrt ist jedes Versprechen und jede Vergabung eine Stiftung, wenn nach ihrer Maßgabe entweder das Gegebene selbst und unmittelbar (wie z. B. Gebäude, Monstranzen, Kelche *rc.*), oder mittelbar, in Gestalt seiner Erträge nisse an natürlichen oder civilen Früchten aus Ländereien, Heerden, Kapitalien (*pecunia*) zum Gegenstande fortwährender Nutzung für den gewissen Zweck wird. Der Dauerhaftigkeit der Nutzung pflegt individuelle Unveräußerlichkeit des Gegebenen (§. 433, 1) zu entsprechen, wenn dieses selbst und unmittelbar dem Zwecke dienen soll⁵); nur substantielle Unveräußerlichkeit, wenn es in Gestalt von Geldkapitalzinsen dem Zwecke dienen soll; wenn in Gestalt von natürlichen Früchten oder Miethzinsen, können die fruchttragenden Sachen auch individuell unveräußerlich sein⁶).

Dauerhaftigkeit der Zwekdienlichkeit vorausgesetzt, kann man von einer Stiftung reden nicht nur wenn der zu fördernde Zweck selbst Vermögensinhaber geworden — Vermögen unmittelbar für den Zweck gehörig —, sondern auch dann, wenn das Vermögen dem Eigenthume nach wo anders hin gehörig, seiner Verwendung nach aber durch einen Modus für den gewissen Zweck bestimmt ist (Bd. 1 §. 62, 2 u. hier oben §. 436, 1 S. 485). In dieser Form hat es namentlich Stiftungen für wohlthätige Zwecke (*piae causae*) lange vor denen der christlichen Zeit gegeben. Nur daß es vor dieser Zeit Armen-, Waisen-, Kranken- *rc.* Stiftungen auch schon in der Art gegeben habe, daß die Armen, Waisen, Kranken eines Ortes mit eigenem Vermögen ausgestattet gewesen wären, läßt sich mit Sicherheit ~~nicht~~ nachweisen⁷); allein Armen-, Waisen- *rc.* Stif-

Brunn, font. ed. V. p. 289 nro 4); L. Domitius gibt ad cultum tutelamque et sacrificia in omne tempus dem collegium Silvani (*ibid.* p. 324) S. dagegen Pfeifer, j. P. S. 133 unten.

5) so sind die res sacrae, und die res publicae, welche in publico usu habentur, extra commercium.

6) s. die Veräußerungsverbote in Ansehung der res ecclesiasticae (§. 450 II, 1).

7) Insofern kann Pernice, Labeo I S. 254 Recht haben, wenn er sagt, daß „von den Stiftungen des christlichen römischen und des heutigen

tung kann man es auch nennen, wenn in der betreffenden Vermögenszuwendung nur dafür gesorgt war, daß zur Erhaltung oder Unterstützung von Armen, Waisen u. für alle Zukunft Mittel bereit und erzwingbar seien; möchte dann das zu diesem Zweck aufgewendete Gut oder Geld wem immer gegeben sein. Einen der Wege, auf welchen dies zu erreichen war, bildete das Rentenvermächtniß. Sicher wurden mittelst desselben Spiele gestiftet. Diese Spiele waren keine causa, für welche so wie für die späteren piae causae ein eigener Fonds (Zweckvermögen) gehören und unter anderem unmittelbar ein legatum annum⁸⁾ hinterlassen werden konnte; wohl aber konnte das Gemeinwesen (civitas) in dem die Spiele gehalten werden sollten, mit einem solchen Vermächtniß bedacht, und mit dem modus, dasselbe auf die Spiele zu verwenden beschwert werden⁹⁾. In ähnlicher Weise kommen Stiftungen von Jahrtagen (epulae)¹⁰⁾, zu gemeinnützigen Zwecken, wie Straßenbau, Erziehung u. dgl.¹¹⁾, und endlich, soweit man die Alimentenstiftungen dazu rechnen kann, auch Stiftungen zu wohlthätigen Zwecken vor. Was insonderheit die Alimentenstiftungen anlangt, so ist nicht an jene Alimentenvermächtnisse zu denken, mit denen nur die eine oder andere Person bedacht ist, und von denen der Digestentitel 34, 1 zumeist handelt; eher schon an derlei Vermächtnisse zu Gunsten der familia libertorum¹²⁾;

Rechtes ein für allemal abzusehen" sei, und daß solche oder auch nur Analogien dazu (?) die klassische Jurisprudenz nicht kenne.

8) vgl. I. 45 (46) §. 9 C. episc. 1, 3.

9) s. die annua pecunia ad ludos civitati relicta in I. 6 D. ann. leg. 33, 1, wo das Vermächtniß an die Stadt als ein durch die Erben und Erbesserer) perpetuo praestandum (also Stiftungsmäßiges) bezeichnet ist; — ferner I. 21 §. 3 eod., wo der honoraria Stadt die pecunia legata in Gestalt von nomina debitorum überwiesen wird, und aus deren Zinsen alle andern Jahre die Kampf-Spiele gehalten werden sollen. An die Stelle von Städten können Körporationen treten, wie z. B. in der Inschrift bei Bruns I. cit. p. 324. L. Domitius Phaon ad cultum tutelamque et sacrificia in omne tempus iis qui in collegio Silvani hodie essent, quique postea subissent, fundum Junianum etc.

10) I. 6 I. 21 §. 3 D. ann. leg. 33, 1.

11) I. 117 D. leg. I. — sive in opus, sive in alimenta, vel in eruditio nem puerorum sive quid aliud — dann die mannigfaltigen Zwecke in I. 122 pr. eod.

12) Daß das Alimentenvermächtniß in I. 4 pr. D. alim. 34, 1 sic

entschieden dagegen an die Verfügungen, welche zur fortlaufenden Unterstήzung dürftiger Kinder in den Landstädten von Privaten und Kaisern getroffen wurden.

Von Privaten werden auch zu diesem Zwecke Geld und Gut den Gemeinden, um deren Kinder es sich handelt, mit der Auflage gegeben oder hinterlassen, daß die Erträgnisse hieraus zu den bestimmten Alimenten zu verwenden seien. Eigenthümer des Kapitals, Gutes wird auch hier wieder die Gemeinde¹³⁾; ein

auf die Descendenz der Freigelassenen erstrecken soll, zeigt die Bestimmung in f.: post diem cedentem si qui mortui sint, ad suos heredes haec transmittent —

13) s. die aus August. Zeit stammende Inschrift von Atina, zum Andenken an T. Helvius qui Atinatibus 400,000 HS legavit, ut libe-ris eorum ex reditu, dum in aetatem pervenirent, singula nummorum millia pro singulis darentur — Marquardt R. Staatsverw. II. 2te Aufl. S. 142 Ann. 5; desgleichen die angebliche „obligatio“ Tarricinensis bei Bruns, fontes, ed. 5 p. 289 nro 4, wo Macrina den Tarra-cinenjern HSX vermachte, ut ex reditu ejus pecuniae darentur C pueris alimentorum nomine singulis mensibus singulis pueris XV etc.; hieher wohl auch die pecunia reicta ad alimenta puerorum in 1 89 (88) D. ad 1. Falc. 35, 2 — die institutio alimentaria Pliniana (Bruns l. cit. p. 289), wo die der Stadt veriprophete Summe von 500,000 HS (quaes in alimenta ingenuorum ingenuarumque promiseram) durch Mancipation eines Landes von höherem Werthe an den actor publicus geleistet, die Rente aber durch Uebernahme eines Grundzinses (vectigal) auf das (in vectigalischen Besitz zurückgegebene) Land gesichert wird. — Fälschlich heißt jene Tarricinensische Stiftung „obligatio“, da von einer Verpfändung nichts unterläuft, das Kapital vielmehr der Stadt über eignet ist. Ihr gleicht die Verfügung Georg des Reichen, der eine Almosenstiftung für 18 bayrische Städte macht, darunter der Stadt Friedberg am 26. Jan. 1495 1 Hof und 4 Hofsätteln zu Gaultshofen samt einigen Geldgesällen mit der Bestimmung zu eigen gibt, daß hieraus jährlich Röcke für 10 Arme (vestiaria, d. i. ein Stück alimenta) angegeschafft, und am Montag nach Sonntag Oculi eine Baarspende in der Pfarrkirche vertheilt werden solle (der Sammler zur Augsb. Abendz. Nro 23. 1884) — der Tendenz nach den Alimentenstif-tungen der römischen Kaiser an die Seite zu stellen. Aber leichtere bestehen in obligations (fundorum). Allerdings kommen obligations (fundorum) alimentenhalber nicht blos bei den Kaiserstiftungen vor; von Seite der Privaten allem Antheime nach aber nur da, wo die Alimentanden selbst berechtigt (honorirt) und ihnen zur Deckung für diesen Anspruch Grund-stücke obligirt — dieselben Grundstücke allenfalls auch zum Bezug der Alimente angewiesen sind: 1. 8 §. 15 D. transact. 2, 14 — Idem est et si ager fuerit in alimenta obligatus — 1. 12 D. alim. 34, 1 — obli-gatos eis ob causam fideicomissi fundos meos illum et illum, ut ex reditu eorum alimenta suprascripta percipient — Einer Anweisung von Alimenten auf Grundstücke, welche dafür gewissen Personen zugleich obligirt sind, entsprechen auch die alimenta ab ea re reicta in 1. 7 §. 2 in f. D. usufr. 7, 1 und dazu die Glossie, — während anderwärts die Grund-

auf die Alimente berechtigtes Subject ist so wenig wie bei den Spiel- und Fahrtagstiftungen vorhanden; die erst zu wählen-den Kinder werden wie die Pfründner in Armenhäusern zum Objecte einer Vermögensverwendung, nicht zum Subjecte einer Vermögensinnehaltung. Damit daß die Alimentanden einerseits nicht selbst berechtigt, anderseits keine eigenen Vermögen für sie begründet, diese vielmehr dritten Personen oder Gemeinden sub modo anvertraut sind, hängt denn aber auch eine gewisse Unfertigkeit und Unsicherheit der Stiftung zusammen¹⁴⁾. Allerdings soll in einem ähnlichen Falle die dotirte und one-rierte Stadt von Obrigkeitswegen zur Erfüllung der Auflage angehalten werden¹⁵⁾, allenfalls aber auch den Erben des Stifters Zurückforderung zustehen¹⁶⁾. — Die Alimentenstiftungen der Kaiser für dürftige Kinder italischer Städte, wie sie in der tabula Velejas und Baebiana (Bruns, fontes p. II cap. 12 Nr. 1 u. 2. 5te ed. p. 285 sqq.) vorliegen, beruhen in Obligationen, mit welchen bestimmte Grundstücke von Grundbesitzern je einer Stadt für gewisse verzinsliche Quoten einer Gelddarlehenssumme haftbar gemacht sind, welche vom Kaiser zum Besten einer gewissen Anzahl von dürftigen Knaben und Mädchen dieser Stadt für alle Zukunft ausgethan ist¹⁷⁾. Weder dafür, daß die ganze Summe zunächst der Stadt gegeben und erst von dieser zu Theilen bei den einzelnen Besitzern der Stadt angelegt sei, noch dafür daß die Grundstücke der Stadt obligirt worden seien¹⁸⁾, besteht ein Anhalt; wohl dagegen ist beiläufig von kaiserlichen Praefekten die Rede, durch

stücke, woraus sie sich alimentiren sollen, den Alimentenberechtigten zu eigen gegeben sind (I 12 ab init. D. de alim. 34, 1 l. 4 pr. eod.).

14) Plinius I. cit. (epist. 7, 18) — Numeres rei publicae summam? Verendum est, ne dilabatur. Des agros? Ut publici negligentur. Wird das vectigal impositum seinem Zwecke sicherer zugeführt werden?

15) I. 21 §. 3 D. ann. leg. 33, 1. Vgl. §. 376 zu Ann. 7—10.

16) I. 21 §. 3 cit. — nisi faciat . . utili repetitione heredes adjuvandos.

17) s. die ins Einzelne gehende Erläuterung der tab. Baeb. von Henzen, annali dell' instituto di corresp. archeologica, 1844 tom. XVI p. 1—111 und darnach meine Abhandlung über diese Stiftungen in den Berichten der M.-Akademie d. W. 1887.

18) beides von Henzen vorausgesetzt.

welche solche Obligationen kontrahirt wurden¹⁹⁾, und u. a. von Gütern, welche die Stadt (*res publica Baebianorum*) ihrerseits obligirt hat, so daß sie anstatt als Gläubigerin umgekehrt als Theil-Schuldnerin erscheint²⁰⁾. Die Kinder auf welche die Zinsen verwendet werden sollen, sind hier so wenig wie in der Stiftung der Macrina und des Plinius (Ann. 13) selbst berechtigt; an der Verwaltung sind die Stadt (*quaestor alimentorum*), und kaiserliche Beamten (*procuratores* über ganze Regionen und darüber ein *praefectus alim.*), jene vielleicht *executiv*, diese *oberaufsichts-* und gerichtsweise, betheiligt. Denkbar ist, daß die Frage, wem obligirt, oder wer auf Kapital und Zinsen berechtigt sei, gar nicht verfolgt und durch diese Enthaltsamkeit der nächstfolgenden Zeit vorgearbeitet wurde, welche den Auspruch that, daß derlei Stiftungsvermögen *res nullius* sei, aber für *seine causa* (*pia causa*), d. i. für seinen Zweck gehöre. —

Beigehend ist bemerkt, daß bei Stiftungen, die durch Auflage (*modus*) vermittelt sind, die Personen (Arme, Waise *rc.*), denen dadurch geholfen werden soll, nicht berechtigt werden; der Modus ist hier weder zum Vermächtniß geworden, noch (*innominat-*)kontractlich mit ihnen vereinbart; an eine *utilis actio* d. i. die Fiction als ob mit ihnen pactirt (oder ihnen vermacht) sei, wie bei der *donatio sub modo* im Falle der I. 3 §. 1 C. de don. quae sub modo 8, 54 (55), ist da, wo die Wohlthat auf keine einzelne bestimmte Person gerichtet ist, nicht zu denken²¹⁾. Dasselbe gilt im allgemeinen da, wo die Stif-

19) tab. Velej. Bruns p. 287. (13) (16) (17).

20) tab. Baeb., bei Henzen, Col. III v. 21—23 p. 104. Einmal ist inschriftlich von einem *curator pecuniae reipublicae alimentariae* die Rede, was auf Eigenthum der Stadt an den von Kaisern gegründeten Alimentensonden verstanden werden könnte; allein da *curator* statt *quaestor* steht, ist eher an Fonde zu denken, welche von Privaten gestiftet und wie die der Macrina und des Plinius allerdings der Stadt übereignet sind. Dazu neigt auch Henzen S. 37.

21) Oder soll man annehmen, daß auch die Armen des nächsten Jahrhunderts bei der Stipulation oder dem Pacte dabei waren? und soll man sie in ungezählter Menge mit *utiles actiones* heranrücken lassen? Diese Fragen berühren sich mit Bekkers Unterscheidung von „essentiellen“ und „accidentellen“ Genießern. Zur L. vom Rechtssubject, Therr. Jahrbb. XII S. 22.

tung Zweckvermögen schafft und im Zwecke Personen (wiederum Arme u. c.) begriffen sind. Hier wie dort erscheinen sie vielmehr als Object von Rechten und Pflichten, denn als Subjecte. Namentlich in den Familienstiftungen ist aber der Kreis der Anwärter ein engerer und vornherein bestimmterer, und dürfte dieser Umstand unbewußt dazu beigetragen haben, daß gerade hier die Frage nach der Genußberechtigung aufgeworfen und streitig geworden ist. In derselben Richtung mit den Familienstiftungen sind aber auch die zur Hälfte in den Familienstiftungen begriffenen Stipendienstiftungen in Frage gekommen²²⁾. Am einfachsten nun, und mit obigem Gesichtspunkt übereinstimmend lautet die Entscheidung, nach welcher nicht nur bei Familienstiftungen, sondern bei Stiftungen überhaupt die Destinatäre dann berechtigt, und zwar klageberechtigt sein sollen, wenn „die Berufung zu der Stiftung in einer Weise geschehen ist, daß die Person des zum Eintritt oder Genuß Berechtigten im einzelnen Fall völlig bestimmt (nicht dem Ermessen der verwaltenden Behörde überlassen) ist“²³⁾. Dieser Entscheid aber läßt sich nicht ausdenken, ohne daß man den Destinatär aus einem Object in das Rechtssubject, aus einem „Genießer in einen Verfüger“²⁴⁾ und das Zweckvermögen in Personenvermögen umsetzt. Ersteres ist unmöglich ohne die Supposition eines Vermächtnisses oder Contractes (utilis)²⁵⁾, um ebendesswillen selbst bei Familienstiftungen kaum mehr einfach oder natürlich; letzteres enthält eine Willkür, zu welcher bei der Fürsorge, die zur Verfolgung des Stiftungszweckes zum Theil von Seite der Stifter, zum Theil von Staatswegen getroffen ist (§. 451)²⁶⁾, keine Nöthigung

22) Siebenkees, v. Stipendien, deren Rechten und d. Geschichte derselben. Nürnberg 1786. Pfeifer, jur. P. § 46. Volze, Begriff d. j. P. S. 187 fgg. Thering, Geist d. r. R's, 3te Aufl. III. S. 345. Roth, über Stiftungen, Herr. Jahrb. I S. 217 fg.

23) So Thering, a. a. D., wesentlich desgleichen Roth, a. a. D., und kaum anders Volze S. 189 oben.

24) Becker, a. a. D. S. 24.

25) Denn „offenbar ist damit nicht geholt, einen Anspruch als ein Privatrecht überhaupt darzustellen“ — Pfeifer a. a. D. S. 141 Alin. 1.

26) Zu dieser Fürsorge gehört auch l. 45 (46) §. 6 C. episc. 1, 3,

vorliegt. Richtiger scheint es, überall da, wo nur wirkliches, mittelbares oder unmittelbares Stiftungsvermögen vorliegt, von einem Klagerecht der Destinatäre abzusehen²⁷⁾). Wäre da, wo man von Familienstiftung spricht, in der That ein successives Vermächtniß (Familienfideicommiss²⁸⁾ oben Bd. 3 S. 380 fgg.) gegeben, dann allerdings läge Personen-, nicht Zweckvermögen vor.

Von der Vertretung des Zweckes bei der Zweckvermögensbegründung im Allgemeinen.

§. 447.

Von der Vertretung des Zweckes ist bereits mehrfach im Einzelnen, so namentlich aus Anlaß der zum Zweckvermögen führenden Besitzerwerbshandlungen (§. 443 I. 1 S. 516 fgg.), sowie der für dasselbe aktiv und passiv abzuschließenden Kontrakte (§. 443 I. 2. S. 525 fgg.) die Rede gewesen.

Dieses Detail hat auch bereits zur Hervorhebung einer allgemeinen Seite der Zweckvertretung, einer gewissen Eigenberechtigung dieser Vertreter nämlich, geführt. Wie Fiduciare, Adstipulatoren, Bürgen, m. E. zum Theil auch die duo rei credendi und debendi, nicht minder Cognitoren und Procuratoren, nachdem sie durch Litiscontestation domini litis

welche äußersten Falles unicunque civium eine condictio ex lege auf Execution der Stiftung gibt (§. 444 Anm. 20), m. E. aus jedem der dazu bereit ist, einen Testamentsexecutor macht, um ebendesswegen aber mit der fraglichen Berechtigung des Destinatärs nichts zu thun hat (s. dagegen Heering a. a. D. zu Anm. 470.)

27) So Pfeiffer in gründlicher Auseinandersetzung.

28) wie solches Roth a. a. D. S. 202 II. Abs. 1 überall, darum doch wohl zu allgemein anerkannt. — Der Gebrauch des Wortes F. - Stiftung entscheidet allerdings noch nicht über das Dasein eines eigenen Stiftungsvermögens, da trotz dieses Ausdruckes das Eigenthum dem jeweiligen Fideicommissinhaber zugeschrieben kann. Allein ausdrücklich oder stillschweigend, wie Manche meinen deutschrechtlich ist der Fideicommissar auf Besitz und Nutzung beschränkt, daß Eigenthum oder der Grundstock also für den Bestand und etwa den Glanz (vgl. l. 117 D. leg. I. — ad honorem ornatumque) der Familie gehörig (Huschke, Fl. Syntrroph. p. 9; Pfeiffer, verm. Auflage §. 4 S. 5; Gengler, d. Privatr. S. 242; Beseler, d. Privr. 2te Aufl. S. 733; Reyscher, gem. u. württ. Privr. S. 679; Kosta, Entwicklungsgesch. d. F. München 1864. §. 28).

geworden, einerseits selbstberechtigt, Selbstgläubiger und Selbstschuldner, anderseits aber all das alieno nomine, also vertretungsweise sind: in ähnlicher Weise haben die verfassungs-, oder statutemäßig, sowie die leztwillig bestellten Vertreter von Gemeinwesen und Stiftungen keine bloße Vollmachten wie Mandatare, sondern Namens dieser Zwecke alle die Befugnisse und Machtvollkommenheiten, welche dem im jeweiligen Zweckvermögen begriffenen Besitz, Eigenthum, jus in re, sowie den in demselben befindlichen Activobligationen essentiell oder naturaliter innwohnen, principaliter und selbst; mit den Nutzungs- und Klagrechten, Veräußerungs- und Verpfändungsmächten, welche dem unpersonlichen Dinge des Zweckes unmöglich, und aber, wenn seine Habe von Werth sein soll (Bd. I §. 124 Abs. 1 a. E.), unentbehrlich sind, werden sie, die Vertreter, wie Prodomini und Provasallen, belehnt. (§. 443, Anm. 40. 68; daß. Text zu Anm. 24, 26—31)¹⁾. Was insonderheit die Actionen anlangt, ist hier an diejenigen gedacht, welche zu Gunsten eines Zweckvermögens durch Besitzstörung, Besitzentziehung, Universalsuccession, Vermächtniß oder sonst quasicontractlich, oder contractlich durch die legitime Vertretung selbst erworben werden; daß Mandatare und negotiorum gestores, woferne nur mittelbare Vertretung plazgreift, in eigener Person klageberechtigt werden, versteht sich von selbst; die daneben mögliche utilis oder adjecticische actio steht wieder der legitimen Vertretung zu²⁾. Letzterer wird auch dann direkt erworben, wenn ihre Mandatare, heutigem Rechte entsprechend, unmittelbar vertreten³⁾. — Nicht ebenso wie mit der Berechtigung, verhält es

1) Bonorum possessio, welche Municipien defervit ist, wird vom actor zwar nomine eorum agnoscit, aber — als Pertinenz — vom Municipium erworben: l. 3 §. 4 D. b. p 37, l. 1. 1 §. 1 D. libert. univ. 38, 3.

2) Vgl. die utilis actio, welche in l. 10 D. quod ejusc. 3, 4 dem administrator rerum civitatis aus der Caution des actor gegeben wird. Der actor ist von der legitimen Repräsentanz (§. 443 Anm. 40), ermächtigt (l. 2 eod.), nicht diese selbst.

3) Im Zusammenhang des Gesagten erscheint die gesetzliche Permission zur Klage — cui lex permittit, civitatis vel curiae nomine experiri — (l. 3 eod.) nicht als bloße (widerrufliche) Vollmacht, sondern als eigenes, wenngleich alieno nomine zuständiges, Recht. Abgesehen von einer solchen besonderen Permission, scheinen hier allerdings die municipes und der ordo

sich mit der Belangbarkeit und Haftung. Es gibt keine Person, welche Namens eines Gemeinwesens oder einer Stiftung wider ihren Willen belangt, geschweige denn exequirt werden kann, vorausgesetzt auch, daß sie zur legitimen Repräsentanz des Gemeinwesens oder der Stiftung gehört: es wäre denn, daß sie mit eigener Person haftbar geworden ist — was nach römischem Rechte in Ermangelung unmittelbarer Stellvertretung in Contracten freilich oft der Fall war (§. 443 Anm. 55—62). Besteht eine solche persönliche Haftung nicht, und tritt Niemand freiwillig zur Defension ein, so bleibt nichts anderes übrig als Execution in das Vermögen des Gemeinwesens, der Stiftung *sc. 4*). Hieraus entspringt neben der natürlichen, die rechtliche Nothwendigkeit ihrer Vertretung (§. 448 nach Anm. 13).

Die Vertretung des Zweckes fällt zum großen Theile mit der Verwaltung des Zweckvermögens (III) zusammen, und wird also mit der Frage nach den Verwaltungsorganen (§. 448) die Frage, wem überall die Vertretung zustehe und obliege, weithin zugleich gelöst. Allein während jede Verwaltung fremden Vermögens eine Vertretung in sich schließt, ist nicht jede Vertretung auch schon Verwaltung. Wird zum ersten Zustandekommen oder Erwerb eines Vermögens eine Vertretung nothwendig, so liegt in dieser noch keine Verwaltung. Dies bewährt sich handgreiflich beim Zweckvermögen, insonderheit dann wenn ein solches durch Stiftung zu Stande kommen soll, und bevor es unter Verwaltung kommt, erst erworben werden muß.

Fällt der Zweck, um dessen erste Dotirung es sich handelt, unter die für einen gewissen Staat, eine gewisse Gemeinde

als klageberechtigt gedacht zu sein: allein diese municipes und dieser ordo waren m. E. hier wie manchmal sonst wirkliche Personen und gesamtheitlich berechtigt, kein willensunfähiger Individualwille wie der des furiosus (Gierke, a. a. O. III §. 99.)

4) l. 1 §. 2 D. quod eujusc. 3, 4. Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit possideri, et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se jussurum proconsul ait — §. 3. Et si extraneus defendere velit universitatem, permittit proconsul, sicut in privatorum defensionibus observatur — l. 8 eod. — allenfalls auch per (ex)actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet.

oder Corporation bestehenden Aufgaben; oder bildet ein solches Gemeinwesen selbst und in seiner Totalität den zu bewidmenden Zweck (§. 435, 1; §. 436, 1; §. 437, 1), so liegt in der sonstigen und bisherigen Vertretung dieser Gemeinwesen auch die Möglichkeit für Annahme der Dotation: mag diese nun in Schenkungen oder leßtwilligen Zuwendungen, oder in sonstigen Leistungen bestehen. Ist er (der Zweck) eine pia causa, so sind nach christlich römischem Rechte die Bischöfe und die oeconomi der Kirchen und Klöster, eventuell die Metropoliten zur Antretung von Erbschaften, sowie zum Empfang von Vermächtnissen, Schenkungen und Versprechungen ermächtigt und verpflichtet⁵⁾; mehr oder weniger sind heutigen Tages Vertreter der Gemeinden (Kirchenpfleger u. dgl.) an die Stelle der geistlichen Funktionäre getreten⁶⁾. Indessen bei Schenkungen und leßtwilligen Zuwendungen greift diese Vertretung nur subsidiär, soferne durch den Geber oder Stifter nicht selbst und anders verfügt wird, platz⁷⁾. Zunächst auf diese Selbstbestimmung kommt es auch da an, wo für den zu bewidmenden Zweck keine von jenen zuvor vorhandenen Vertretungen den Beruf oder die Vollmacht hat⁸⁾. Bei leßtwilligen Zuwendungen kommt es hier und dort gerne zu der Vermittlung, daß der Geber oder Stifter einen Testamentsexecutor ernannt, der gleich einem Fiduciar die Erbschaft, das Vermächtniß zunächst in Empfang nimmt, um das Empfangene zur Verwaltung an diejenigen zu begeben, welche hiefür vom Testator bestimmt sind, oder welche zu bestimmen er selbst ermächtigt ist⁹⁾. Wo weder schon zuvor eine Vertretung besteht, noch eine solche autonom, mittelbar oder

5) I. 45 (46) pr. C. episc. 1, 3. Nov. 131 c. 11.

6) Vgl. oben §. 440 Anm. 2 S. 506.

7) Nov. 131 c. 11 — Si . . . pro redemtione captivorum aliquid relinquatur, et non nominatim testator dixerit per quem oporteat fieri redemtionem captivorum . . . jubemus res ad hoc relictas locorum episcopum et ejus oeconomum hoc accipere — cf. I. 28 §. 1 C. episc. 1, 3.

8) I. 28 §. 1 C. episc. 1, 3. Nov. 131 c. 11 — et non nominatim testator dixerit per quem oporteat fieri redemtionem captivorum —

9) So die Testamentsexecutoren §. 444 Anm. 17, §. 448 a. E., und dazu I. 28 §. 1 u. Nov. 131 c. 11 eitt.

unmittelbar bestimmt ist, liegt der Obrigkeit die Bestellung einer Vertretung sowohl zur Annahme als zur Verwaltung der Widmung ob (§. 451, 4 Anm. 14).

III. Verwaltung des Zweckvermögens.

§. 448.

Verwaltungsorgane.

Die Vermögensverwaltung setzt das Dasein eines Vermögens voraus, ist also engeren Begriffes als die Vertretung, welche auch schon zur Begründung eines Zweckvermögens nothwendig sein kann (§. 447 Abs. 3). Immerhin aber ist die Verwaltung, insoferne der Verwalter *fremdes* Vermögen verwaltet, zugleich Vertretung, hier wie sonst Vertretung nicht des Vermögens, sondern *desjenigen*, dem das Vermögen gehört, hier *des Zweckes*.

Die Verwaltung der *hereditas jacens* ist nichts als Vermögensverwaltung. Begreift man die Verwendung des Vermögens auf seinen Zweck unter der Vermögensverwaltung mit, dann besteht auch die Verwaltung mancher Stiftung in nichts als Vermögensverwaltung¹⁾; häufig aber greift die Verwaltung von Stiftungen, stets die der Kirchen-Korporationen, besonders weit aber die der Gemeinden und des Staates über den Bereich einer bloßen Vermögensverwaltung hinaus, und sind denn auch die Organe der Zweckvermögensverwaltung nicht alle ausschließlich blos mit dieser Vermögensverwaltung befaßt. Je größer aber dieses Vermögen und je mannigfaltiger seine Einkünfte und Ausgaben, desto gewisser bestehen zu seiner Verwaltung eigene Behörden, Aemter, Stellen, ja ganze Hierarchien, wenngleich diese in ihrer höchsten Instanz mit der übrigen Verwaltung (des Staats, der Gemeinde, Korporation, Stiftung) zusammenhängen²⁾.

1) wie z. B. die Verwaltung einer Stipendienstiftung, während z. B. die Verwaltung eines Spitals, Waisenhau ses eine über die Verwaltung und Verwendung des Spital-Waisenhausvermögens hinausgreifende Fürsorge für die Kranken und Waisen ist oder sein kann.

2) wie z. B. die Verwaltung des aerarium populi R. im Senat, die des fiscus im Princeps (der nach der Idee des Augustus selbst der oberste

Je größer das Vermögen und je mannigfaltiger seine Aufgaben, desto sicherer geht die Verwaltung auch nach ihrer berathenden und beschließenden, sowie nach ihrer vollziehenden Seite in verschiedenen Stellen auseinander³⁾. Bestehen die beschließenden Stellen in Collegien, so hält sich die Beschlussfähigkeit und das Stimmenergebnis betreffend in Ermangelung verfassungsmäßiger, gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen (*universitas inordinata*) die gemeinrechtliche Praxis an die Bestimmungen des römischen Rechts über Gemeindebeschlüsse (*de decretis ab ordine faciendis* D. 50, 9), wonach zu wirkamer Beschlusffassung sämtliche Mitglieder des Collegiums richtig geladen⁴⁾, $\frac{2}{3}$ erschienen sein müssen⁵⁾, und einfache Stimmenmehrheit den Ausschlag gibt⁶⁾. Einstimmigkeit anstatt Majorität verlangten Manche arg. l. 28 D. comm. div. 10, 3 da, wo *utilitas singulorum* in Frage käme — eine Ausnahme, welche die Regel aufzuheben geeignet war;

Verwaltungsbeamte sein sollte — Hirschfeld, Untersj. a. d. G. d. r. Verwaltungsgeschichte, nach Mommsen, S. 32 A. 1), die der *area communis* der Gemeinden und Korporationen im *Ordo* (z. B. tab. Mal. 63 in f. 67, 68) oder *Convent* (z. B. die *collegia* bei Bruns, *fontes ed.* 5 p. 316 I, 1 p. 320 II. 1), die der *res ecclesiasticae* und *piae causae* in den *episcopis* (z. B. l. 35 pr. l. 41 §. 10 l. 43 §. 5 C. *episc.* 1, 3) — mit der übrigen Verwaltung zusammenhängt, hinwider unter deren Vorstandshaft und Controle Magistrate (*Censoren*, *Quaestoren*, *duoviri*) Beamte (*Procuratores*, *Rationales*, *Praefecten*, *officia*), *Defonomen* und *Curatoren* ausschließlich der Vermögensverwaltung obliegen. Wesentlich dasselbe wiederholt sich in unseren *fiscalischen* Aemtern (*Rentämtern*, *Zollämtern*), welche in den Rechnungshöfen, Regierungen, Ministerien, jedenfalls aber im Staatsoberhaupt mit der übrigen Verwaltung zusammenhängen; desgleichen in unseren Gemeindeverwaltungen.

3) So dürften z. B. die *quaestores rei alimentariae publicae* in den italischen *Municipi*en bloße *Bollzugsorgane* (mit der Eintreibung und Verwendung der Zinsen betraut) gewesen sein, hinwider die *Procuratores* und *Praefecten* derselben res außer der Controle die *Judicatur* in streitigen Fällen gehabt haben; überall stellten die *Senate* und *Convente* eine berathende und beschließende, die Magistrate eine *executive* Verwaltung dar; die moderne Unterscheidung von inneren und äußeren Aemtern geht vom Gegensatz der *Consultative* zur *Executive* aus. Dieser Gegensatz kann in den kleinsten Stiftungen noch zum Ausdruck kommen, wie z. B. nach Maßgabe des württ. *Bewv. Edictes* §§. 120—124.

4) l. 2 D. h. t. 50, 9.

5) l. 3 eod. l. 46 C. *de cur.* 10, 31.

6) l. 46 cit. l. 19 D. ad *munic.* 50, 1. l. 160 §. 1 D. r. j. 50, 17: *Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.*

aber daß Almenden nur kraft einstimmigen Beschlusses der Berechtigten sollten eingezogen und vertheilt werden können, ward allenthalben angenommen und hat in l. 28 cit. wie in der Sache selbst (§. 436) seinen guten Grund.

Jede Vermögensverwaltung ist, gleich dem Vermögen selbst (Bd. I §. 124 Abs. 1), einerseits rechtlicher, anderseits wirthschaftlicher Natur. Jedwede Betätigung derselben ist beides, von rechtlicher und von wirthschaftlicher Art, zugleich⁷⁾; aber etwelche Neußerungen derselben sind überwiegend rechtlich, etwelche überwiegend wirthschaftlich. Dorthin gehören alle die Handlungen, welche zur Wahrung und Geltendmachung der Vermögensrechte dienen (Proteste, Reservationen, Prohibitionsen, Muntiationen, Cautionen; Actionen, Defensionen, allenfalls selbst Judicationen⁸⁾, Pfändungen und Executionen⁹⁾); hieher alle die gemeinen Handlungen und Rechtsgeschäfte, welche zur Erhaltung (custodia), Nutzung, Verwerthung und Vergrößerung des Vermögens dienen (negotia). Je größer das Vermögen, desto eher mag dessen Verwaltung auch nach diesen zwei Richtungen so wie begrifflich auch factisch, wenigstens in der Executive, sich theilen, und zu besondern Amtmern sich gestalten; oder die rechtliche Seite der Vermögensverwaltung wenigstens zur Hauptaufgabe dieses oder jenes Amtes, oder zum Gegenstande besonderer Bestallung oder Vollmacht werden¹⁰⁾. Was

7) ein defendere in dem weiten Sinne der: l. 1 D. tut. 26, 1 und dazu B.-Hollweg, Rh. Mus. für Jp. VI. 222 fg. und l. 10 D. adm. e. p. t. 26, 7; ein administrare im weiteren die custodia in sich fassenden Sinne.

8) wie sie den römischen Censoren und Quaestoren zustanden — s. u. Anm. 10.

9) wie sie nach römischem Rechte dem fiscus und fiscalischen Pächter (Publikan) und heute noch den Rentämtern zustehen —

10) Die Republik zeigt wenig Sinn für diese Theilung, da von den hauptsächlich mit ihrer executiven Vermögensverwaltung betrauten Magistraturen die Censur neben ihrer wirthschaftlichen Thätigkeit (sarta tecta aedium sacrarum locorumque publicorum tueri, venditiones, locationes ultro tributa, Budgetirung) nicht etwa blos prohibitiv und flagend, sondern auch richterlich im Interesse des Gemeindevermögens intervenirt (Mommisen, r. Staatsr. 2te Aufl. II, 1 S. 419—461, insb. S. 454, III —), und der quaestor aerarii mit seinen Kassa-, Registratur- und Archiv's-Geschäften, Verkäufen u. Verdingungen cautelarische, executive und richterliche Thätigkeit verbindet (Mommisen a. a. O. S. 531—544, insb. S. 536 Anm. 2 S. 537 fg. S. 543 zu Anm. 2). Werden alßhald eigene Stellen für cau-

insonderheit die Vertretung der Gemeinwesen und Stiftungen gegen die Klagen Dritter anlangt, so können zwar auch für sie Dritte freiwillig gerirend (defendirend) eintreten¹¹⁾; allein davon abgesehen können jene nur durch Bestellung entweder eines ständigen oder jeweiligen Vertreters der sonst gegen sie zu verhängenden Execution vorbeugen¹²⁾; der Nichtbestellung aber gilt die Nichtfungirung des bestellten Vertreters gleich¹³⁾. Also gesellt sich zu der natürlichen Nothwendigkeit der Zweckvertretung in Anschung des Vermögens eine auf das Edict quodcujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur (D. 3, 4) gebaute und über das Gemeinheitsvermögen hinaus auf das Sonder-

telarische und für executorische Aufgaben geschaffnen (drei curatores tabularum publicarum, Dreimänner zur Beitreibung aerarialischer Rückstände — Mommen, a. a. D. S. 545), so mag hiebei vielmehr die Masse, als die Art der Arbeit maßgebend gewesen sein. — Zu einem ausschließlich juristischen Amte führt die Verwaltung des Fiscus, da seit Hadrian advocati fisci (C. 2, 9) vorkommen, welche mit der Vertretung des Fiscus vor Gericht nicht etwa blos von Fall zu Fall betraut, sondern zu demselben Behufe von dem Kaiser auch dauernd und mit bestimmtem Gehalte angestellt werden (Hirschfeld, Untersuch. auf dem Gebiete der röm. Verwaltungsgeschichte S. 49—52). — Städte und Korporationen scheinen dem Beispiel von Rom auch darin zu folgen, daß ihre Vertretung in Vermögensrechtsachen ursprünglich kein von der übrigen administratio ausgeschiedenes Amt bildet, und nur von Fall zu Fall actores und defensores bestellt werden; lege (data) aber oder gewohnheitsmäßig kann es auch zum Gegenteil (Syndicat) kommen (vgl. I. 8 l. 10 l. 2 mit l. 6 pr. § 1 in f. l. 1 §. 1 D. quod ejus univ. 3, 4. Mommen, zu den Stadtr. v. Mat. u. Salp. S. 452); die späteren defensores civitatum (C 1, 55) sind „defensores plebis“, die Volkstribunen der Neuzeit (s. bes I. 4 l. 5 eod.) und nur unter anderem auch zur Wahrung städtischer Vermögensinteressen berufen „si in aliquo captum est jus rei publicae“ (I. 1 C. de officio ejus qui vicem alicujus judicis obtinet 1, 50 — vgl. Savigny, Gesch. d. r. R. i M. A. I §. 23. B.-Hollweg, röm. Civilpr. III S. 107 fg.). Noch weniger dringt in der Verwaltung des christlich-römischen Kirchenvermögens die fragliche Scheidung durch. Dagegen haben unsere Städte insonderheit die Reichsstädte, auf das Syndikat als ständige Rechtsvertretung (Eichhorn, d. R. und R.G. III §. 411. g) und seinen Vortritt vor den Senatoren (Leyerer, meditt. 54 nr. 14) hingearbeitet, die Praktiker im Dasein eines solchen Amtes jogt das Meifnal einer Korporation finden wollen (Weiske, Sammlung d. neueren d. Gemeindegesetze Einl S. XXXVIII), darnach unsere heutigen Städte höherer Ordnung rechtskundige Räthe wo nicht rechtskundige Bürgermeister nothwendig, unsere Regierungen in ihren Finanzabteilungen Fiskalate, selbst größere Stiftungen besondere Referenten für streitige Sachen etc.

11) l. 1 §. 3 D. quod ejusc. 3, 4. Vgl. §. 447 zu Num. 4.

12) l. 1 § 2 eod.

13) l. cit.

zweckvermögen erstreckte¹⁴⁾ juristisch = privat rechtliche Nothwendigkeit; zweimal müssen sich Gemeinwesen und Stiftungen vertreten lassen: einmal weil sie sich selbst nicht wehren können; dann weil ihnen sonst Execution droht.

Keine Vermögensverwaltung besteht ohne Executive, darum keine ohne rechtliche Macht (potestas — administrandi potestas)¹⁵⁾, keine Verwaltung fremden Vermögens ohne Pflicht (officium) oder Haftung (obligatio). Die Zweckvermögensverwaltung ist für die Verwalter durchweg Verwaltung fremden Vermögens. Die zu dieser nothwendige, rechtliche Macht kann trotzdem, daß es sich um fremdes Vermögen handelt, originär, mehr Recht als Pflicht, mehr Würde (honos) als Bürde sein, und ist dann, römisch Magistratur¹⁶⁾; oder sie ist übertragen, mehr Pflicht als Recht, mehr Bürde als Würde, unfreiwillig, römisch munus, wie z. B. auf dem Gebiete des Gemeindevermögens die curatio calendarii, praediorum publicorum, arcae frumentariae, annonae divisio, aqueductus, thermarum¹⁷⁾; oder aber sie beruht auf einem Mandate der Machthaber und ist eine mit Haftung aber frei übernommene Vollmacht. Mandatare oder freie Vollmachträger des princeps sind alle die Rationalen und Procuratoren des fiscus (fiscalische Beamte)¹⁸⁾, alle die Beamten der späteren Zeit; auf

14) z. B. Gantrecht, Bericht wie die Güter der Kirchen, Gotteshäuser, Spitäler und anderer ehrwürdigen Häusern u. im Fall der Noth mit freyer feilen Gant verkaufft sollen und mögen werden. Mit fah. Freihant nachzudrucken verboten. Ingolstat durch Alex. u. Samuel Weyssenhorn 1561.

15) j. z. B. lex Ursensis c. 65 — eam pecuniam ne quis erogare neve cui dare neve attribuere potestatem habeto . . . ; ad ea sacra (eam pecuniam) dato, attribuito itque ei facere jus potestasque esto —

16) Ihr originärer Charakter erweist sich u. a. auf dem Gebiete der Jurisdiction als eine jurisdicatio, welche man suo jure, nicht alieno beneficio hat, als eine jurisdicatio, zu der man Andere ermächtigen kann, während die mandata jurisdicatio vom Mandatar nicht weitergegeben werden kann: 1. 5 l. 6 D. jurisd. 2, 1 z. B. 1 8 §. 18 D. transact. 2, 15 — mehr Würde als Bürde: 1. 6 §. 3 D. mun. 50, 4 — magistratus ad honorem magis quam ad munus pertinet —

17) l. 1 §. 2 D. mun. 50, 4 und dazu l. 9 l. 14 §. 1 l. 16 §. 2 eod. Ihr ähnlich sind die statutarischen Aemter der Korporationen: l. 1 §. 1 D. quod cujusc. 3, 4. Vgl. Bd. 2 §. 334 Anm. 11. 12.

18) Hirschfeld, a. a. D. S. 32 fgg.

kaiserliche Vollmacht einer-, und die dogmata canonum anderseits geht die Gewalt und Oberaufsicht der Bischöfe über das kirchliche Vermögen zurück¹⁹⁾; wesentlich auf Mandat beruht auch unsere heutige Beamtenchaft (Bd. 2 S. 774). Ueberwiegend als Mandatare sind die Testamentsexecutoren, überhaupt die von Stiftern zum Vollzug, sowie zur künftigen Verwaltung des Stiftungsvermögens ernannten und vorgeschriebenen Executoren und Administratoren aufzufassen²⁰⁾. Ob und wie weit heute die Uebernahme von Gemeindeämtern eine nothwendige sei, ist im gemeinen Rechte streitig²¹⁾, dagegen in den partikularen Gemeindeordnungen entschieden²²⁾.

§. 449.

Verwaltungsgeschäfte.

Diese sind, nach ihrer generellen Beschaffenheit, bei der Begründung des Zweckvermögens zugleich mit den Begründungsakten (§§. 442—446) in Betrachtung gezogen. Denn wenngleich nicht alle die Geschäfte in denen sich die Verwaltung des Zweckvermögens bewegt, auch zu dessen erster Begründung dienen, manche vielmehr das Dasein eines solchen Vermögens voraussetzen (z. B. emtio venditio, locatio conductio), und auch umgekehrt nicht alle die Geschäfte, welche zur ersten Begründung führen, auch in die Vermögensverwaltung gehören, vielmehr etwelche, wie namentlich Testament und Schenkung Zweckvermögen nur schaffen und adventicisch vermehren, aber nicht bewahren, umsetzen und wie es zur Verwal-

19) s. oben §. 443 Anm. 68 a. E.

20) Testamentsexecutoren ad pias causas s. oben §. 444 Anm. 17. §. 447 Anm. 9. Unter Hinweis auf die Nov. Leon. 68 Quibus testatores . . post mortem suam . . executionem crediderunt . . tutores vocare cooperunt — haben Manche sie als Vormünder aufgefaßt (A. Faber, err. pragm. Decis. 66, 6—10 Sintenis, Civilr. III S. 480 Anm. 4); allein die Freiwilligkeit der Uebernahme gibt den Ausschlag gegen die Vormundschaft, und für das Mandat.

21) Für den Zwang beruft sich Müller, prompt. jur. XI, p. 6578 f. fälschlich auf Leyser, Medit. 54, 3; Hellfeld und Glüdf, Comm. V §. 409 sind entgegen.

22) s. z. B. Pözl, Lehrb. d. bahr. Verf. rechtes 4te Aufl. §. 41 Anm. 4.

tung gehört profecticisch vermehren können, so nehmen doch beiderlei Gruppen von Geschäften an dem Wesen der Vergabungen und Contracte gemeinsam theil, durfte und mußte die Frage, wie diese Geschäfte in ihrer Anwendung auf das Zweckvermögen denkbar und begründet seien, auch für beide Gruppen gemeinsam beantwortet werden. Dieselben im einzelnen zu betrachten, würde nur zu Wiederholungen führen; am Orte sein mag nur noch ein Hinweis auf ihr rubrikmäßiges Vor kommen in D. de administratione rerum ad civitates pertinentium 50, 8 und C. de administratione rerum publicarum 11, 31 (30), C. de vendendis rebus civitatis 11, 32 (31), D. quod cujuscunque univ. nomine vel contra eam agatur (3, 4), sowie auf die negotia fiscalia und venditiones fiscales in l. 34 l. 3 §. 5 D. j. f. 49, 14, die contractus emphyteuticarii in l. 2 C. jure emph. 4, 66 und die veticalium publicorum et agrorum conductio l. 3 §. 6 D. j. f. 49, 14, Verpfändung von Kirchengütern l. 17 C. ss. eccl. 1, 2.

§. 450.

Verwaltungsgesetze.

Selbst das Personenvermögen, das doch ad utilitatem singulorum spectat, ist dem Privatwillen nicht durchweg freigegeben; seine Verwaltung wird nicht nur dem Verschwender interdicirt, und dem Unmündigen, nach heutigem Recht auch dem Minderjährigen von Rechts wegen entzogen, sondern auch in der Person der Curatoren und Tutores gesetzlichen Schranken unterworfen. Umsomehr ist die Verwaltung des Zweckvermögens, bei welcher die Verwalter nicht nur überall einem fremden Vermögen gegenüber stehen, wie jene Tutores und Curatoren, sondern ein Vermögen zu erhalten, zu bewirthschaften und zu verwenden haben, welches größtentheils für öffentliche und gemeinnützige Zwecke gehört, gesetzlichen Vorschriften unterworfen.

I.

Kein Gesetz, wohl aber ein Satz, der im Begriffe dieses Vermögens selbst gelegen, darum von dem Dasein desselben

untrennbar, also underogirbar und darum mächtiger ist als jedes Gesetz, ist der, daß das Zweckvermögen, wenn ein custodiendum (§. 477), dem Zwecke wofür es gehört, nicht entfremdet, — wenn ein impendendum, zu keinem anderen Zwecke, als für den es gehört, verwendet werden darf. Denn jene Losstrennung des Vermögens von den Personen, ihrem Willen und ihrer Freiheit, seine Verbindung mit dem Zwecke selbst, dem es dienen soll, hätte keinen Sinn mehr, wenn durch Gestattung irgend einer anderen von wem immer beliebten Verwendung die Personen und ihre Willkür da wieder zugelassen würden, wo sie ausgeschlossen seir: sollten¹⁾. Die Verbindung eines Vermögens mit einem gewissen Zweck, diese zweite Gattung des Gehörens (Bd. 1 §. 62 Nr. 3), hat selbst kein anderes Ziel, als dieses Vermögen in der erschöpfendsten Weise, und namentlich erschöpfender als wenn es einer Person sub modo gehörte (vgl. §. 436, 1, §. 437, 1), seinem Zwecke zuzuführen.

Zum Ueberflusse wird in Stiftungen, Statuten und Gesetzen ausgesprochen, was sich von selbst versteht²⁾; die Praxis

1) Vgl. Buchta, Band. §. 25.

2) Stiftungen, deren Vermögen ein custodiendum und impendendum zugleich, enthalten oft das Gebot, „nec ad alium usum applicetur“ (z. B. Freiburgerstiftungsurkunden §. 12, 17 §. 45, 18 §. 117, 10 §. 102, 6 §. 105), und daß sie „ewig pleiben sollen“ (ebendas. §. 113, 6 §. 132, 8 §. 163, 9); nicht selten ist es mit Verfluchung des Zu widerhandelnden begleitet (J. H. Boehmer, jus eccl. prot. lib. III. tit. 13 §. 51). — In der lex collegii Aesculapii et Hygiae heißt es: „et ne eam pecuniam supra scriptam velint in alios usus convertere — und quod si ea pecunia . . . in alios usus convertere voluerint quam in eos usus qui supra scripti sunt, quos ordo collegii nostri decrevit . . . si adversus ea quid . . . fecerint, quinquennales et curatores . . . uti poenae nomine arcae nostrae inferant HS XX m. n.“ (Bruns, fontes ed. 5 p. 319). Das Stadtrecht der colonia GenitiaeJuliae (lex Ursensis) verbietet nec quis eam pecuniam (quae stipis nomine ad eam aedem data conlata erit) alio consumito neve quis facito quo magis in alia re consumatur. Nachdrücklich verbieten die Constitutionen der christlich-römischen Kaiser die zweck- und stiftungswidrige Verwendung von Kirchen-, Kloster- u. a. kirchlichen Gütern: z. B. Nov. 120 c. 7 Auth. zu l. 54 C. ss. eccl. 1, 2 I. 42 §. 6 §. 7 C. episc. 1, 3. Verwaltungsedicte und Verfassungsgesetze schreiben die Verwendung der Einkünfte des Gemeinde- und Stiftungsvermögens auf den Gemeinde- und Stiftungszweck nicht selten ausdrücklich vor: z. B. württ. Verwaltungsedict v. 1. März 1822 §. 129, bayr. Verf.-Urf. Tit. IV §. 10, preuß. L.G.D. für Westfalen u. Hannov. Landesverf. Gesetz §. 56, Weisfe,

wird veranlaßt zu befinden, daß die redditus collegii non singularum, sed universitatis oneribus communibus ferendis impendi debent³⁾. Nicht überflüssig sind derlei Aussprüche, wenn sie nur Einleitung zu besondern Sanctionen gegen Zu widerhandelnde sind⁴⁾. Als im Begriffe des Zweckvermögens selbst gelegen, ist dieses oberste Verwaltungsgesetz niemals⁵⁾ imperfect; jede Verwendung, welche diesem entgegen erfolgt, muß soweit sie auf Rechtsgeschäften beruht, nichtig sein, weil zu solcher Verwendung Niemand Vollmacht hat. Außer und neben dieser Richtigkeit wird das Gesetz durch die Haftung der Verwalter wirksam (§. 452).

II.

Innerhalb dieses Sakes wird die Verwaltung beschränkt

1. durch Gesetze: die Verwaltung des Staatsvermögens in den constitutionellen Staaten durch diejenige Verfassungsbestimmung, welche die Verwaltung, was das Maß und das Wofür der Ausgaben anlangt, an den durch die gesetzgebenden Faktoren aufzustellenden Etat bindet; in ähnlicher Weise die Verwaltung des Gemeindevermögens, und allenfalls auch des Körperschaftsvermögens durch Gemeinde- und Körperschaftsverfassungen, welche Voranschläge der Ausgaben und deren Genehmigung durch die Gemeinde, durch Gemeindebevollmächtigte, Generalversammlungen (conventus), oder durch die Staatsverwaltung u. a. m. vorschreiben; — die Verwaltung insonderheit des Vermögens der Kirchen und überhaupt der piae causae durch gesetzliche Veräußerungsverbote, indem deren unbewegliche Güter, die zu diesen gehörigen Colonen und Knechte, nicht minder Giebigkeiten (annonae s.

Sammlung der Gemeindegesetze §. 27 §. 91, 2; §. 29 §. 98; §. 60 fgg. §§. 89—92; §. 81 §. 59; §. 136 fgg. §. 26 §. 31 §. 32 §. 36; §. 120 §. 64; §. 126 §. 56; §. 228 fgg. §. 132—134.

3) Erfurter Juristen-Spruch, Müller, prompt. juris nov. tom. II sub v. collegium Nro 52 cf. 54.

4) wie z. B. die oben Anm. 2 citirte lex collegii mit einer Straf-
sanction gegen die unzulässige Verwendung abschließt: si adversus ea quid
fecerint, quinquennales et curatores . . uti poenae nomine arcae
nostrae inferant HS XX m. n.

5) auch nicht vor der I. 5 C. leg. 1, 14; vgl. Bd. I §. 20 Anm. 5.

panes civiles) die zu ihren Häusern oder unmittelbar ihnen gehören konnten¹⁾, nicht minder die ihnen geschenkten oder vermachten Ewigrenten, entweder schlechthin nicht (wie die Kirchen und Klostergebäude selbst, desgleichen die Ewigrenten²⁾), oder nur ausnahmsweise und unter besonderen Cautelen veräußert, verpfändet, zu Missbrauch oder Emphyteuse ausgethan werden dürfen³⁾), — durch Vorschriften über Verpachtungen von Immobilien⁴⁾, Contrahirung von Schulden⁵⁾, Verwendung von Ueberschüssen⁶⁾, u. a. m.⁷⁾). — — Älter als alle diese gesetzlichen Vorschriften, in vorgeschichtliche Zeit zurückreichend⁸⁾ und auf kein nachweisliches Gesetz zurückzuführen ist das extra commercium esse. In Wahrheit geht es nur auf Sachen die nullius (nicht in patrimonio nostro)⁹⁾, aber gleichwohl res juris, weil für einen gewissen Zweck (ad cultum divinum etc.) gehörig, sind. Scheinbar nur negativ, Ausschließung menschlichen Besitzes und Eigenthums, ist es doch nur diekehrseite eines po-

1) vgl. J. Gothofr. paratitl. zu C. Th. de annonis civicis 14, 17 u. l. 1 C. de ann. civilibus 11, 24. Nov. 7 c. 8. Glossa zu l. 14 pr. C. ss. eccl. 1, 2 sub v. „annonae“.

2) Nov. 7 c. 11. Nov. 120 c. 7; — l. 45 (46) §. 9 l. ult. C. episc. 1, 3.

3) Was an Ausnahmen (justae causae alienationis: necessitas, utilitas, pietas) und Cautelen (solemnitas: decretum episcopi de alienando, Consens der Kapitel, Pfründner, überhaupt der Interessenten, allenfalls und fraglich des Papstes) im canonischen Rechte vorgeschrieben wird (Eichhorn, Kirchenr. II s. VII. c. 7. III. Schulte, das Privatrecht der Kirche §. 113), ist bereits im römischen Rechte vorgebildet: Regel: l. 14 C. ss. eccl. 1, 2 Leo u. Anth. a. 470 „unberührt wie die Kirche selbst soll dieses ihr (dann überhaupt der venerabiles domus l. 17 pr. eod.) Gut sein“. Ausnahmen: l. 17 §. 1 l. 21 pr. § 1 §. 2 eod. Nov. 7 c. 2 cf. c. 6 u. 8. Nov. 120 c. 6 §. 3. Cautelen: l. 17 §. 2—§. 5 C. ss. eccl. 1, 2. Nov. 120 c. 6 §. 3. Überhaupt die Authenticae zu l. 14 cit. und Cujac. Nov. expositio zu Nov. 7.

4) l. 24 §. 3 C. ss. eccl. 1, 2. Nov. 120 c. 3.

5) Nov. 7 c. 6 Nov. 120 c. 6 §. ult.

6) l. 42 §. 7 C. (Krüger l. 41 §. 16: episc. 1, 3.

7) Vgl. Gierke III §. 180 fg.

8) l. 34 §. 1 D. c. e. 18, 1 nennt nur natura, ius gentium und mores civitatis als Quelle; der Pluralsis von veteres leges, den Justinian l. 21 pr. C. ss. eccl. 1, 2 kennt, muß in den Singularis vetus jus aufgelöst werden (vgl. die legum compositio in Const. Tanta §. 13 (14) und den auctor legis ibid. §. 10. Rudorff, RG. §. 6.)

9) die scheinbare Extracommercialität der res principis betreffend §. Bd. 1 §. 126 zu Ann. 6—10.

sitiven Begriffs, der Hingebung und Zugehörigkeit einer Sache an unpersönliche, wenngleich je früher desto mehr persönlich gesetzte Dinge, nämlich an, je nachdem die Sachen divini oder humani juris sind, verschiedene Zwecke (*cultus divinus — usus publicus*). Dieses extra commercium esse ist das denkbar stärkste Veräußerungsverbot, was insonderheit die res sacrae anlangt, nach heidnischem Rechte durch keine Ausnahme geschwächt¹⁰⁾; das christlich-römische Recht aber zieht dieses extra commercium esse auf den Stand der gemeinen gesetzlichen Veräußerungsverbote herab¹¹⁾, indem es die Erneuerung der alten Unveräußerlichkeit mit Zulassung der Veräußerung in Fällen der Noth (Loskauf der Gefangenen und Schuldenzahlung) verbindet¹²⁾. Vorgängige Exsecration ist hier nirgends vorgeschrieben¹³⁾.

2. Die Verwaltung insonderheit des Stiftungsvermögens ist wiederum nicht erst kraft Gesetzes, sondern infolge seines Begriffes ebenso sehr von dem Gebote der Erhaltung (als eines custodiendum)¹⁴⁾, als der gewissen Verwendung (als eines impendendum) beherrscht (§. 433 S. 477). Das Gebot der Erhaltung kommt in dem Stiftungsacte selbst oft allgemein, als Verlangen nach ewiger Dauer seiner Wirksamkeit (§. 446, Num. 4), nicht selten in der Gestalt von Veräußerungsverboten zum Ausdruck. Letztere beziehen sich nicht auf die fungiblen

10) Gegen die Bedenken, welche hingegen aus einer gewissen Wirksamkeit des Kaufes von solchen Sachen abgeleitet werden möchten s. Bd. 2 S. 246 zu Num. 9—19.

11) vgl. Wächter, württ. Privatr. S. 283, Böding, Inst. §. 69.

12) I. 21 pr. §. 1 §. 2 C. ss. eccl. 1, 2. Nov. 7 c 8. Nov. 120 c. 10.

13) höchstens mag in Ansehung der *saera vasa* u. dgl. vorgängige Einschmelzung vorausgesetzt sein: Nov. 120 c. 10 — vendere vel conflare et sic alienare. — Saecularisirung kennt auch das heidnische Recht (Serv. zur Aen. XII, 779 u. Maerob. Sat. III, 3 über profanatio); allein die res religiosae werden durch pontificalen Beschluss und ritus (Translation, l. 44 l. 8 pr. D. relig 11, 7. l. 14 C. 3, 44, Heinecc. Antiquit., inscr. „reliquiae trajectae ejus III. Non Febr. ex permisso Coll. Pont. piaculo facto —), res sacrae durch Exauguration zuvor in res humani juris verwandelt, und also vor der Veräußerung ihrer Extracommercialität entkleidet. Nach heidnischem Rechte gibt es Aufhebung der Extracommercialität, aber keine Veräußerung der res extra commercium.

14) welches gesetzlich nur bestärkt, nicht erst begründet wird — wie z. B. württ. Berw.-Edict vom 1. März 1822 §. 129; Pözl, bayr. Berf.r. §. 91.

Kapitalien, welche ohne Veräußerung nicht rentirlich gemacht werden könnten, wohl dagegen auf Gebäude, Grundstücke, Gehräthschaften, welche für sich allein oder in Verbindung mit fungiblen Kapitalien den Grundstock der Stiftung bilden können. Solche Veräußerungsverbote sind keine gesetzlichen Veräußerungsverbote, können deren Perfection nicht in Anspruch nehmen, dem Eigenthum seine Veräußerlichkeit nicht entziehen (Bd. I §. 134 zu Anm. 9 und fgg.); wohl aber dürfte zu behaupten sein, daß sie der Vollmacht der Administratoren eine Schranke setzen¹⁵⁾ und darum die Veräußerung ohnmächtig und nichtig machen¹⁶⁾.

3. Vorschriften, Instructionen, welche von den Spitäzen der Verwaltungsbehörden an deren untergeordnete Stellen ergehen, sind keine Verwaltungsgesetze (welche sich an alle Glieder der Verwaltung, an die obersten vor allem wenden), sondern Verwaltungsakte, in welchen die obersten Faktoren der Verwaltung an den Vollzugshandlungen der äusseren oder unteren Instanzen theilnehmen, und diese allerdings an ihren Willen binden, damit beschränken.

§. 451.

Oberaufsicht und Obervormundschaft.

1. Soll in Ansehung des Zweckvermögens nicht blos von Oberaufsicht, sondern auch von Obervormundschaft gesprochen werden dürfen¹⁾, so muß die Verwaltung desselben als Vormundschaft zu denken sein²⁾. Da die Quellen der res publica das jus minorum (i. i. restitutionis) einräumen und die orpha-

15) vgl. dazu I. 15 C. ss. eccl. 1, 2 — administratio secundum ea quae his qui liberalitatem exercuerunt visa fuerint et secundum praescriptos fines fiat. Befeler, d. Privatr. § 72c.

16) In der 1ten Auflage S. 1103—1108 ist auf diese Seite des Veräußerungsverbotes noch keine Rücksicht genommen; die statt dessen herbeizogene obrigkeitliche Intervention (I. 7 D. leg. ann. 33, 1 S. 1106) würde die vollzogene Veräußerung nicht ungültig machen können.

1) wie z. B. von Savigny, Synt. II S. 283 unt. Keller, Pand. §. 38 a. E.

2) wie z. B. Pfeifer, jur. P. §. 22 §. 47 eine „Vogtbarkeit“ der Corporationen und Stiftungen aufstellt u. Gierke III S. 157 behauptet, daß die Vertretung der Corporation überhaupt der Vormundschaft verglichen sei.

notrophi als Tutoren und Curatoren fungiren lassen³⁾, besteht diese Vorstellung nicht ohne äußere Rechtfertigung. Allein wo sich eine Verwaltung nur auf Vermögen, auf keine Person, oder doch nicht auf die Person des Vermögensinhabers erstreckt⁴⁾, pflegt man sonst nicht von Vormundschaft, sondern nur von Curatel, Pflegschaft u. dgl. zu sprechen. Nur Stiftungspfleger, die es mit einer Art von Mündeln zu thun haben (orphantrophi) fungiren als Tutoren, und werden anderwärts „quasi tutores“ und „adolescentium quasi curatores“ genannt⁵⁾.

2. Zum Unterschiede von der Oberaufsicht ist die Obervormundschaft von nicht blos negativer Art (vis), sondern wie die Vormundschaft selbst auch von positiv in die Verwaltung eingreifender Art (potestas, administrandi potestas)⁶⁾. Auch nach dieser ihrer Eigenschaft sollte von Obervormundschaft auf dem Gebiete der Zweckvermögensverwaltung nicht die Rede sein.

3. Daß es Oberaufsicht oder Obervormundschaft über alle s. g. juristische Personen gebe, und daß dieselbe überall dem Staate zustehe⁷⁾, ist nicht zuzugeben. Muß man sagen, daß die Verwaltung des Staatsvermögens dem Staate zustehe, so kann es gegenüber der Verwaltung des Staatsvermögens keine Oberaufsicht, geschweige denn Obervormundschaft geben; denn der Staat kann nicht selbst wieder unter Aufsicht oder Vormundschaft stehen. Wohl dagegen ist wahrzunehmen, daß innerhalb der Staatsverwaltung etwelche Organe oder Zweige derselben mit Aufsicht über die Gebarung der anderen betraut sind, und daß solche Aufsicht insonderheit innerhalb der Vermögensverwaltung (fiscus) vorkommt⁸⁾. In solcher Aufsicht

3) 1. 4 C. quib. ex caus. min. i. i. r. 2, 54. 1. 3 C. jure reip. 11, 29. 1. 9 D. app. 49, 1. 1. 1 C. off. ejus 1, 50. Bd. 1 §. 118 zu Anm. 18 - 20; — Nov. 131 c. 15.

4) Mitunter kann sich diese Verwaltung auf Personen erstrecken, eine Waisenhausstiftung z. B. einen Waisenvater haben; allein sie erstreckt sich auf die Person der Waisen nicht als Inhaber, sondern als Objecte des Vermögens.

5) Allgemeiner Gierke §. 157 zu Anm. 102. §. 166 zu Anm. 136 §. 181 Anl. 1 a. E.

6) Meine Pandd. 1te Aufl. §. 1326, 2 a - d.

7) Sav. Syst. II §. 325.

8) Im allgemeinen kommt den höheren Instanzen der Verwaltung Auf-

liegt dann ein Zweig der Staatsvermögensverwaltung, aber keine Oberaufsicht des Staates vor.

4. Von einer Oberaufsicht des Staates kann nur im Hinblick auf dasjenige Zweckvermögen die Rede sein, welches nicht Staats-, sondern Gemeinde-, Corporations- oder Sonderzweckvermögen ist. Eine solche Oberaufsicht ist im heutigen Rechte begründet

a. gegenüber dem Gemeindevermögen, insoferne unsere Gemeindeverfassungen oder Gemeindeordnungen nicht nur Veräußerungen, Anlehen, Umlagen, sondern oft auch den Ankauf von Grundstücken, Prozesse, von der Zustimmung des Staates abhängig machen, und die Etats und Rechnungen der staatlichen Revision unterstellen⁹⁾. Im römischen Reiche waren den Städten längst leges (municipales) dictirt, Schranken auch in Ansehung der Vermögensverwaltung gezogen¹⁰⁾, aber noch keine Oberaufseher bestellt¹¹⁾; erst die Defensoren der Städte, von deren kirchlichen und weltlichen Größen außerhalb des Rathes ordinirt, und vom Kaiser bestätigt, waren dem Gemeinwesen übergeordnet und hatten dieses in allen Richtungen¹²⁾, also wohl auch gegen Missbräuche in der Vermögensverwaltung zu schützen.

sicht über die ihnen untergeordneten Instanzen zu; innerhalb der Staatsvermögensverwaltung bilden z. B. unsere Rechnungskammern und Rechnungshöfe Controle aller Instanzen der Vermögensverwaltung. Von einer solchen Controle könnte der Name „rationalis“ (D. de officio procuratoris Caesaris vel rationalis 1, 19 — 1. 6 C. ad 1. Jul. maj. 9, 8 in f. Hirschfeld, a. a. D. S. 37 fgg. Ann. 3 fg.) kommen, wiewohl er neben dem procurator (fisci) herläuft.

9) rev. preuß. Städteordnung v. 1831 §§. 117—123; bahr. rev. G.O. Tit. 5; sächs. Bd. G.O. §. 63; hannov. L. Verf. G. §. 60; württ. Verw. Ed. §. 65 §. 90 §. 91; bad. Gem. Verf. §. 151; u. s. f. In Österreich ressortiren Sachen des i. g. natürlichen Wirkungskreises, wie namentlich Vermögenssachen, im Gegenseite zu dem übertragenen (staatspolizeilichen) zu den Landesausschüssen und Landtagen anstatt zu den Staatsbehörden (Bezirksamtern, Kreisämtern, Statthaltereien, Staatsministerium).

10) z. B. lex Ursoneensis c. 65. 69. 70. 71. 96. 134; tab. Malac. c. 63. 64. 66—69. (Bruns, font. 5te ed. p. 121 fgg. p. 145 fgg.).

11) vgl. die lex Julia municipalis, die lex Ursoneensis, Malacitana.

12) 1. 1 C. de officio ejus qui vicem alicujus judicis vel praesidis obtinet 1, 50 — si in aliquo captum est jus rei publicae — oben §. 448 Ann. 10 S. 559.

b. So weit die Oberaufsicht des Staates über Corporationen im übrigen auch gehen mag, so findet sich doch von staatlicher Aufsicht über ihre Vermögensverwaltung im römischen Rechte keine Spur. Gemeinrechtlich lässt sich eine solche auch heute nicht nachweisen¹³⁾.

c. Auch das Sonderzweckvermögen unterliegt nach römischem Rechte, soweit es in diesem sicher vorkommt, keiner staatlichen Oberaufsicht¹⁴⁾; wohl dagegen nimmt heutzutage der Staat partikularrechtlich Oberaufsicht bald über alle, bald wenigstens über diejenigen Stiftungen in Anspruch, welche nicht Bestandtheile vom Staats-, Gemeinde-, Corporationsvermögen bilden, sondern Sonderzweck sind¹⁵⁾.

13) Man mag es Oberaufsicht des Staates nennen, daß ohne seine Genehmigung in der Regel keine Körporation sich bilden, daß der Staat sie auflösen oder ihr das Recht auf eigenes Vermögen nehmen (§ 441 zu Anm. 6) kann; allein darin liegt ebenso wenig eine Oberaufsicht über ihre Vermögensverwaltung, als darin daß sie gegen die Staatsgesetze nicht aufkommen kann (— dum ne quid ex lege publica corruptant. 1. 4 D. coll. 47, 22).

14) Das Vermögen der piae causae zeigt innerhalb seiner Verwaltung Funktionen der Aufsicht, indem z. B. die oeconomi den Bischöfen jährlich Rechnung legen müssen (l. 41 (42) §. 10 C. episc. 1, 3); von einer Zingerenz der weltlichen Macht verlautet nichts. Dürfte man die Alimentenstiftungen der Kaiser bereits als Zweckvermögen denken (§. 446 zu Anm. 17 u. flgg.), dann hätten wir in ihnen vielleicht das Beispiel eines Zweckvermögens, dessen Verwaltung unter kaiserlicher Oberaufsicht stand (§. 446 a. a. O.). Einen Ansatz von staatlicher Oberaufsicht kann man in jener obrigkeitlichen Intervention erblicken, durch welche der Vollzug legitwilliger Zweckbestimmungen, die kein Vermächtnis enthalten (*nuda praecepta*), gesichert wird (§. 376 S. 95 Abh. 1).

15) z. B. das württ. Verwaltungsedit § 120, Verf.-Urkunde des K. Bayern 1818 Tit. 4 §. 10 „Das gesamte Stiftungsvermögen nach den drei Zwecken des Cultus, des Unterrichts und der Wohlthätigkeit wird . . unter den besonderen Schutz des Staates gestellt“; Pözl, bayr. Verf.r. §. 91 Anm. 3 u. 4. Ueber die wohlthätigen und gemeinnützigen Zwecke (Gemeinzwölfe) hinaus geht die staatliche Oberaufsicht, wenn dieser auch die Familienstiftungen unterworfen werden, s. z. B. das bayr. Edict über Familienfideicommissse (7te Beilage zur Verf.-Urf. §. 49 vgl. §. 14 §. 65 §. 43, 4 §. 61 rc. rc.) Dagegen ist in der Ausstellung eines curator für die hereditas jacens (§. 364 Anm. 23), oder von „Fideicommisscuratoren“ bei Familienfideicommissen (4tes Hauptstück des k. k. österr. Patents über das Verfahren außer Streitsachen §§. 227—233) wohl eine „Obsorge über die F.F.“ oder für die hier. jacens — überhaupt eine Obsorge zu erblicken, welche derjenigen vergleichbar ist, welche zur Ausstellung von Vormündern geführt hat; allein Oberaufsicht liegt in solcher Obsorge noch nicht.

§. 452.

Haftung.

Wer in die Verwaltung eines Zweckvermögens eintritt, oder wem eine solche Verwaltung obliegt, steht von dem Augenblidc da er eintritt oder eintreten sollte¹⁾, in einer Haftung (Obligation) an dasjenige Gemeinwesen, oder an denjenigen Gemein- oder Privatzweck (Armen-, Unterrichts-Kirchenwesen &c.) dessen Vermögen zu verwalten ist. Diese Haftung greift platz, gleichviel ob der Eintritt in die Verwaltung eine nothwendige (munus) oder eine freiwillige (des Mandatars oder negotiorum gestor), und ob der nothwendige Eintritt zugleich honos (magistratus) oder blos munus ist²⁾; die Nothwendigkeit des Eintritts ist ein Grund aus welchem Nachlaß in der Haftung, mit nichten ein Erlaß der Haftung platzgreift (Anm. 13); die Nothwendigkeit besteht da wo sie vorliegt gleichmäig für den Eintritt in die Verwaltung und in die Haftung³⁾. Diese ist überall eine Haftung an die Gemeinwesen &c. &c., aber nicht überall oder stets unmittelbar an diese; sind die Verwalter bloße Mandatare, so haften diese nach römischem Rechte unmittelbar den Mandanten, d. i. den Magistraten, Curatoren &c., von welchen sie Auftrag und Vollmacht empfangen haben, und nur mittelbar dem Gemeinwesen⁴⁾, nur daß nach allgemeinen

1) Die Constitution von M. Aurel, kraft deren der Tutor nicht mehr erst von dem Augenblide seiner Gestion, sondern schon nach Kenntnissnahme von der erfolgten Delation der Tutel an haftbar sein soll (I. 1 §. 1 D. adm. tut. 26, 7) ist wohl auch hieher zu beziehen.

2) In jedem magistratus steht ein munus (munera et honores indicuntur, injunguntur: I. 3 §. 17 l. 4 §. 1 D. mun. 50, 4 – quaedam esse munera . . . honores: I. 6 §. 3 eod. – magistratus ad honorem magis quam ad munus pertinet I. 12 eod. –), in jedem Magistrat und in jedem munus (in jedem Amt) ein Mandat (mandari magistratum: I. 6 pr. eod.).

3) Sie erhält in letzterer Richtung allgemein und speziell aus rubrica C. quo quisque ordine conveniatur (11, 35); I. 2 §§. 8 - 10 l. 3 pr. – §. 4 l. 6 l. 9 pr. – §. 10 D. adm. rer. ad civ. pert. 50, 8. l. 2 C. eod. (11, 30). I. 6 § 1 D. mun. et hon. 50, 4 l. 1 pr. l. 2 §. 1 D. op. publ. 50, 10.

4) I. 2 §. 1 D. op. publ. 50, 10 Curatores operum cum redemptoribus negotium habent, res publica autem cum his, quos efficiendo operi praestituit.

Grundzügen⁵⁾ unter Umständen auch hier utilis actio zu Gunsten des dominus negotii (Gemeinwesen rc.) gegen den Mandatar platzgreift, und es also selbst bei bloßem Mandat zu unmittelbarer Haftung zwischen dem Mandatar und dem Gemeinwesen rc. kommen kann. Nach heutigem Rechte erscheint es aber auch als möglich, daß die legitimen Vertreter der Gemeinwesen und Stiftungen, so wie sie diesen selbsthändelnd in unmittelbarer Stellvertretung Forderungen erwerben (§. 443 S. 529) diese ihre Vollmacht durch Mandat fortppflanzen und also mittelst der Mandatare dem Gemeinwesen rc. unmittelbar beschaffen können, daß sohin die Magistrate des Staates und der Städte, die Vorstände der Corporationen, die Pfleger der Stiftungen und ruhenden Erbschaften, in directer Stellvertretung der Gemeinwesen, Stiftungen und Erbschaften handelnd, Mandate ertheilen und also den Mandatar ihren Prinzipalen unmittelbar obligiren. — An der Verwaltung nehmen nicht blos Magistrate, Syndici, Actoren, Curatoren, Mandatare, überhaupt nicht blos Executiv-Organe, sondern auch die berathenden und beschließenden Factoren theil. Folgerecht haften auch sie⁶⁾. — Obwohl abgesehen von der negotiorum gestio in jedem Eintritt in die Verwaltung ein Mandat unterläuft (Anm. 2), so beruht die Haftung gleichwohl nicht überall auf Vertrag; von einem solchen kann nur die Rede sein, wo die Berufung durch reines Mandat, oder Anstellung erfolgt, der Eintritt also freiwillig erfolgt; nicht auch da wo die Uebernahme des Amtes eine nothwendige ist. Wohl dagegen kann neben jeder Haftung, sowohl derjenigen, welche vertragsmäßig (durch Mandat, Anstellung),

5) 1. 2 D. instit. 14, 3. 1. 5 D. praet. stip. 46, 5.

6) Nach 1. 1 pr. D. de magistratibus convenientis 27, 8 besteht zwar eine Haftung des ordo (Senates, Decurie) im Gegensatz zum Magistrat nur soferne derselbe sie eigens übernommen hat (si receperit in se periculum); allein hier handelt es sich um Haftung aus tutoris datio, einem Akte, an welchem der ordo an und für sich nicht theilnimmt, während im Texte Theilnahme an der Verwaltung vorausgesetzt wird (vgl. Leyser, meditt über die Syndikatsfrage, Spec. 680 XI). In der letzten Periode des römischen Rechts gehen was die Städte anlangt, ordo und magistratus (*πολιτῶν* und *εὐρυτῶν*) ohnehin in einander über (*καύην*, die städtische u. bürg. Verf. d. röm. R. bis auf die Zeiten Justinians. I. IV. - bes. S. 245 fgg.).

als derjenigen, welche quasicontractlich begründet ist, noch eine andere vertragsmäßige hinzugefügt werden — die durch Caution nämlich, welche der Gewählte, Angestellte, Mandatar an das Gemeinwesen re. re. errichtet. Ein Cautionszwang nun aber, wie er im röm. Reiche gegen die mit Vermögensverwaltung betrauten städtischen Magistrate bestand⁷⁾ und allenfalls auch gegen die mit einem solchen munus belasteten Curatoren platzgriff⁸⁾, besteht im heutigen Rechte nicht; wohl dagegen kann in Partikular-Gesetzen oder Verordnungen bestimmt sein, daß Verwaltungsbeamte, insonderheit Kassabeamte, ohne vorgängige Sicherstellung des Fiskus re. re. durch Verpfändung von Werthpapieren oder Baarschaft (Amitcautionen) zur Amtirung nicht zugelassen seien⁹⁾. Gemeinrechtlich dagegen besteht noch das gesetzliche Pfandrecht des Fiskus am Vermögen seiner Administratoren¹⁰⁾. — Was endlich die Verwirkung der Haftung, oder den Grund anlangt, aus welchem die Haftung des Verwalters zur Schuld wird (Bd. 2 §. 212), so kehren dieselben Gründe, aus denen die Haftung von spontanen Geschäftsführern (neg. gestores), Mandataren, Vormündern in Schuld übergeht (§. 321 S. 640. fg. §. 334 S. 777 fg., §. 322 S. 660 fg.) auch hier wieder; sie bestehen auch hier entweder in einer Verschuldnung (dolus oder culpa) bei Führung der Geschäfte¹¹⁾, oder quasicontractlich in Perceptionen¹²⁾.

7) vgl. zu l. 1 pr. D. magistr. conv. 27, 8. l. 68 pr. D. fidej. 46, 1. l. 2 §. 5 l. 11 pr. §. 1 l. 13 l. 17 §. 15 D. ad munic. 50, 1. l. 3 §. 3 D. adm. rer. ad civ. pert. 50, 8. vgl. die tab. Malac. 57. 60 und dazu Mommßen, S. 419.

8) arg. l. 9 §. 7 D. adm. rer. ad civ. pert 50, 8 cf. §. 3 J. Atil. tut. 1, 20. Rudorff, Wormundsch. §. 106 bes. III. 3 u. 4 — von Thibaut, Pand. 8 Aufl. §. 133 auf die Vorsteher aller Gemeinwesen erstreckt —

9) Pfeifer, jur. P. §. 36 a. E.

10) arg. l. 2 C. in q. c. pign. tac. contr. 8, 15. Wernher, observ. 98, 11.

11) z. B. in bonis distrahendis (l. 9 §. 4 l. 6 D. adm. rer. ad civ. pert. 50, 8 cf. l. 2 D. neg. g. 3, 5 — quidquid non ut oportuit gessit —) — wozu auch Versäumnis gehört (l. 1 pr. D. op. publ. 50, 10).

12) l. 9 pr. §. 10 D. adm. rer. ad civ. pert. 50, 8 cf. l. 2 D. neg. g. 3, 5: vel (quidquid) ex his negotiis retinet.

Unter der Verschuldung kann da, wo die Uebernahme der Verwaltung eine unfreiwillige ist, nicht omnis culpa, was lata culpa anlangt auch die in concreto, was diligentia, nur die quam suis begriffen sein¹³⁾. Auf die Erben geht nicht die bloße Haftung, sondern nur die (durch Verwirkung der Haftung erzeugte) Schuld, und selbst diese nicht schlechthin über¹⁴⁾. Verschuldungen der Vorfahren im Amt werden nicht praestirt¹⁵⁾. Eigennamige Actionen sind dieser Schulden halber nicht aufgestellt; für den Fall bloßen Mandats oder der neg. gestio verstehen sie sich von selbst; sonst liegt die utilis curationis causa actio (D. 27, 3 und dazu Bd. 2 §. 321 Anm. 7) am nächsten.

Das jus publicum der Collegenschaft, die damit zusammenhängende Intercession, Solidarität der Haftung und Rangordnung innerhalb der Haftung (ordo conventionis), wie dieses innerhalb der gemeinschaftlichen Magistratur und des gemeinschaftlichen munus bestund¹⁶⁾, kann als dem öffentlichen Rechte anhängend nicht als recipiert betrachtet werden¹⁷⁾. Dagegen steht nichts im Wege, daß etwa durch Gemeindeverfassung, Statut, durch die Art und Weise der Anstellung oder des Mandats ihrer Mehrere zu einer und derselben Verwaltung oder einem und demselben Verwaltungszweige berufen werden¹⁸⁾,

13) vgl. Bd. 2 §. 267 a. E.

14) Abgelehen von dem, was für Peccatischulden nach allgemeinen Grundzügen gilt (Bd. 1 §. 85 Anm. 6 9 und vgl. 1. 68 pr. D. filej. 46, 1. 1. 17 §. ult. D. ad munic. 50, 1), sollen die Erben der Magistrate nur für deren dolus und culpa haften (1. 4 1. 6 D. mag. conv. 27, 8 cf. 1. 17 C. neg. g. 2, 19). Mühlensbruch, Pand. §. 199, 1 -- d. h. wohl für culpa, soweit diese jenen zur Last fällt (Anm. 13), und nicht mehr für custodia.

15) 1. 9 §. 9 D adm rer ad civ. pert. 50, 8. 1. 23 C. decur. 10, 31. Mühlensbruch, § 199 Anm. 7 u. dort agff. abweichende Meinungen.

16) Jus reipublicae pacto mutari non potest, quominus magistratus collegae quoque nomine conveniantur: 1. 2 §. 8 D. adm. rer. ad civ. 50, 8. 1. 11 -- 1. 13 D. ad munic. 50, 1. 1. 3 1. 4 C. quo quisq. ord. 11, 35 1. 45 1. 46 §. 1 D. adm et per. tut. 26, 7.

17) Vgl. Pfeifer, S. 96 Abj. 1. S. 97.

18) vgl. 1. 1 pr. C. quo quis ord. conv. 11, 36 (35) Etsi duobus simul cura pecuniae civitatis non tamen separatis portionibus mandetur -- 1. 2 pr. eod. Quotiens duobus non separatim, sed pro indiviso munus injungitur --

wesfalls denn auch ohne weiteres Solidarität der Haftung platzgreift¹⁹⁾, und ein ordo conventionis begründet ist²⁰⁾.

Der Haftung der Verwalter entspricht nothwendig auch hier eine Haftung des Geschäftsherren für etwaige Auslagen, Honorare²¹⁾. —

So weit die Haftung innerhalb des Gemeinwesens, der Stiftung, hereditas jacens, — zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen. Inwieweit jene aus ihrer Verwaltung nach außen haftbar und schuldig werden, ergibt sich aus den gemeinen Regeln über Obligirung aus Contracten und Quasi-contracten, Delicten und Quasidelicten, über mittelbare und unmittelbare Stellvertretung, und ist denn gelegentlich auch schon oben, bei der Begründung und dem Verkehr des Zweckvermögens durch Obligationen zur Sprache gekommen (§. 443, I, 2 insb. Anm. 56—65). Dabei ist denn bis auf ein gewisses auch schon auf die Frage geantwortet, ob und wie weit die Gemeinwesen zc. zc. aus den Handlungen ihrer Vertreter, mittelbar oder unmittelbar, primär oder blos subsidiär

19) l. 1 pr. cit: C. 11, 36 (35) in der Forts. — singuli non pro virili portione, sed in solidum rei publicae obligantur — In l. 2 pr eod heißt es wohl: Quotiens . . pro indiviso munus injungitur, et ita, ut unus quisque eorum periculo soliditatis videatur obstrictus — was gegen das „ohne weiteres“ im Texte spricht, und so befremdlich ist wie die Sprechweise „periculum soliditatis“ (vgl. übrigens die „Solidität“ in l. 2 C. comm. rer al. 4, 52), wie ferner die Bestimmung, daß der particeps muneris auch dann, wenn ihrer Mehrere separatis (separatis portionibus) zum munus ernannt sind, nicht außer Haftung, sondern blos nach den Nominatoren u. Affirmatoren belangbar sein soll (§. 1 eod.). Indessen geht die Constitution vielleicht von dem Falle aus, wo das munus wie z. B. die Tutel über den Emen Pupillen an und für sich individuum ist, den Mehreren, wenn der Testator oder Magistrat will, auch als solches individuum übertragen wird, aber auch so übertragen werden kann, daß es (e regionibus oder rebus) getheilt ist, hineben jedoch bis auf ein gewisses immer noch Eins ist, so daß immer noch eine gemeinsame Verschuldung platzgreifen kann (l. 47 §. 2 l. 39 §. 3 §. 7 D. adm. tut. 26, 7. l. 2 C. div. tut. 5, 52).

20) so daß in dem Falle, da Einer allein handelt und schädigt, der College nur subsidiär haftet: l. 1 §. 1 eod. (C. 11, 36): Cum autem de indemnitate quaeritur, prius ejus bona qui administravit ac mox, si satisficeri non potuerit, collegae convenientur. Hier gilt dasselbe, wie von den actus separati der collegae; voran praestirt ein Jeder seinen Act; darnach seine Nominatoren und Fideiussoren; zuletzt der College (l. 4 eod.).

21) Die Art der Klage versteht sich von selbst, wo bloszes Mandat oder neg gestio vorliegt; sonst s. oben Text nach Anm. 15.

haftten, — und nur die allgemeinere Behandlung der Frage bis hierher aufgeschoben worden.

Was nun zunächst die Haftung aus Contracten und Quasicontracten der Vertreter anlangt, so muß die Möglichkeit unmittelbarer Obligirung des Vertretenen durch den Vertreter auch hier zugegeben werden²²⁾ denn die zur unmittelbaren Vertretung nothwendige Vollmacht ist in der Person der legitimen Vertreter durch Gesetz, Statut, letzten Willen, obrigkeitliche Verfügung gegeben (§. 448 zu Ann. 15—22), und kann durch Mandat seitens der legitimen Vertreter fortgepflanzt werden (§. 443 S. 529 fgg.). Folgerichtig (insoferne die legitimen Vertreter namens eines Gemeinwesens Rhederei und Handel treiben, Kapitäne und Faktoren anstellen sollten) sind die Nebenhaftungen der exercitoria und institoria zu Lasten des Vertretenen auch hier möglich. Die Nebenhaftungen aus dem item versum, sowie eine unmittelbare Obligirung durch res sind nach Maßgabe dessen was über das Darlehen an Städte ausgesprochen und nach Analogie dessen was über Obligirung von Unzurechnungsfähigen aus deren Kontracten bestimmt ist, schon in römischem Rechte möglich. Wenn letztere durch das Rescript von D. Pius bis zur Bereicherung haftbar gemacht wurden (Bd. 2 §. 220 Ann. 14), so lag der Grund nicht in ihrer nichtigen Handlung, sondern in der Sache (ex re actio venit), und dieser trifft auch zu, wo durch den Bereichertem nicht nur nichtig, sondern gar nicht, wohl aber für ihn gehandelt ist²³⁾. Nur bis zur Bereicherung (si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt — §. 443 Ann. 57. 59) wird die Stadt durch Aufnahme von Darlehen haftbar; wäre sie willensfähig und zustimmend, so würde sie in solidum haftbar (§. 443 zu Ann. 59). In einigen Erscheinungen geht gleichfalls schon das römische Recht über die Haftung ex re hinaus. In Sachen öffentlicher Käufe und Verkäufe, Verpachtungen u. s. f. sowie von

22) Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 785 Abs. 1. Löning, die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten u. a. S. 57, 1.

23) arg 1. 4 D. de vi 43, 16.

Zahlungsversprechungen treten die Administratoren von Städten und Korporationen nach Niederlegung ihres Amtes außer Haft (§. 443 Anm. 60). Ferner besteht Anhalt dafür, daß auch aus nicht öffentlichen Geschäften, vorausgesetzt nur daß zuständigerweise für die Gemeinde gehandelt worden, zwar nicht die Klage, wohl aber die Execution gegen jene ging (§. 443 Anm. 61).

Schwerer hielt es, die Gemeinwesen *rc. rc.*, voran den Staat — worauf so viel ankam — für die Verschuldungen der Beamten *rc. rc.* haftbar zu machen, es sei nun für die Verschuldungen des dolus, der culpa, der custodiae omissio in Kontrakten oder für Delicta in ihrer Amts- oder Vollmachtssphäre. Denn zu Verschuldungen gibt es keine Vollmacht, in ihnen keine Vertretung; eigene Verschuldung aber ist da, wo keine Person, (etwa als culpa in eligendo) unmöglich (§. 443 Anm. 65). Aus dem römischen Recht konnte man nur die Haftung der *res publica* für Verzugszinsen aus dem Verzuge der Vertreter in Judikatsschulden²⁴⁾, und etwa die Haftung der Gemeinde aus Delicten die von der Gesamtheit begangen scheinen (§. 443 Anm. 65), zu Hilfe nehmen. Gleichwohl drängt die Praxis zur Annahme dieser Haftung²⁵⁾. Theoretisch stützt man diese Praxis mehr auf Gerechtigkeit²⁶⁾, oder auf die Intimität zwischen den handelnden „Organen“ und der „Verbandsseinheit“ oder „Gesamtperson“²⁷⁾, aber auch auf die geschichtliche Entwicklung deutschrechtlicher Grundanschauungen im Gegensatz zu der römischen²⁸⁾.

24) I. 78 §. 2 D. leg. II. Volze, Begriff der j. P. S. 145.

25) Volze a. a. D. S. 148. Windscheid, Pand. 6. Aufl. §. 59 Anm. 10. Gierke, a. a. D. S. 784a. S. 788b.

26) Windscheid, a. a. D. S. 168 „wenn man erwägt, daß die j. P. nur durch ihre Vertreter die Möglichkeit gewinnt, ihre Zwecke handelnd zu verfolgen, so wird man nicht anstehen dürfen, es gerecht zu finden, daß die juristische Person die nachtheiligen Folgen dieser Handlungen auf sich nehme, wie sie den Vortheil von denselben hat.“

27) Gierke, a. a. D. S. 786 oben.

28) So namentlich Lönning, s. bes. III u. IV. — Als fester Punkt, um welche sich die Praxis bewegt, ist zu betrachten die Haftung des Staats aus Verschuldungen seiner Beamten in der Handhabung derjenigen staatlichen Einrichtungen, zu deren Benützung das Publikum vom Staaate selbst

IV. Privilegien.

§. 453.

Hierunter ist nicht von den Privilegien engeren Sinnes (personales constitutiones), wie sie einzelnen Städten, Corporationen, Kirchen und Stiftungen verliehen wurden, sondern nur von Privilegien weiteren Sinnes (jus singulare), und zwar von demjenigen singulären Rechte zu handeln, welches für das Zweckvermögen gilt.

Solche Privilegien w. S. sind

1. das beneficium i. i. restitutionis, welches im canonischen R. über die res publicae (Gemeinden) hinaus auf die piae causae, in der Praxis auf alle „juristischen Personen“ erstreckt und als Privileg darum zu betrachten ist, weil die res publica etc. diese Wohlthat gleich einem Minorenne, also nicht blos aus den Gründen, aus welchen Majorenne restituirt werden, genießt (§. 451 Ann. 3. Bd. 1 §. 118 zu Ann. 18—20); —

2. gewisse Vorrechte der piae causae¹⁾, und zwar Befreiung von der Testamentsfolennität (§. 369 2. b.) — besondere Sicherung der denselben zugewandten Vermächtnisse: durch Gewährung des alten Damnationsrechtes²⁾ und Erstreckung der Litiscrescenz (poena dupli) über die Läugnung hinaus auf die Fälle der bis zur Einklagung oder obrigkeitslichen Zahlungsaufforderung gediehenen Saumsal³⁾; — durch

veranlaßt oder gezwungen wird (Depositenwesen — Hypothekenbücher — Post u. Eisenbahnen u. dgl. m.): Löning a. a. D. V. S. 45. Volze S. 160 B.

1) worüber allgemein Tiraquelli, de privill. piae causae. Bas. 1561, insonderheit C. F. Höpfenstöck, dissert de privill. legatt. piorum genuinis et spuriiis — prae. J. H. Boehmer — Gierfe, d. d. Genossenschaftsrecht III S. 115 Ann. 11. S. 119 Ann. 21. S. 149 Ann. 73.

2) § 428 Ann. 40, und zu den dort citt. ll. auch noch §. 23 §. 26 J. act. 4, 6.

3) §. 19 J. act. 4, 6 qui . . dare distulerint usque adeo ut etiam in judicium vocarentur — cf. §. 23 eod.; — §. 26 eod. — non solum infitiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usque quo jussu magistratum nostrorum conveniatur —

Qualifizierung der Vermächtnisforderung als einer solchen, bei welcher mora zum Theil, mit der Strafe des zu prästirenden Gewinnentganges nämlich, ex re plazgreift⁴⁾; neuestens tritt diese mora erst nach 6 von der Insinuation des Testamentes oder doch nach Erwerb der Erbschaft oder des onerirten Vermächtnisses zu zählenden Monaten ein⁵⁾; — durch besonderen Schutz der dem Loskauf der Gefangenen und „den Armen“ hinterlassenen Vermächtnisse, indem der Onerirte, wenn er nach wiederholter Mahnung von zuständiger Seite nicht leistet, alles dessen womit er honorirt ist, zu Gunsten der pia causa verlustig sein soll⁶⁾; — durch Außerkraftsetzung der lex Falcidia in Ansehung aller ad pias causas hinterlassenen Vermächtnisse⁷⁾; — durch Feststellung der Fristen, binnen welcher Bauten-Vermächtnisse an piae causae entrichtet werden müssen, so wie der Folgen ihrer Nichteinhaltung⁸⁾; —

4) I. 45 (46) §. 4 C. episc. 1, 3: hier ist zwar von mora (non a litise. sed ipso jure intellecta) die Rede, die Wirkung derselben aber auf Präsentation der fructus et redditus et omnis legitimata accessio eingeschränkt, also nicht schlechthin (mit Inbegriff der casus praestatio) statuiert. Diese mora gleicht also derjenigen, welche um der Person des Gläubigers (Minorenrennen) willen ex re fit, und welche um eben dieser Einschränkung willen in Bd. 2 §. 272 zu Ann. 39 (vgl. §. 244 Ann. 18) lieber nicht mora genannt sein wollte. Wie bei der i. i. restitutio der res publica (§. oben 1) mag also auch hier (I. 45 §. 4 cit.) an den minor gedacht sein. Eine Besonderheit der mora liegt hier darin, daß der Gewinnentgang bis auf den Tod des Testators zurück in Ansatz kommen soll; dies jedoch nur dann, wenn der Onerirte nicht sofort, nachdem er schuldig geworden, leistet. Nur so läßt sich das super omne tempus quo distulerint facere disposita mit dem a tempore mortis ejus qui disposuit vereinigen. So auch der griechische Text.

5) ausdrücklich aber wieder mit Zurückdatierung auf die Zeit des Todes Nov. 131 c. 12. Mit diesem dies morae nicht zu vermengen die Fristen, welche für Fertigstellung von Bautenvermächtnissen an Kirchen vorgeschrieben sind: Nov. 131 c. 10 cf. I. 45 (46) pr. C. episc. 1, 3.

6) Nov. 131 c. 11. — Zur Mahnung competent ist nach der Novelle der Bischof oder der Defonomus, welche sie per publicas personas ausführen; eventuell der Metropolit. In der That liegt ein weder in §. 396 noch §. 421 Ann. 6 berücksichtigter Indignitätsfall vor. In der 1ten Aufl. S. 1133 unten sind die Capitel 11 u. 12 der Novelle vermerkt.

7) Nov. 131 c. 12 ab init. So nun in Uebereinstimmung mit §. 417 Ann. 15 und in Uebereinstimmung mit der Auth. zu I. 7 C. ad leg. Falc. 6, 50, mit Marezoll, Bangewow u. A. — gegen die 1te Aufl. 1134, wo die Worte der Novelle „omni Falcidia vacante“ noch bedingt (durch den dicens relictam sibi subst. non sufficere) gefaßt wurde.

8) Nov. 131 c. 10 cf. I. 45 (46) pr. C. episc. 1, 3.

Erleichterung der Schenkungen zum Loskauf der Gefangenen durch Erlass der Insinuation⁹⁾); —

Begünstigung aller piae causae gegen Verjährung und Erfüllung (Bd. 1 §. 114 Anm. 10—12, §. 156 zu Anm. 34 u. 36). —

All diese Privilegien der piae causae sind gratuita. Ein Gegenstück bilden die s. g. Amortisationsgesetze. Durch die oben §. 450 II. erwähnten Veräußerungsverbote werden Kirchen und kirchliche Institute zur „todten Hand“; ihre Güter ersterben für den Verkehr. Dieser „todten Hand“ entgegen arbeitet nach englischem, seit dem 13. Jahrhundert gegebenen Beispiel die weltliche Gesetzgebung in der Weise, daß der Erwerb von Grundbesitz, sowie Schenkungen und Vermächtnisse an dieselbe über einen gewissen Betrag an staatliche Genehmigung gebunden werden; und diese den Erwerb der todten Hand beschränkenden Gesetze pflegt man Amortisationsgesetze zu nennen¹⁰⁾; zutreffend aber ist diese Bezeichnung für die den Erwerb zur todten Hand beschränkenden Gesetze nur insofern sie denselben zulassen¹¹⁾); —

3. gewisse Rechte insonderheit des Fiskus (jus fisci)¹²⁾: sein gesetzliches Pfandrecht (Bd. 2 §. 354 Anm. 28, 29), und seine diesbezügliche Priorität (§. 352 Anm. 11); sein privilegium exigendi (§. 286 Anm. 58.); — die Unverjährbarkeit seiner Ansprüche aus Titeln des öffentlichen Rechts (publicae functiones — Bd. 1 §. 114 Anm. 9), und seine Exemption von

9) I. 36 pr. C. donat. 8, 54. Zu Gunsten aller piae causae ward zuvor ein Vorrecht dahin eingeführt, daß bei ihnen die Insinuation erst bei 500 solidi (statt der sonstigen 300) nothwendig sein solle (I. 34 pr. §. 1 eod.); seit I. 36 §. 3 eod. sind ihnen alle anderen insinuationsbedürftigen Schenkungen gleichgestellt. Der Brachylogus (II, 13, 11) aber befreit nicht bloß den Loskauf der Gefangenen, sondern alle venerabiles domus von der Insinuation schlechthin.

10) z. B. Walter, Kirchenrecht §. 277; Schulte, Syst. d. Kirchenr. §. 476, Lehrb. d. Kirchenr. (4te Aufl. §. 464); Widder, d. Amortisationsgesetz. im Kgr. Bayern, 1873 §. 1, dafelbst §. 3 eine Anmerkung (9) über das Wort „Amortisation“.

11) vgl. Eichhorn, Kirchenr. II §. 768, welcher die jeweilige Gestaltung dieses Erwerbes Amortisationsgesetz nennt.

12) Voët, Comm. ad Pand. h. t. (49, 14) nro 2.

der ordentlichen Ersitzung (Bd. 1 §. 156 Anm. 24—29); — sein Recht auf Zins aus dem Gesichtspunkt einer ex re platzgreifenden mora (Bd. 2 §. 244 Anm. 18, §. 272 Anm. 39); — sein Recht auf buchstäbliche Geltendmachung des edictum fraudatorium¹³⁾; — Erleichterung der Evictionshaft aus Veräußerungen¹⁴⁾; — Gefreiheit vom aedilicischen Edicte¹⁵⁾ — von der Einrede der Compensation wider die Klage auf den Kaufpreis¹⁶⁾. Kein Sonderrecht, sondern Ausfluß ständiger Vertragsproposition war die in diem addictio bei fiscalischen Verkäufen¹⁷⁾. Wollte man alles was unter dem jus fisci vor kommt, z. B. auch das Recht auf bona vacantia damnatorum und die Caducitäten unter die Privilegien des fiscus zählen, so wäre noch manches zu nennen. Manche sind in der Reichszeit zu Gunsten der landesherrlichen fisci mißbräuchlich aufgekommen¹⁸⁾. Die Ausdehnung der privilegia fisci auf das städtische Vermögen ist selbst den Reichsstädten gegenüber und auch dann bestritten geblieben, wenn sie merum imperium hatten¹⁹⁾,

13) Dieses ward sonst auf die non quae sita nicht angewandt, trotzdem auch in der Ausschlagung eines Erwerbs die edictmäßige frans in creditores vorliegen konnte. Zu Gunsten des Fiskus ließ man dem Edicte freien Lauf (I. 45 pr. cf. I. 26 D. j. f. 49, 14; hiernach Bd. 2 §. 345 Anm. 2 zu beschränken).

14) Zuerst durch ein Edict von M. Aurel, welches demjenigen der vom Fiskus kauf eine kurze (5jährige) Verjährung gegen den Eigentümer gibt — dann durch eine Zenonianische Constitution (I 2 C. quadr. praescr. 7, 37), welche dem Eigentümer und Pfandgläubiger die vindicatione gegen denjenigen, der die Sache aus was immer für einem Titel vom Fiskus erworben, versagt, ihm statt dessen den Fiskus (potentior) zum unmittelbaren Gegner gibt und aber zugleich seiner Klage schon nach 4 Jahren ein Ziel setzt (vgl. Bd. 1 §. 113 S. 393 unten — §. ult. J. usuc. 2, 6).

15) I. 1 §. 3 D. aed. ed. 21, 1 — edictum . . non pertinere ad fisc. venditiones, als ob das qui mancipia vendunt gar nicht auf den Fiskus ginge —

16) I. 7 C. comp. 4, 31.

17) I. 4 C. de fide et iure hastae fiscalis et de adjectionibus 10, 3 — tempora in fiscalibus hastis statuta — I. 1 C. de vend. rebus civ. 11, 32 (31) — tempora adjectionibus praestituta — mit uns unbekannten Fristen. Vgl. übrigens Ulr. Huber, prael. III lib. 42, 1 ad D. 49, 14. nro 4. Voët, com. ad Pand. ad h. t. (49, 14) nro 2.

18) Vornehmlich gegen sie die Dissertation von J. F. Scharf, de his quae juribus ac privilegiis fisci perperam accensentur. Gießen 1711.

19) Scharf, a. a. O. §. VI.

während sie noch in classisch-römischer Zeit dem Caesar und der Augusta zuerkannt wurden²⁰).

Daß man sich keines Vergehens schuldig macht, wenn man in zweifelhaften Fällen lieber (facile) gegen den Fiskus spricht²¹), lautet vielmehr nach einer Entschuldigung der Parteinaahme gegen den potentior, als nach einem privilegium odiosum²²); —

4. Den Gemeinden ist ein privilegium exigendi eingräumt (Bd. 2 §. 286 Anm. 60). Die Erübung anlangend kam ihnen wohl eine Exemption von der alten usucapio zu statthen²³); gegen die neuere Erübung sind sie nicht privilegiert²⁴).

V. Untergang, Abgang und Convertirung des Zweckvermögens.

§. 454.

I. Von Untergang eines Zweckvermögens kann im vollen Sinne des Wortes, so daß von ihm nichts mehr übrig ist, nur da die Rede sein, wo jenes in seinen (körperlichen oder unkörperlichen) Bestandtheilen durch Untergang von Sachen, Insolvenz der Schuldner, Entwerthung des Geldes, Aufhebung und Verjährung von Rechten und Gerechtsamen zu nichts geworden ist.

Nur auf diese Weise kann, auf diese muß es untergehn¹⁾.

20) I. 6 §. 1 D. j. f. 49, 14.

21) I. 10 D. j. f. 49, 14.

22) So scheint auch Puchta, Pand. 11. Aufl. §. 26 not. f. die Stelle zu verstehen; anders Böcking, Instit. d. gem. d. Civilr. I §. 65 §. d. Die Aeltern dachten namentlich an Caducitätsfälle (Cujac. Paratitl. ad C. de cad. toll. Averanius, interpr. jur. lib. IV c. 17 §. 7 §. 9. Fornarius, Select. lib. II c. 20 in Otto, thes. II §. 70).

23) I. 9 D. usurp. 41, 3. l. 12 §. 2 D. Publ. 6, 2.

24) Paul. R. S. V 2 § 4. l. 15 §. 27 D. damn. inf. 39, 2. Oben Bd. 1 §. 156 Anm. 26 sicc. und die bei Wangerow § 317 Anm. A. 4 gegen diesen selbst citt. Autoren.

1) Daß in manchen Darstellungen über den Untergang der juristischen Personen überhaupt und der Stiftungen insonderheit des Untergangs durch den Vermögensuntergang gar nicht gedacht ist (z. B. Savigny, Syst. II §. 89; Pfeifer, jur. Pp. §. 48 §. 40 §. 41 — wogegen Puchta, Vorl. §. 28 a. E. Unger, Comm. z. b. Gb. I §. 44. Roth, über Stiftungen,

Nicht unnatürlich²⁾ aber ist es, unter Umständen, wo alsbaldige Erneuerung eines untergegangenen Zweckvermögens in Aussicht steht, so zu sprechen, als ob daselbe noch fortbestehe³⁾. Je sicherer das Ding, für dessen Existenz und Wohlfahrt oder zu dessen Vertilgung das Vermögen gehörte (die universitas personarum, die Gefangenen, Armen, Kranken u. s. f. — die Seuche u. c. Bd. I §. 61 Abs. 3), nach dem Untergange dieses Vermögens fortbesteht, und je nothwendiger, oder regelmäßiger, oder häufiger nach dessen erster Begründung weitere Zuwendungen an daselbe waren, desto eher wird man die Voraussicht oder Hoffnung auf Neubegründung als Fortbestand zu bezeichnen geneigt sein⁴⁾. Wo sich endlich für einen gewissen Zweck nur umlaufende Gelder, dagegen keine Anlagen in beweglichem und unbeweglichem Besitz oder in Kapitalien

ther. Thibb. I S. 219. 2), mag um so mehr auffallen, als zahllose Stiftungen an nichts anderem als Vermögensschwund untergegangen sind, erklärt sich aber insbesondere aus der „juristischen Person“, die ja doch gleich anderen Personen auch einmal ohne Vermögen existiren kann (vgl. oben S. 459 in med. und hier unten Anm. 3). Sollen ja juristische Personen nicht blos vermögenshalber, sondern auch zu ganz anderen und größeren Aufgaben (z. B. um ganze Reiche und Staaten zu sein) existiren.

2) Diese Einräumung ist im Gegenhalte zur 1ten Aufl. S. 1137 unten und fg. zu machen.

3) So lassen Windscheid (P. §. 61 2. c.) u. Beseler, d. Privatr. §. 72 Nr. 15 eine Stiftung trotz Untergangs des Stiftungsvermögens dann fort dauern, wenn sein Untergang nur „momentan“ (Beseler), oder „die Aussicht auf Erneuerung derselben (Stiftung oder desselben Stiftungsvermögens) nicht abgeschnitten oder in unberechenbare Ferne gerückt ist“ (Windscheid). Hiermit im Zusammenhang steht es, daß Schenkungen, u. c. welche während dieser Zeit an denselben Stiftungszweck erfolgen, nur als „Zuwendungen“ nicht als „Begründung“ einer neuen „Stiftung“ betrachtet werden (Beseler). Die praktische Bedeutung dieser Aufrechthaltung einer untergegangenen Stiftung dürfte darin zu suchen sein, daß für eine Neustiftung obrigkeitliche Genehmigung nothwendig sein könnte (§. 441), während sie es für eine bloße Zuwendung zu einer fortbestehenden Stiftung nicht wäre. Freilich wird diese Bedeutung hinfällig, wenn es wahr ist, daß fernere Zuwendungen an eine Stiftung, wenn sie ohne besondere Genehmigung zulässig sein sollen, in der anfänglichen Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend mitbegriffen sein müssen (§. 441 a E.); unter dieser Voraussetzung ist die fernere Zuwendung erlaubt, ob sie nun bloße Zuwendung oder Neustiftung ist.

4) Insoferne diese Voraussetzungen leichter bei öffentlichen als bei Privatzwecken zutreffen, ist die Unterscheidung von Sintenis, pract. gem. Civilr. I §. 15 II S. 112 nicht unbegründet; eher wird sie es aus dem von ihm angeführten Motive (daß dort die Anerkennung mehr auf den Zweck, hier mehr auf die Vermögensbildung gehe).

ergeben, wie das bei Sammlungen, allenfalls in Vereinen, möglicherweise selbst in Gemeinden der Fall ist, wird man lieber von gar keinem Vermögen, sondern blos von Eingängen oder Einkünften, mithin auch von keinem Vermögensuntergang, sondern von dem Bedürfniß oder der Nothwendigkeit weiterer Sammlungen oder Umlagen sprechen.

Von Rechtswegen dagegen wird man vom Untergange eines Zweckvermögens so lange nicht sprechen können, als es auch nur noch in Schulden besteht⁵⁾.

II. Abgesehen von dem Untergange des Vermögens gibt es auf dem Gebiete des Zweckvermögens nur Uebergang⁶⁾, Uebergang mit oder ohne Vacanz.

Die Ursache des Ueberganges liegt meistens auf Seite des Zweckes, es sei nun, daß er erreicht ist, das Zweckvermögen also seine Aufgabe gelöst hat⁷⁾, — oder daß er in und mit dem Dinge, das in ihm angestrebt ist, also beim Gemeindewesens-Vermögen mit der universitas personarum — Staat⁸⁾, Gemeinde⁹⁾, Korporation¹⁰⁾ — bei Sonderzweckvermögen mit der Familie, den gewissen Gefangenen, Armen, der gewissen Kirche u. s. f. untergegangen ist, — oder ihm endlich seine Vermögensfähigkeit entzogen wird¹¹⁾.

5) arg. l. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1. S. dagegen Demelius, Therr. Jahrbb. IV S. 156 Roth, a. a. O. S. 219, 2. Wenn während dieses Zustandes Zuwendungen erfolgen, kann m. E. nur von Aktivirung, nicht Neugründung des Vermögens die Rede sein.

6) Theilweise das Gegenteil, aber vereinzelt, lehren diejenigen, welche das Vermögen von Privatcorporationen nach Untergang der Corporation zur res libera werden lassen (Sintenis, a. a. O. § 15 nach Note 29; vgl. Kierulff, Theor. d. g. Civilr. S. 143, 2).

7) wie das bei der hereditas jacens in dem Augenblifke der eintretenden Erbfolge der Fall ist —

8) durch Eroberung und Annexion —

9) politische Auflösung, völlige Auswanderung, Vertreibung im Krieg, bei welcher Aeltere (Leyser, meditt. spec. 559, 13 spec. 659, 6—8) ein ius postliminii annehmen, das doch bloße Rückkehr nach der Flucht sein dürfte — Aussterben (vgl. nächste Anm.).

10) durch deren Auflösung oder Aufhebung (Bd. 1 §. 35, 3), insonderheit auch durch Aussterben. Auch nur Ein Ueberlebender erhält die ganze aufrecht (l. 7 §. 2 D. quod ejus. univ. 3, 4); ob aber auch kein Ueberlebender das vermöge? Savigny, Syst. II S. 280. Gierke a. a. O. S. 182 Anm. 189; vgl. hier oben Anm. 3.

11) Ihrer Vermögensfähigkeit verlustig wurde die Mehrzahl der Bachusgesellschaften durch das SC. de Bachanalibus (Rudorff R. R. G. I S. 221) —

Was die Frage anlangt auf wen oder was das also zwecklos gewordene Vermögen übergehe, so wäre dieses nach herrschender Lehre regelmäßig bonum vacans und gleich der erblosen Erbschaft dem Fiskus zuständig¹²⁾, und jedes andere Schicksal desjelben als Ausnahme zu betrachten. Statt dessen wird

1. die hereditas jacens nur subsidiär, wenn der Zweck für welchen sie gehört, die Erbsfolge, unerreicht bleibt, zu ledigem Gut; sonst geht sie auf den Erben über.

2. Ueber das Schicksal des Corporations- und des Stiftungsvermögens entscheiden zunächst die etwaigen autonomen Bestimmungen der Statuten oder der Stiftung¹³⁾; ihnen zu folge kann ebenjowohl Uebergang auf Personen¹⁴⁾ als Convertirung auf andere Zwecke geboten sein¹⁵⁾.

In Ermanglung solcher Bestimmungen soll nach classischem Borgang die Obrigkeit bestimmd eingreifen, nicht derart, daß für den Fiskus vindicirt, sondern so, daß auf einen nächstverwandten Zweck convertirt wird¹⁶⁾. Dies hat auch für den Fall zu gelten, da Körporationen und Stiftungen von Staatswegen aufgehoben, insbesondere Klöster und kirchliche Fonde saecularisirt werden¹⁷⁾. Wo saecularisirt wird, läßt der

in der christlichen Zeit der heidnische Cultus: argg. I. 1 l. 5 l. 9 §. 1 (pr.) C. de paganis sacrificiis et templis I. 11. — Bloßer Mangel an testamentificatio passiva seitens jüdischer Gemeinden ist in I. 1 C. de Judaeis I. 9 bezeugt (j. dagegen Mühlensbruch, Städtischer Erbschaftsfall S. 160).

12) Puchta, Weiske's Rechtsl. III §. 74. Unger, Comm. §. 43 V §. 44 IV. Arndts P. §. 45. Windscheid, P. §. 62. Kierulff, Theorie d. g. Civilr. S. 142 fg. Gierke, a. a D. S. 185.

13) vgl. Gierke, a. a. D. S. 184

14) z. B. bei der Auflösung von Corporationen Uebergang auf die letzten Mitglieder

15) vgl. Unger, a. a. D. und krit. Ueberschau VI. 178. Windscheid P. §. 62 Ann. 1. Beiserer, d. Privr. §. 72 a. E. Mühlensbruch P. §. 201 a. E. Pfeiffer jur. P. §. 48 a. E. Puchta, Weiske's Rechtsl. III S. 73 unten.

16) Die Quellen anlangend muß unterschieden werden zwischen einer Convertirung, welche zweckwidrige Verwendung wäre und demnach unstatthaft ist (I. 1 D. adm. rer. ad eiv. pert. 50 8 vgl. I. 7 (5) §. 1 eod.), und derjenigen, welche wegen Unerreichbarkeit oder Unzulässigkeit des Stiftungszweckes eintritt. Letztere bedarf kaiserlicher Genehmigung (I. 6 (4) eod.), oder muß sich auf eine generalis constitutio stützen können, wie der Fall in I. 7 pr. D. de operibus publ. 50, 10.

17) Dem entsprechend haben Convertirungen des heidnischen Tempels

Staat niemals, auch dann nicht, wenn nicht convertirt wird, das caduke Vermögen erst ledig werden, sondern nimmt er es, indem er es erledigt, für sich oder Andere oder Anderes in Anspruch. Hier ist es vorgekommen, daß der animus rem sibi habendi alles andere nach sich zog. — Bei Annexionen bleibt bezüglich des bisherigen Staats-, Landes- Provincialvermögens der Zweck für welchen diese Vermögen zuvor gehörten, von Rechtswegen auch fortan deren Inhaber.

3. Nach all dem bleiben noch immer Fälle übrig, in welchen Vakanz und das Recht des Fiskus an den bona vacantia platzgreift; aber sie ist die letzte, nicht die erste Auskunft für das von seinem Zwecke getrennte Vermögen.

vermögens in christliches Kirchengut stattgefunden: 1. 5 in f. l. 9 §. 1 (pr.) C. de pagan. sacrif. et templ. 1, 11 - Convertirungen von Kloster- Jesuitengütern in Schulfonds etc. (Gierke, a. a. O. III. S. 801 Anm. 150 S. 805 Anm. 162). Es ist bemerkenswerth, daß man in der Reformationszeit, anstatt anderen Theorien zu folgen (die eingezogenen Güter als Eigentum der Landeskirche zu betrachten, „lediglich aus dem Begriff des Zweckvermögens (!) dessen Verwendung für ähnliche Zwecke beim Fortfall des bisherigen Zwecks“ für „Pflicht“ hält (Gierke S. 801 unten).



26 ju

Lehrbuch
der
P a n d e f t e n

von

Dr. Alois Brinz,

Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

Dritter Band.

Zweite Abtheilung. 2. Lieferung.

(Die Familienrechte und die Vormundschaften.)

Zweite Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Philipp Lotmar,

Professor des römischen Rechts an der Universität zu Bern.



Erlangen u. Leipzig 1889.

Andr. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(G. Böhme).

II.

Die Familienrechte und die Vormundschaften¹⁾.

Erster Abschnitt.

Die Familienrechte.

Einleitung.

§. 455.

Als Familienrechte bezeichnen wir alle diejenigen Rechte, welche das Mitglied einer Familie als solches hat.

Rechtsfähigkeit und Rechte, wie sie für den Staatsgenossen heute noch unmittelbar aus der Staatsgenossenschaft entspringen, hatten vor Alters ihren letzten Ursprung in der Familie²⁾; und immer noch entspringen wenigstens Rechte auch aus der Familie^{3).}

Wo sich dreierlei Familien so scharf von einander sonder-ten, wie im alten Rom — Haus, Stamm (gens — Agnat-

1) Diese Überschrift ist nach Maßgabe von Bd. I §. 123 an die Stelle der früheren („die Familien- und Vormundschaftsrechte“ S. 1151 der 1. Aufl.) gesetzt worden. Die in Bd. I §. 123 aufgestellte Rubrik lautet: „Die Familiengewalten und die Vormundschaften“. Dieselbe auch in ihrem ersten Theile hier anzunehmen, würde eingreifende Änderungen des Textes erforderlich gemacht haben. Denn einmal beginnt die Erörterung sofort mit einer Erklärung der Familienrechte, nicht der Familiengewalten, und dann lassen sich die der Hausherrlichkeit (I. §. 456) gegenübergestellten (S. 589 al. 1) und unter II. in §. 492 sg. behandelten Verwandtschaftsrechte schwerlich unter den Familiengewalten befassen. Wohl aber werden diese Gewalten vom Berf. zu den Rechten gezählt, vgl. z. B. Bd. I S. 220 und unten §. 467 a. E.

2) Bd. I §. 34. §. 40 zu Anm. 18 und §. 53.

3) unten §. 492, vgl. Esмарх, Grundss. des Pandektenr. §. 460. Windscheid, Pand. §. 39 Ziff. 2. Becker, Syst. d. heut. Pandrs. I §. 25 Beil. I („totale Beseitigung aller Familienrechte“) und hiezu dieses Lehrb. 1. Aufl. §. 22.

ſchaft), Cognatschaft mit Affinität⁴⁾), — da gingen auch dreierlei Gruppen von Rechten deutlich auseinander. Die des Hauses lassen sich als Hausherrschaft umfassen und verdeutlichen⁵⁾; der Agnation entsprachen Rechte der Agnaten und Gentilen⁶⁾; Rechte der Cognaten und Affinen der weiteren Verwandtschaft⁷⁾. Vielmehr muß man sagen: Dadurch daß im Hause, Mannesstamme, Cognaten- und Affinenkreise so bestimmte und verschiedene Rechte zur Geltung kamen, ergab sich die Sonderung der Familie in mehrreli Verbände.

Im neuesten römischen Rechte löst sich der alte, aber längst abgeschwächte Gegensatz von agnatischen und cognatischen Rechten vollends auf⁸⁾; Rechte der Verwandtschaft gibt es auch jetzt noch, allein sie kommen den agnatischen und cognatischen Verwandten so gleichmäßig zu, daß um der Rechte willen zwischen Agnaten und Cognaten nicht mehr unterschieden zu werden braucht und so denn auch nur mehr von Einerlei verwandtschaftlichen Rechten zu reden ist⁹⁾. Dagegen gibt es im heutigen gemeinen Rechte, von seinen einheimischen Quellen her, allerdings noch besondere Rechte oder Vorrechte der Agnaten, und zwar wie im älteren Römischen Rechte auf dem Gebiete der Erbsfolge und der Vormundschaft¹⁰⁾. Nun aber diese Vorrechte sich meist nur innerhalb gewisser Volkskreise namentlich¹¹⁾ des hohen Adels erhalten haben, und also zum Sonderrechte geworden sind, würde selbst vom Standpunkte des heutigen ge-

4) Bd. I §. 36. §§. 38–41.

5) — in domo dominium — l. 195 §. 2 D. v. s. 50, 16 und unten §. 456 a. E.

6) Lange, Röm. Alterth. Bd. I Nr. 41.

7) vgl. die typisch immer und immer wiederkehrenden iura cognationum bei Plin. Paneg. c. 37 u. 39, cognitionis iura in l. 4 D. de sent. pass. 48, 23 und Bd. I §§. 38. 39, sowie Voigt, Jus naturale III §§. 149–155, insonderheit Ann. 1839, ferner die iura sanguinis in l. 8 D. r. j. 50, 17.

8) Buchholz, jurr. Abhh. 1833. 3. Abhh. „Leber die noch jetzt gelgenden Unterschiede zwischen Cognaten und Agnaten“ (S. 96).

9) Bd. I §. 49 „die Familie heutigen Rechts“.

10) Beseler, Syst. d. gem. deutsch. Privatrs. (4. Aufl.) §. 134, IV. §. 177, III und IV, Stobbe, Handbuch d. deutschen Privatrs. Bd. V §§. 286 (S. 71), 291 (S. 106), 315 (S. 327, 330–2), 316, 317 (S. 342 ff.), 320, 321 (S. 364–6), 322.

11) Die drei vorstehenden Wörter sind auf Grund der Ann. 10 hinzugefügt worden.

meinen, nicht blos von dem des heutigen römischen Rechtes aus die Aufstellung verwandtschaftlicher Rechte ohne Unterscheidung in agnatische und cognatische Rechte genügen.

Auch die in der Hausherrschaft begriffenen Rechte haben sich noch im römischen Rechte nicht unbedeutend verändert, und bei uns weitere Modificationen erfahren. Nichtsdestoweniger besteht das Wesen derselben noch heute. Eine Abschichtung der Familienrechte I. in die Hausherrschaft (§. 456), und II. in Verwandtschaftsrechte (§. 492) wird sich darnach von selbst ergeben.

Wie es Rechte gibt, welche zwischen den Familiengenossen als solchen bestehen, gibt es auch Pflichten, die ihnen als solchen obliegen¹²⁾. Und zwar ist hiebei nicht blos an Pflichten zu denken, welche der bloße Widerschein des Rechtes auf der entgegengesetzten Seite sind, wie z. B. ein gewisses Befehlsrecht des Vaters auf der einen Seite sich als Pflicht zum Gehorsam auf der anderen Seite ausdrückt; sondern 1) an Pflichten, welche vielmehr Ursache denn Folge von Rechten sind, wie z. B. die Dotations- und Alimentationspflicht (§. 492 Ziff. 4 und 5); 2) an Pflichten, welche in der Weise öffentlicher Rechte¹³⁾ zugleich Rechte sind, so daß dasselbe Subject zu demselben Object berechtigt wie verpflichtet ist, wie z. B. der Vater sein Kind erziehen darf und soll (§. 459).

Diese Pflichten (sub 1. u. 2.) fallen unter den altrömischen Begriff des Officium. Bei weiterem Gebrauche des Wortes begreift officium freilich jede Pflicht, sie mag im Recht anerkannt sein oder nicht, von der Philosophie, der Theologie oder der Volksmoral postulirt, wie immer und zwischen wem immer begründet sein¹⁴⁾; allein technisch beschränkt es sich auf die nach der Volksmoral

12) Mit Bezug auf das Folgende wie auf §§. 470. 471. 492 sagt Mandry, daß gem. Familiengüterrecht Bd. I, S. 197 Anm. 1: „Die Pflichtseite der Familienverhältnisse und hiermit des Familienrechtes, bisher im Allgemeinen weit nicht nach Gebühr berücksichtigt, kommt zu ihrem vollem Rechte bei Brinz, Pandekten“; vgl. auch Mandry, M. Vierteljahresschr. XII, S. 500, 501 und Familiengüterrecht Bd. I S. 231 Anm. 3.

13) Bd. I §. 123 S. 444 und §. 64 S. 210 al.; §. 73 Anm. 9 fg. ferner unten §. 457 II, Bd. II §. 249 a. E. und unten §. 496 vor Anm. 14.

14) s. z. B. Cic. de off. I c. 2.

(*moribus populi Romani*) zwischen gewissen Personen als solchen geltenden Pflichten¹⁵⁾). Von dieser Art sind die Pflichten, welche Tutores¹⁶⁾, Patronen, Clienten, Gastfreunden als solchen gegenüber den Mündeln, Clienten, Patronen¹⁷⁾, Gästen als solchen obliegen; von derselben Art aber auch die Pflichten zwischen Eltern und Kindern, und die zwischen Verwandten; sie fallen denn auch sämtlich unter die officia, welche nicht nur ihrem Dasein, sondern auch dem gradus und ordo nach in den *mores populi R.* begründet waren¹⁸⁾). Auf die von Gellius (Ann. 18) aufgeführten Verhältnisse ist der volksmäßige Begriff von officium aber kaum beschränkt gewesen¹⁹⁾; waren gewisse Interdicte, wie das *de libero homine exhibendo, officii tuendi causa* aufgestellt²⁰⁾, so dürfte auch ein officium zwischen den Freien als solchen anerkannt gewesen sein²¹⁾; nicht minder hat jeder der um der res publica willen mit einer besonderen Macht ausgestattet war, jeder magistratus und jeder judex, zugleich mit seiner Macht auch sein officium, in der Republik gegen das Gemeinwesen, um dessentwillen er auch die Macht hat; ja seine potestas ist auch sein officium²²⁾.

Ohne das Wesen des officium und seinen Unterschied von obligatorischen Pflichten erschöpfen zu wollen, kann man sagen, daß es nur zwischen Personen eines gewissen Verhältnisses,

15) hierüber Voigt, *Jus naturale* III, §. 210 und Voigt, XII Tafeln I, §. 325–8; z. B. Seneca, *de benef.* 3, 18 (im Gegensaß zu *bene- ficium, quod alienus det*) — officium esse filii, uxoris, et earum personarum, quas necessitudo suscitat et ferre opem jubet.

16) Das hier in der ersten Aufl. §. 1153 3, 11 folgende Wort „Curatoren“ ist nach Maßgabe der Ann. 15 u. 18 im Einklang mit dem unten §. 511 nach Ann. 11 Gesagten weggelassen worden.

17) *i. den libertus patrono inofficiosus in l. 1 D. de jure patron.*
37, 14.

18) Gellius N. A. V, 13, §. 2 — ex *moribus populi Romani* primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere — secundum eos proximum locum clientes habere — tum in tertio loco esse hospites; postea esse cognatos adfinesque. Bd. I §. 64 Ann. 4. Bd. II §. 219 Ann. 12.

19) Belege bei Voigt, XII Tafeln Bd. I, §. 327 Ann. 14.

20) l. 2 §. 1 D. interd. 43, 1.

21) vgl. l. 1 pr. C. *de his quibus ut indignis* 6, 35: *Heredes, quos necem testatoris inultam omissoe constituit — qui debitum officium pietatis scientes omiserint.*

22) z. B. l. 1 §. 4 D. susp. tut. 26, 10; s. jedoch auch unten §. 500 a. E.

zwischen diesen aber ohne weiteres vorkommt, während die obligatorische Pflicht zwischen beliebigen Personen, allein immer nur auf Grund einer besonderen Thatsache²³⁾ Platzgreift; — daß der Anspruch aus einer obligatio etwas wesentlich pfeniäres²⁴⁾, der aus dem officium etwas wesentlich ethisches ist; — daß die obligatio stets mit Geld gelöst werden kann²⁵⁾, während die Verlezung des officium auf die Person des Pflichtigen, sein Haupt²⁶⁾, seine Ehre²⁷⁾, seine Handlungsfähigkeit²⁸⁾, ja selbst auf seinen Verstand²⁹⁾ zurückfällt³⁰⁾, und selbst da wo der Pflicht ein fordungssatiger Anspruch gegenübersteht, wie der Alimentations- und Dotationspflicht, doch keine normale Obligatio aufkommt³¹⁾; — daß endlich die Verfolgung der Inofficiosität keine bloße Privatsache mehr ist³²⁾.

Ist demnach das officium zwar in anderer Weise als die obligatio, allein darum nicht minder als diese im Rechte anerkannt, so kann es auch an ihrem Vorkommen in unseren Rechtsbüchern nicht fehlen; Belege dafür werden sich weiter unten (S. 602. II.) von selbst ergeben. Anstatt des Wortes officium begegnet uns aber nicht selten „pietas“, besonders zwischen Kindern und Eltern³³⁾.

23) Bd. II §. 247 eingangs, §. 222.

24) Bd. II §. 239.

25) l. 9 §. 2 D. statul. 40, 7 — ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt —.

26) Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto: Servius ad Aen. 6, 609.

27) l. 3 §. 18, l. 4 pr. §§. 1. 2 D. de susp. tutoribus 26, 10. l. 9 C. eod. 5, 43.

28) Paul. R. S. III, 4 A §. 7 (Bd. I §. 54 Anm. 6), l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24, 3.

29) l. 2. l. 5. l. 19 D. de inofficio testam. 5, 2. Vgl. Voigt, Jus nat. III Anm. 1827.

30) zum Voraußgehenden vgl. Bd. I §. 64 bei Anm. 5 fg.

31) vgl. Savigny's „anomalische Rechte“, Syst. II bes. S. 118 fg. D. E., Zeitschr. j. gesell. R. W. VI S. 238 Anm. 1, dieses Lehrbuch Bd. I §. 73 S. 235 Abs. 1 und Mandry, Familiengüterrecht I S. 230 fg.

32) Den zugehörigen Worten des Textes ist in einem Exemplar des Verfassers ein allem Anschein nach von seiner Hand herrührendes Fragezeichen beigesetzt. Auch findet sich Bd. I §. 64 Anm. 7 und §. 73 S. 235 Abs. 1 die Verfolgung der Inofficiosität auf andere Art mit dem officium in Zusammenhang gebracht. S. auch unten §. 457. II.

33) l. 28 D. de his qui not. infam. 3, 2. l. 30 (31) §. 6. l. 33 (34)

Ueberhaupt wird der Familienpflichten im Einzelnen gelegentlich der Familienrechte gedacht werden.

I. Die Hausherrschäft.

§. 456.

Väterliche und eheherrliche Gewalt, jämmt der Gewalt über Slaven und Knechte, Sachen und Rechte vielleicht einmal als Eine Gewalt begriffen¹⁾ und bezeichnet (Manus, Munt)²⁾, sind in der historischen Zeit verschieden gedachte und genannte Gewalten³⁾. Allein so richtig und nothwendig diese Distinction, so unvertilgbar währte und währt die höhere Gemeinschaft innerhalb derselben fort. Wird sich unten (§§. 457. 468 Ziff. 2) von selbst erweisen, daß eine „rechtliche wie sprachliche Gleichartigkeit“ zwischen den Familien-Gewalten und dem Eigenthum⁴⁾ noch heute besteht: so liegt die Verwandtschaft zwischen

D. neg. gest. 3, 5 (iure pietatis — pietate cogente). I. 2 D. inoff. test. 5, 2. Paul. R. S. IV, 5 §. 1 (ex officio pietatis). I. 50 D. fam. ercis. 10, 2 (pietate debita). I. 8 D. probat. 22, 3. I. 11 D. pact. dot. 23, 4. I. 1 §. 2 D. susp. tut. 26, 10. I. 102 D. cond. et dem. 35, 1. I. 4 D. curat. fur. 27, 10. I. 3 §. 4 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (pietas genuina). I. 80 (78) pr. D. Trebell. 36, 1. I. 1 pr. §§. 1. 2. I. 10 D. obseq. parent. 37, 15. I. 1 §. 10 D. si quid in fr. patroni 38, 5. I. 14 §. 1 D. alim. leg. 34, 1. I. 23 (22) §. 4 D. ad I. Jul. adulst. 48, 5. I. 5 D. de lege Pomp. 48, 9. I. 3 C. inoff. test. 3, 28. I. 4 C. de alendis lib. et par. 5, 25. I. 6. I. 9 C. qui petant tut. 5, 31. I. 3 §. 2 C. inf. expos. 8, 51 (52). I. 8 §. 5 C. bon. quae lib. 6, 61. I. 3 C. patr. pot. 8, 46 (pietatem patri debitam). I. 14 C. qui accusare 9, 1 cf. I. 52 (50) i. f. D. Trebell 36, 1. Senec. clem. I, 13. 23, selbst unter Slaven I. 41 §. 2 D. leg. 32 (pietatis intuitu). S. auch unten §. 470 Anm. 10 und vgl. Voigt, Jus nat. III Anm. 1837. Vom obsequium (welches den Eltern gegenüber mit dem officium unterschieden die einheitliche Pietätspflicht bildet) handelt ausführlich Leist bei Glück, Comm. Serie 37. 38. V. S. 20—148.

1) „jetdem die ursprüngliche Einheit aller hausherrlichen Gewalt nicht blos behauptet, sondern auch — soweit in solchen Dingen möglich — erwiesen worden ist“. Mandry, Familiengüterrecht Bd. I, S. 31, ferner oben Bd. I §. 129, Abj. 3, S. 469.

2) vgl. a) wegen der Manus Bd. I §. 64 Anm. 3 und Voigt, XII Tafeln Bd. II §. 79, wo ebenfalls Anm. 2—4 die Quellenbelege b) wegen der Munt Voigt a. a. S. Stobbe, Handbuch d. deut. Privatt. Bd. IV §. 207 und Heusler, Institutionen d. deut. Privatt. Bd. I §§. 23—27.

3) nach den in Anm. 2 erwähnten Quellenbelegen, von welchen der Berf. selbst Liv. 34, 2 und Lactant. Div. Inst. IV, 29 beigemerk hat, (s. auch Bd. I §. 76 Anm. 15) ist „die höhere Gemeinschaft“ auch „der historischen Zeit“ nicht fremd.

4) Ch. Mommsen, röm. Gesetz. I S. 6.

den Familiengewalten selbst um so näher. Tritt diese nach heutigem Rechte minder zu Tage, so liegt der Grund nicht darin, daß sie sich in ihrem Inhalte verändert, sondern darin, daß sie an Inhalt verloren haben. So lange die eheherrliche Gewalt noch Manus, und also die Frau dem Manne nicht nur persönlich unterworfen, sondern dem Erwerb- und Erbrechte, dem *jus vitae ac necis*, der *tutoris datio* nach *filiaefamilias loco* war⁵⁾, fiel es schwerer, juristisch zu definiren, worin die Gewalt des Mannes von der des Vaters verschieden, als nachzuweisen, daß sie gleichartig seien; seit dem Abkommen dieser stärkeren Gewaltsform dagegen, und da mit der Form zugleich ihr Inhalt großtentheils unterging, namentlich die Frau in nichts mehr *filiaefamilias* — freilich auch die Tochter selbst nicht mehr in dem Maße Kind war als zuvor, — seitdem ist wie die Fülle so die Faßbarkeit der Gemeinschaft zurück- und die Verschiedenheit in den Vordergrund getreten. Vorhanden aber ist jene auch noch nach neuestem Rechte. Sachlich wird sich dieses wenigstens in einer Art Besitzesrechtes bewähren, die der Haussvater eben sowohl gegenüber der Frau, wie gegenüber den Kindern hat, vor allem aber erscheinen beide Gewalten noch immer unter einem gemeinsamen Namen. Denn wenn der *paterfamilias* in l. 195 §. 2 D. v. s. (50, 16) als *Derjenige* definiert wird, welcher *dominium in domo* habet, so ist unter diesem *dominium* nicht etwa tautologisch blos die *patria potestas*, sondern der Inbegriff all der Gewalten verstanden, welche sich in seiner Hand vereinigen, besonders auch die eheherrliche Gewalt⁶⁾, mag diese, nach der Zeit des Paulus, noch hin und wieder Manus, oder nach der Zeit der Compilation nurmehr das schwächere Eherecht sein; was alles einst mit der „Hand“ zusammengefaßt war, erscheint jetzt unter dem flacheren Ausdrucke *dominium*, zur Unterscheidung von anderen Dominien oder Herrschaften aber als *dominium in domo* — *Hausherrschaft*⁷⁾.

5) Gaj II §§. 86, 90. I §. 148. Klenze, Familiengericht der Eognaten und Affinen S. 21 fg.

6) Unten §. 468. §. 469. In l. 88 §. 2 D. de leg. 31 testirt die Chefrau mit den Worten: — *quidquid ex hereditate bonisve Titii domini mei, patris vestri ad me pervenit* —.

7) Bd. I §. 41 Text zu Anm. 6 und 7. §. 48 Abs. 1 a. E.

1. Die väterliche Gewalt.

a. überhaupt.

§. 457.

Die Hausherrschaft in ihrer Richtung auf die Kinder des Hauses heißt väterliche Gewalt.

Die Voraussetzungen unter denen man zur Hauskindschaft geboren, oder derselben nachträglich theilhaftig wird, wie die väterliche Gewalt demnach entsteht, und wie sie endigt, ist in Bd. I §§. 40–49 vorgekommen. Hier handelt es sich nurmehr um sie selbst, ihr Wesen und ihren Inhalt.

Letzterer besteht I. in einem Rechte des Vaters. Was dessen Natur anlangt, stunden ältere Schriftsteller nicht an, diesen Zweig der Hausherrschaft geradezu auf ein Eigenthum an den Kindern zurückzuführen, und aus diesem dann u. a. ein altes Recht der Kindestötung, sowie der Aussetzung und des Verkaufes der Kinder abzuleiten¹⁾. Indessen wie immer es sich mit diesen Rechten, zum Theil auch Missbräuchen (S. 604) von Anfang an verhalten haben mag, so sind sie doch keinesfalls aus dem Eigenthum, sondern aus einem Dominium hervorgegangen, in welchem das (spätere) Eigenthum selbst noch ununterschieden begriffen war. Dagegen ist, dem gemeinsamen Ursprung entsprechend, die Verwandtschaft zwischen der väterlichen Gewalt und dem Eigenthum²⁾ noch im neuesten und auch im heutigen Rechte unverkennbar. Denn noch immer ist die väterliche Gewalt:

1. eine Art Besitzesrechtes³⁾, wiewohl possessio selbst an

1) *Bynkershoek, de jure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud veteres Rom. Opuscula, Lugd. Bat. p. 145 cap 1 cf. G. Noodt, Jul. Paulus s. de partus expositione et nece apud veteres. Liber sing. in Opp. Lugd. Bat. 1724 tom. I und dagegen Burckhardi, gemeinr. Erziehungsrecht, Arch. f. civ. Pr. VIII S. 176 Ann. 46, Muther, Sequestration und Arrest S. 214 fg. Mandry, Familiengüterrecht I S. 31, wo auch Literaturnachweis in Ann. 1.*

2) Bd. I §. 67 S. 217, 218, §. 124 S. 449/450.

3) argg. l. 1 §. 3 D. de lib. exhib. et duc. 43, 30 — si vero mater sit, quae retinet — l. 3 §. 5 eod. — in retinendo eo potior erit — cf. §. 4 eod. — apud se habebit — (l. 38 §. 9 D. v. o. 45, 1), l. 3 §. 1 eod. — in quos habet ius ductionis —

freien Menschen unmöglich ist⁴⁾, um deswillen denn auch eine *Vindications-* und *Interdictsmacht* gegen Dritte, die das Kind zurückhalten⁵⁾. Näheres unten §. 458; —

2. eine Art Gebrauchsrechtes: nämlich die Besugniß zur Verwendung der Kinder für die zum Unterhalt und Wohlstand der Familie nöthigen Arbeiten⁶⁾, darum immer noch ein Recht zur Verdingung, während das zur Veräußerung noch im römischen Rechte selbst auf den äußersten Nothfall und auf neugeborene Kinder beschränkt, zudem mit Cautelen für die Freiheit des Kindes (Auslösungsrecht) umgeben ward⁷⁾, unter uns aber ganz entfallen ist⁸⁾. Weiteres unten §. 459.

In obiger Gebrauchsbesugniß liegt auch die zur Brauchbarmachung, d. i. zur Erziehung des Kindes, es sei nun zum Hausgebrauch oder weiterer Tüchtigkeit (§. 459).

In beiden Richtungen, als ein Recht des Gebrauches wie der Brauchbarmachung ist die väterliche Gewalt eine Besitzshaberschaft, der ein Zuchtrecht, als Ahndung des Ungehorsams (*contumacia*)⁹⁾ — eine Parallelie magistratischer Disciplinargewalt (*coercitio*) zur Seite steht.

Verschieden von bloßem Zuchtrechte ist das Strafrecht wider gemeine Vergehen (d. h. von Handlungen, die nicht erst vom Vater verboten sind oder zu sein brauchen, um straffällig zu sein), ein Recht, das der Vater einst in vollem Umfange, es sei nun mit oder ohne Bziehung der Cognaten und Affinen,

4) Gaj. II, 90. 1. 30 §. 1. l. 23 §. 2 D. acq. v. a. p. 41, 2, vgl. Bd. I §. 125 Anm. 47 fg. und vorzüglich l. 1 §. 8 eod. — quod ipsum non possidemus: nam nec filium, wozu vgl. Thering, Grund des Besitzeschutzes, 2. Aufl. S. 146 fg. und auch l. 63 pr. D. ad leg. Fal. 35, 2. l. 33 pr. D. ad leg. Aqu. 9, 2.*

5) l. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1, arg. l. 2 in f. C. inf. expos. 8, 51; D. de lib. exhibendis 43, 30.

6) argg. Paul. R. S. V, 1 §. 1 — opera tamen eorum locari possunt. l. 7 pr. D. leg. Aqu. 9, 2. l. 3 D. usu leg. 33, 2.

7) l. 2. l. 1 C. de patribus qui filios distraxerunt 4, 43. Der Brachylogus III, 13, 5 und Petri Exc. I, 14 lassen im Nothfall nicht nur sanguinolentos, sondern liberos überhaupt verkaufen.

8) Glüf, Commentar II S. 272.

9) l. 3 C. patr. pot. 8, 46, l. 16 §. 2 D. poen. 48, 19. D. de obsequiis parentibus et patr. praest. 37, 15 und hierzu Leist citirt in §. 455 Anm. 33 a. E.

gehabt hat¹⁰⁾. Wäre das Kind durch ein willkürliches Tötungsrecht auf Seite des Vaters zum gemeinen Eigenthumsobjecte hinabgesunken, so ragte die Hausherrshaft als Strafrecht umgekehrt in die Regionen der Staatsgewalt empor¹¹⁾, wie denn in obigem obsequium (Ann. 9) auch eine über das Erziehungsrecht erhabene Regentschaft steht.

Im neuesten Rechte finden wir das väterliche Buchtrecht auf leichtere Ahndung beschränkt; schwerere muß der Vater beim Richter beantragen und durch diesen zu bewirken suchen¹²⁾. Folgerecht kann jetzt auch die Strafgewalt über gemeine Vergehen dem Vater nur in leichten Fällen verblieben sein; allein selbst so weit läßt sie sich im Justinianischen Rechte nicht nachweisen; nirgends in diesem finden wir die öffentliche Strafgewalt durch eine des Vaters wider gemeine Vergehen ausgeschlossen. Im heutigen Rechte ist mitunter noch die Frage, ob die Strafgewalt einschreiten soll, nicht die Strafgewalt selbst, beim Vater (Familiendiebstahl).

3. Neben der Besitz- und Gebrauchsbesugniß ist die väterliche Gewalt auch noch eine Dispositionsmacht über die Person des Kindes. Diese zeigt sich nach Antiquirung des Veräußerungs- und Verpfändungsrechtes (vgl. oben 2) noch in der tutoris ratio (§. 506 Nr. 1), Pupillarsubstitution (§. 374), in adoptionem ratio (§. 46) und in der Auctorität zur Verlobung und Verheiratung des Kindes¹³⁾. Mit Unrecht leitet Puchta Pand.

10) vgl. Bynkershoek, l. cit. cap. III mit Kleenze, Familiennr. der Cognaten S. 27 fg. Rudorff, Röm. Geschichte II §. 99, Voigt, Jus nat. III, S. 1221 und oben Bd. I §. 41 zu Ann. 17.

11) Im Gegensatz zu der in der potestas wurzelnden coercitio als Strafgewalt wider Unbotmäßigkeit oder Verlezung von reverentia und obsequium finden, wie Voigt, XII Tafeln Bd. II §. 94 im Einklang mit Obigem zeigt, die animadversio als Strafgewalt wider die Verlezung der boni mores und die poenitio als Strafgewalt wider das Delict „ihr theoretisches Fundament in einem dem paterfam. zuständigen imperium über die familiares“ und tragen danach „den Charakter von staatsrechtlichen Hoheitsrechten“ an sich.

12) l. 3 C. patr. pot. 8, 46 cf. l. 9 §. 3 D. de off. procons. 1, 16. l. 1 §. 2 D. obseq. par. 37, 15. l. unic. C. emend. propinq. 9, 15 und l. 2 D. ad legem Corn. de sic. 48, 8, woferne hier inauditus gleich inobediens sein sollte, worüber Bynkershoek l. cit. cap. IV.

13) l. 7 D. spons. 23, 1; pr. J. nupt. 1, 10. l. 25 C. r. n. 5, 4. l. 2. l. 3. l. 9. l. 10 D. r. n. 23, 2. l. 11 §. 3 cf. §. 4 D. quod falso

§. 432 diese Auctorität aus dem Zuchtrechte ab. Auch als Ergänzung mangelhafter Handlungsfähigkeit, etwa wie die des Tutors zu den Geschäften des Pupillen läßt sie sich nicht denken; denn nirgends sonst kommt eine solche für das Kind vor. Entweder ist es noch unmündig: dann kann es Handlungen, zu denen es für sich allein unfähig ist, selbst auctoritate patris nicht vornehmen¹⁴⁾; oder es ist mündig: dann kann es onerose Handlungen so gut wie lucrative wirksam allein vornehmen. Auf die Handlungsfähigkeit des Kindes ist die väterliche Gewalt ohne Einfluß¹⁵⁾. Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß in dem Abschluß eines Verlöbnisses oder einer Ehe eine Verfügung über die Person liegt, welche dadurch sponsus, sponsa, vir, uxor werden soll; zu dieser Verfügung hat das Kind die Einwilligung¹⁶⁾ des Vaters nothwendig, so daß auctoritas hier wie bei der Frauentutel¹⁷⁾ nicht Ergänzung der Handlungsfähigkeit, sondern gleich dem consensus curatoris nur die zur Disposition nothwendige Einwilligung¹⁶⁾ ist (Bd. I. §. 42 Anm. 8. §. 55 Anm. 36). Beim Verlöbniß steht diese so sehr dem Vater zu, daß er die Verlobung selbst vornehmen kann¹⁸⁾; es sei nun, daß das Kind zustimmen muß, wie wenn ein Sohn verlobt wird¹⁹⁾, oder daß es auf seinen Willen nicht ankommt, wie regelmäßig bei der Tochter der Fall ist²⁰⁾.

4. Als Herrschaft über die Person der Kinder erstreckt sich

tutore 27, 6 (wo den Juristen die Gleichstellung von Tutor und Vater vorschwebt). Bd. I §. 42 zu Anm. 8—12 und 23. Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung §. 29, wonach „das Recht der Einwilligung für den Vater durch die väterliche Gewalt nicht bedingt ist“: v. Sicherer, Personenstand und Eheschließung in Deutschland S. 154.*

14) Bd. I §. 55 Anm. 28.

15) gemeint ist nach dem Zusammenhang und Ziff. 5 die Handlungsfähigkeit nach Außen oder gegenüber Dritten.

16) statt dieses Worts steht in der ersten Aufl. S. 1158 „Vollmacht“; allein „Vollmacht“ entspricht nicht der dasselbst S. 1618 und 1619 befürworteten Terminologie; vgl. auch hier oben §. 372 Anm. 3 und Bd. I §. 42 Anm. 8 u. 23 (3te Aufl.). Ueberdies findet sich auf dem Rande eines Handexemplars zur ersten geänderten Stelle vom Verf. das Wort „Consens“ geschrieben.

17) Gaj. I, 192. Voigt, XII Tafeln §. 157 Anm. 17 fg.

18) I. 11. I. 12 D. spons. 23, 1. I. 1 C. eod. 5, 1.

19) I. 13 D. spons. 23, 1.

20) I. 12 §. 1 eod. Bd. I §. 55 Anm. 37 fg.

die väterliche Gewalt folgerecht auch auf deren Pertinenz, d. i. ihr Vermögen. Offen ist das nach dem neueren römischen und heutigen gemeinen Rechte der Fall, wo das Kind ein offenbar eigenes Vermögen hat oder haben kann, und die Regierung des letzteren so sehr als ein Theil der väterlichen Gewalt erscheint, daß das Kind als paterfamilias, oder sein Vermögen als irregular erscheint, wenn dieses in seiner statt der väterlichen Gewalt steht (§§. 462. 464). Dieses exclusive Verwaltungsrecht ist eine Herrschaft; in ihm lebt das dominium des pf. bezüglich des Hausvermögens (familia im jachlichen Sinne) fort. Minder zutreffend scheint man gegenüber dem älteren römischen Rechte von einer Herrschaft des Vaters über das Vermögen der Kinder reden zu können, da nach älterem römischen Rechte das Kind kein eigenes Vermögen hat oder haben kann, vielmehr wie das Hausthier und der Slave dem Hausherren erwirbt²¹⁾, dieser also in Ansehung des Vermögens, das von seinen Kindern erworben wird, nicht blos alleiniger Herr, sondern auch Alleinberechtigter — ein dergestalt absoluter Herrscher ist, daß gar kein Recht vor ihm aufkommt. Dies wenigstens der Eindruck den man aus der Lehre per quas personas nobis acquiritur²²⁾ empfängt, und dem dann die Neueren auch fast²³⁾ ausnahmslos folgen. Entspräche dieser Eindruck dem vollen und wirklichen Sachverhalt, so würde nichts so sehr auf Eigenthum des Vaters am Kinde zurückführen, als er; denn Eigenthum am Kinde schlöß eigenes Eigenthum in der Person des Kindes (wie in der des Slaven) aus, und zöge Eigenthum an allem nach sich, was aus Geschäft und Arbeit des Eigenthumsobjectes herrührt²⁴⁾. Näher betrachtet war aber das Kind doch auch in Ansehung des Vermögens nicht so rechtlos, als es den Anschein hat, und vom Slave mächtig unterschieden. Nach der übereinstimmenden Ansicht von Paulus, Gajus, der Justinianischen Institutionen ist hinter der Alleinberechtigung

21) Jhering, Geist d. r. R. II §. 32 Ann. 273.

22) J. 2, 9. Gaj. II, 87. 89 sqq.

23) nichtz. B. Pernice, Marcus Antistius Labeo I S. 108: „Aber darum ist seine (des Hausherrn) Herrschaft noch keine absolute: vielmehr verwaltet er das Vermögen für die Familie.“

24) §§. 3. 5 J. per quas pers. 2, 9.

des Vaters ein Gesammeigenthum aller in der familia begriffenen freien Personen an allem in dieser Familie erworbenen Vermögen verborgen (hier oben S. 42—44), all dieses Vermögen, so gut das vom Vater als das von den Kindern erworrene, nicht Sondervermögen von irgendwem, sondern Hausgut, familia im jachlichen Sinne des Wortes²⁵⁾). Unsere ältere Jurisprudenz ist den alten Autoritäten ohne weiteres gefolgt; ihnen muß auch heute noch beipflichten, wer den Begriff und die Wirkungen der Suität befriedigend²⁶⁾ erklären will (§. 460).

5. Sind wir nach vorigem gleich der Ansicht, daß der Römer das Hauskind im Inneren des Hauses so wenig rechtlos dachte, als außer dem Hause, auf dem Forum, in den Comitien, in der Magistratur²⁷⁾, und auch im Commercium mit Auswärtigen²⁸⁾, so hat sich doch auch gezeigt, daß es in Ansehung des Hausvermögens die Geltung eines selbständigen Subjectes nicht hatte (Nr. 4), mit seiner Person das Object eines eigenthumsartigen Rechtes bildete (Nr. 1—3), dem Vermögen und der Person nach also dem Vater „unterthan“ — *alieno iuri subiectus oder alieni iuris war*²⁹⁾. Eine Folge dieser Subjection nun ist es, daß — von der vermittelnden Auskunft der Pekulien (§§. 461. 462) abgesehen — vermögensrechtliche Actionen zwischen Vater und Kind nicht möglich sind, weder die friedlichen des Rechtsgeschäftes, noch die der Klage³⁰⁾.

25) I. 195 §. 1 D. v. s. 50, 16. Gaj. II 102. 104. cf. Ulp. XX §. 2 Voigt, XII Tafeln §. 72 Ann. 5.

26) befriedigender namentlich auch, als es Lassalle, System d. erworbenen Rechte (2. Aufl.) II, S. 187 sq. gethan hat

27) I. 9 D. de his qui sui 1, 6. Savigny, System II S. 53.

28) §. 6 J. inut. stip. 3, 19 — filii vero familias aliis obligari possunt. Ulp. XX §. 6. I. 3 §. 4 D. min. 4 4. I. 57 D. jud. 5, 1. I. 44. I. 45 D. pecul. 15, 1. I. 39 D. o. et a. 44, 7. I. 141 §. 2 D. v. o. 45, 1. I. 8 §. 4 D. accept. 46, 4 Savigny, System II, S. 54 und oben Bd. II, §. 220 Ann. 10 vgl. §. 258 Ann. 7.

29) pr. J. de his qui sui vel alieni iuris sunt 1, 8

30) Rechtsgeschäft: §. 6 J. inut. stip. 3, 19. Gaj. III, 104. I. 2 pr. D. contr. empt. 18, 1. I. 14 §. 3 D. in diem add. 18, 2. I. 52 (50) D. Trebell. 36, 1. I. 15 §. 1, §. 2 D. castr. pecul. 49, 17. I. 17 §. 1 C. donat. 8, 53 (54). cf. I. 56 §. 1 D. fidejuss. 46, 1. Gaj. II, 244. I. 11 D. leg. I. 30. Ulp. XX, 3—5. Gaj. II, 105—8. §. 9. §. 10 J. ord. test. 2, 10. — Klage: Gaj. IV, 78. I. 4 D. iud. 5, 1. I. 7 D. o. et a. 44, 7. I. 16. I. 17 pr. D. furt. 47, 2. I. 7 §. 3 D. injur. 47, 10. Wegen der naturales obligationes „aus Kontrakten, Quasikontrakten und Delikten

Denn jene Subjection war wie geschen identisch damit, daß das Kind, vermögensrechtlich betrachtet, theils Object des väterlichen Rechtes, theils unselbstständiges Subject, mithin keine Person im activen Sinne des Wortes war; daß es also vermögensrechtlich im Hause nur Eine active Person, kurzgesprochen nur Eine Person gab, die des Vaters nämlich. Mit dem Kinde handeln zu wollen, wäre demnach für den Vater das-selbe gewesen, wie wenn er mit sich selbst hätte handeln wollen: non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobis-cum ipsi agere possumus (l. 16 D. furt. 47, 2)³¹). Nicht mit Unrecht hat man demnach in alter und neuer Zeit die Unmöglichkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind auf eine Einheit der Person zurückgeführt³²); nur mußte man strenge bei der unitas personae stehen bleiben, und nicht zu der auf dem ganz anderen Gebiete der l. ult. C. substit. 6, 26³³) wurzelnden Vorstellung von einer unitas personarum, d. i. zu der Personenidentität (eadem persona) hinüberschweifen³⁴). Die Vorstellung von einer Personenidentität stammte aus der Gemeinschaft, die der Einheit der Person aus der Exclusivität der Berechtigung³⁵).

zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen" §. Bd. II §. 220 Anm. 6 und 9 und wegen nichtvermögensrechtlicher Actionen zwischen Vater und Kind §. Bd. I §. 91 Anm. 32. Vgl. auch Bd. II §. 285 Anm. 26 a. E.

31) noch prägnanter Gaj. IV, 78 — quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum — **

32) hierüber und hiegegen von der Pforsten, Abhandlungen aus d. Pand. R. S. 117 fg., insonderheit mit reichhaltiger Literatur, wo zu Mandry, Familiengüterrecht I, S. 33 Anm. 4.

33) selbst hier bedeutet eadem una. Vgl. auch 1. 34 pr. D. leg. I. 30. 1. 14 §. 1 C. usufr. 3, 33. 1. 9 pr. D. pact. 2, 14. 1. 25 D. municip. 50, 1.

34) wie z. B. Vinnius ad §. 6 J. inut. stip. 3, 19, Glück, Commentar Bd. II S. 206 und die meisten Alten und Neuen. Nach Dernburg, Pandekten III §. 32 Anm. 8 ist mit der in den Quellen an-treffenden Personeneinheit nichts gemeint, „als daß das Haus nach außen hin als eine Einheit gilt, so daß die Streitigkeiten zwischen den Familiengliedern innerhalb desselben zu erledigen sind und nicht vor die Gerichte getragen werden können.“ Dies ist eine Interpretation von Personeneinheit, nicht eine Erklärung der im Text verhandelten Thatsache.*

35) Rivinus (diss. de figmento fictionis unitatis personae,

Unrichtig dagegen ist es, wenn man den Grund jener Erscheinung in der Vermögenslosigkeit oder Vermögensunfähigkeit des Kindes erblickt³⁶⁾. Denn aus dieser ließe sich erklären, daß Veräußerungen und Verpfändungen zwischen beiden, und daß Obligirungen des Vaters an das Kind unmöglich sind; nicht aber, daß auch Obligirungen des Kindes an den Vater unmöglich sind. Denn kann sich das Hausskind Auswürtigen flagbar obligiren, trotzdem es, wie man sagt, vermögensunfähig ist³⁷⁾, so würde der bloße Umstand der Vermögenslosigkeit oder Vermögensunfähigkeit auch die Obligirung an den Vater nicht haben ausschließen können. Wohl aber lag darin, daß die Person des Kindes ein Object väterlichen Rechtes, und

Wittenberg 1760) war ganz im Recht, wenn er die Vorstellung von einer Personenidentität auf dieser Stelle verwarf (§. 9 a. a. D.) und auch beim wahren Grunde unserer Erscheinung angelangt, wenn er diese aus der Botmäßigkeit des Kindes ableitete (§. 13 a. a. D.); aber daß letztere zu einer Einheit der Person führt, hat er übersehen und darum der l. 16 D. furt. cit. Unrecht gethan. Das nämliche gilt von v. d. Pfordten a. a. D. S. 140, welcher den Grund des Ausschlusses der Klage darin sieht, daß mit derselben Nichts zu erlangen stand, was nicht schon erworben war, und von Mandry, Familiengüterrecht I. S. 368/9, welcher den Grund in der Stelle nicht angegeben findet. Aber das macht die Stelle deutlich genug, daß der pf. mit sich selber nicht agere kann, darum weil er nur Einer ist; wenn er nun mit seinen Gewaltunterthanen non magis als mit sich selber agere kann, so muß dies den nämlichen Grund haben: die Unität der Person.*

36) eine Meinung, welche unter den Älteren besonders von Titius (diss. de contract. patris et libb. in potest. ejus existentium, 1723, besonders §. 30. §. 44. §. 47), unter den Neueren hauptsächlich von Windscheid, Band. §. 289 Anm. 27. §. 519 vertreten ist und auch von Mandry, Familiengüterrecht I S. 153 und S. 367, welcher an der letzteren Stelle „den nächstliegenden Erklärungsgrund zwar nicht in der Vermögensunfähigkeit der Hausskinder an sich, wohl aber in deren Consequenz und Correlat: nämlich in der Vereinigung allen Erwerbes des Hausskindes in dem Vermögen des Haussvaters“ erblickt. Den Einwand, wie dabei flagbare Obligationen des Hausskindes gegenüber extraneis auftreten können, bestätigt auch nicht Mandry, S. 369 alin. 1. Daß der Gewalthalber aus Geschäften, die er mit seinem Unterthanen als dem magister navis oder institutor eines extraneus geschlossen hat, gegen den extraneus flagen kann, Mandry, S. 152, spricht keineswegs gegen die im Text gegebene Erklärung. Siehe ferner Mandry, S. 369 Anm. 2 und oben Bd. II §. 220 Anm. 8. — Die im Text widerlegte Begründung hat vielleicht der l. 52 §. 5 D. furtis 47, 2 vorgeschwobt: Sed si filius meus, qui habet castrense peculium, furtum mihi fecerit, an possim actione utili adversus eum agere, videndum est, cum habeat, unde satis faciat. Et potest defendi agendum.*

37) §. Anm. 28.

dass in diesem Rechte alle die Macht, welche der Gläubiger über den Schuldner haben konnte (manus injectio, abductio, distractio) ohnedies enthalten war³⁸), Grundes genug auch für die Unmöglichkeit der Obligirung an den Vater. So wenig der Eigentümer einen ususfructus separatus³⁹), so wenig konnte der Inhaber der hausherrlichen Gewalt die Separatmacht der Forderung über seine Unterthanen haben. Zudem aber mußte bestritten werden, dass das Kind schlechthin vermögenslos oder vermögensunfähig war. Nicht weil es kein Vermögen hat, sondern trotzdem es Anteil an jölschem hatte, konnte es sich dem Vater nicht obligieren, deswegen, weil es diesen Anteil nicht frei, sondern nur in Unterwerfung unter das Recht und die Herrschaft des Vaters hatte⁴⁰).

II. In der Zeit und nach Maßgabe unserer Quellen nun aber ist die patria potestas keine „rein selbstnützige und in ihrem Umsange lediglich durch sein Interesse bestimmte Gewalt“ des Vaters über das Kind⁴¹), kein bloßes Rechts- sondern zugleich ein Pflichtverhältnis⁴²). Ihr Inhaber hat sie nicht blos um seiner selbst, sondern um der ganzen Familie willen⁴³), mithin nicht wie der Eigentümer sein Eigentum als bloßes Recht, reines Privatrecht, sondern zugleich als Pflicht, nach Art der öffentlichen Rechte⁴⁴), so dass

38) — neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet aduersus furem litigare — I. 17 pr. D. furt. 47, 2.

39) I. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6.

40) Hier findet sichunter Hinweis auf §. 457 im Text nach Anm. 11 neu zugesetzte Worte vom Verf. die Marginalnote geschrieben: „6. Ein über das Eigentum hinauf und in das Sociale des Staats hineinragendes Regenschaftselement“. Wenn Letzteres zwar dem paterfamilias, aber nicht mehr der patria potestas angehören sollte, so würde es außer der S. 594 unten eröffneten Reihe stehen; übrigens s. auch Anm. 11.

41) Windscheid, Pand. §. 513 nach dem „ursprünglichen römischen Recht“. Zum Folgenden vgl. auch Grütza, über das lege agere pro tutela S. 74 fg.

42) I. 5 D. lege Pomp. de parricid. 48, 9 — patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. I. 23 (22) §. 4 D. ad I. Jul. adult. 48, 5 — pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. Oben §. 455 Anm. 33 und Pernice, Labeo I S. 109.

43) — ut sciret datam sibi postestatem patriam, quae est temperatissima, liberis consulens, suaque post illos reponens. Senec. clem. I c. 14.

44) §. 22 der 1. Aufl. und oben Bd. I §. 123 S. 444. Vgl. Burchardi, gemeint. Erziehungsrecht, Arch. f. civ. Pr. VIII S. 176.

der Vater wozu berechtigt auch verpflichtet ist, daß er das Recht, aber auch die Pflicht hat, seine Kinder bei sich zu haben, aufzuziehen, heiraten zu lassen und auszustatten, das Vermögen des Hauses zu verwalten und zu vertreten. Diese Identität zwischen Recht und Pflicht ist freilich keine derart förmliche, daß das Recht überall nur so weit reichte wie die Pflicht, und umgekehrt; vielmehr konnte der Vater in Consequenz der oben entwickelten Besugnisse und Vollmachten noch lange in seinem Rechte sein, während er sich bereits außerhalb, ja im vollen Gegensatz zu seiner Pflicht befand⁴⁵⁾; allein sie war eine derart wesentliche, daß entschiedenen Bruch zwischen Recht und Pflicht d. i. entschiedene Privatisierung der nichtprivativen Gewalt vorausgesetzt, eine Reaction der öffentlichen und höheren Gewalten, von Magistrat und Volk gegen den Herren des Hauses eintrat⁴⁶⁾. Verschwendung des Hausesgutes war dem Rechte nach statthaft in Consequenz der Alleinberechtigung und Alleinherrschaft; allein der Magistrat vertrat ihr in Gestalt einer doppelten Achterklärung den Weg⁴⁷⁾. Das Besitz-, Gebrauchs- und Zuchtrecht kann zum Verderben des Kindes ausarten; allein die nequitia patris, die dort zur Interdicirung vom Vermögen und dem Commerciuum führt, führt hier zur Trennung von der Person des Kindes⁴⁸⁾. Im Rechte war der Vater auch dann noch, wenn

45) Auf einen Gegensatz zwischen Recht und Pflicht in dem Verhältniß des Vaters zu dem Kinde hat von den älteren Juristen Noodt (Jul. Paulus s. de partus expositione etc.) verwiesen, auch bezeichnet er letztere beigehends als officium und pietas; eigenthümlicherweise führt er aber diesen Gegensatz selbst auf einen angeblichen Unterschied von juris regula und juris praeceptum zurück: l. c. Praef. und cap. 8. (Letzter Satz dieses Paragraphen in der vorigen Aufl.).

46) vgl. Mommsen, röm. Forsch. I S. 384 sq., Voigt, XII Taseln Bd. II S. 269 sq. und die publica pietas in l. 1 §. 2 D. obseq. par. et patron. 37, 15 cf. l. 3 §. 1 D. de receptis 4, 8 — praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit, impleret — und l. 32 §. 12 eod. — multa adversus eum dicenda est.

47) vgl. Bd. I §. 54 Anm. 6 sq. und das schlagende Wort in l. 13 §. 2 a C. de sent. passim 9, 51: Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda. Nach Voigt, XII Taseln II S. 728 wird die Interdiction durch die unten §. 460 besprochene Stellung der sui zum Hausesgut begründet. S. auch Leist bei Glück Comm. Serie 37, 38. V. S. 185 — 188.

48) l. 3 §. 5 D. lib. exhib. 43, 30 und unten §. 458. S. 610 sq.

er das Kind mortis causa aus der Vermögensgemeinschaft grund- und lieblos aussließ (exhereditare), sein Recht über das Vermögen kannte keine Grenzen; allein sein Testament, so „recht“ es war (iustum, iure factum), war doch zugleich pflichtwidrig (inofficiosum), der querela inofficiosi und der Kassation durch ein Volksgericht ausgegesetzt⁴⁹⁾. Von einem Rechte des Vaters das Kind rücksichtslos, nicht blos kraft seiner Strafgerichtsbarkeit, zu tödten, oder es beliebig auszusezen, wollen wir nicht reden, sondern nur von der Thatshache, daß Handlungen dieser Art bis spät hinab, zum Theil gegen das Gesetz (der XII. T.), straflos ausgingen⁵⁰⁾; wenn diese aber je die Consequenz eines Rechtes gewesen sein sollten, so bestund daneben doch eine Pflicht, welche, weit entfernt dem Vater den Mord seiner Kinder zu gestatten, ihre Alimentation, und später Dotation derselben befahl, und wenigstens seit den Seiten der lex Julia et P. Poppaea von dem Magistrate forderungsartig erzwungen werden konnte⁵¹⁾. Ohne Zweifel hatte die Alimentations- und Dotationspflicht seit obigem Gesetze einen neuen Grund, und vielleicht eine neue Wirksamkeit erhalten; daß sie demselben aber nicht überhaupt erst ihr Dasein und ihre Anerkennung verdankt, erhellt aus dem „officium“, auf das sie fort und fort zurückgeführt wird⁵²⁾. Ueberhaupt fallen die Pflichten von denen wir hier reden unter den Begriff des officium oder der pietas (§. 455)⁵³⁾. Gilt dies selbst von der Alimentations- und der Dotationspflicht, welche sich nach Inhalt und Wirkung der obligatio annähern, so kann es be-

49) oben §. 403 S. 250 und besonders Leist a. a. O. S. 107—124.

50) vgl. darüber G. Noodt, citirt in Ann. 45, cap. 5 mit Bynkershoek, de iure occidendi etc. liberos cap. 4 (in dessen Opuscula) und dazu des Ersteren Replik in Amica responsio ad difficultates Julio Paulo etc. nuper motas a viro ampl. Corn. van Bynkershoek.

51) I. 5 §. 7, §. 9, §. 12 D. adgnosc. et alend. lib. 25, 3. l. 19 D. r. n. 23, 2. l. 7 C. dot. prom. 5, 11. l. 8 §. 4 in fin. §. 5 in fin. C. bon. quae lib. 6, 61. Unten §. 492 Ziff. 4 und 5.

52) l. 6 D. collat. 37, 6. l. 7 C. dot. prom. 5, 11.

53) In beredtem Gegensatz gegen das Jus, insonderheit die potestas steht das officium zwischen Kindern und Eltern in I. 4 D. cur. fur. 27, 10 — pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur. — Die pietas debita des Vaters gegen den emancipirten, in Studien abwesenden, von ihm nicht credendi causa mit Geld unterstützten Sohn in I. 50 D. fam. ercise. 10, 2.

zunglich der übrigen väterlichen Pflichten, die sich von der obligatio in allen Richtungen entfernen, keinem Zweifel unterliegen; die „Inofficiosität“ des Testamentes ist nur Eine von den vielen möglichen Inofficiositäten des Vaters, wesentlich nichts anderes, als die nequitia, welche zur Interdiktion und Trennung vom Kinde und vom Vermögen führt: das Pflichtverhältniß des Vaters zum Kinde überhaupt ist und heißt officium⁵⁴⁾.

b. Einzelnes.

Das Besitzrecht.

§. 458.

Als eine Art Besitzrechtes gegenüber der Person des Kindes (§. 457. 1.) war die väterliche Gewalt

a) eine Vindicationsmacht. Das gemeine Formulare der singularum rerum petitio (mit der intentio etwa Si paret Titum ex iure quiritum eius esse) ging aber hier nicht an: per hanc actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur — (l. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1)¹⁾; denn die Unterthänigkeit freier Personen ist doch nicht eins mit der der Thiere und Slaven; das Dominium über sie dem an Sachen und Slaven herausgebildeten speziellen Eigenthum ähnlich, aber nicht gleich²⁾; das diesem speziellen Eigenthume technisch vorbehaltene meum esse mußte demnach irgendwie modifizirt werden, wenn ein freier Mensch in ius alienum vindicirt werden wollte. Dies geschah dadurch, daß adiecta causa geflagt, bei der Vindication von Kindern also die Kindshaft oder väterliche Gewalt als eigenthümlicher

54) l. 13 §. 2 C. de sent. pass. 9, 51 (Const. Magn.) — officium suum — liberis praebere oportet, ut eorum bona tueatur et augeat; dazu l. 6 citirt in Ann. 52. Senec. clem. I c. 14 und oben §. 455, besonders S. 591. — Im Wesentlichen mit dem Text zu Ann. 51 — 54 übereinstimmend Mandry, Familiengüterr. I. §. 29, insonderheit Ann. 3 a. E.

1) Bd. I §. 67 Ann. 9.

2) vielleicht daher auch nicht conductio furtiva : l. 38 §. 1 D. furtis 47, 2, obwohl furti actio: lex cit., l. 14 §. 13 eod. §. 9 J. obl. quae ex del. 4, 1, auf Grund der patria potestas : l. 38 pr. D. furtis 47, 2. Glüdf, Commentar Bd. II S. 239. S. ferner oben Bd. I S. 577 3. 15 fg. sowie l. 5 §. 3. 1. 7 pr. D. Aquil. 9, 2 nebst Bd. II §. 340 Ann. 21 und auch Bd. I S. 547 oben.**

Grund des meum, eius esse hingestellt wurde. Bei voller Umständlichkeit würde die Intention dann gelautet haben: Si paret **Lum Tum** **Aⁱ Aⁱ** esse eo quod filius (oder in patria pot.) eius est ex i. q.; statt dessen hieß es kürzer: Si paret **Lum Tum** **Aⁱ Aⁱ** filium (oder in potestate) esse ex i. q.³⁾. Damit war beides ausgedrückt: das Allgemeinere, daß Titus eius sei, und das Besondere, daß er nur als Sohn eius sei. So verstehen sich dann die weiteren Worte der l. 1 §. 2 cit. nisi forte . . adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit „filium suum“ vel „in potestate ex iure Romano“⁴⁾. Der Nachdruck liegt hier nicht in den Worten ex iure Romano⁵⁾, sondern auf dem filium suum esse⁶⁾. In dieser Spezialisierung war die Vindication zum Behufe der adoptio gang und gäbe⁷⁾, und auch sonst, selbst in späterer Zeit, nicht unmöglich⁸⁾; allerdings aber scheint sie nach der Art wie Ulpian l. 1 §. 2 cit. die Sache behandelt, außerhalb der Adoption trotz aller juristischen Möglichkeit doch eine Seltenheit gewesen zu sein — vielleicht wegen der Gefahr, den wirklichen Sohn gegen Schätzung an den Beklagten ablassen zu müssen⁹⁾. Unmöglich ist sie, zumal Naturalexekution im heutigen Rechte vorwaltet, noch immer nicht¹⁰⁾. Entbehrlich aber war sie, von jener Scheinvindication abgesehen, dadurch daß

3) nur in der Wortstellung abweichend Venel, Edictum perpetuum §. 69 Anm. 9.

4) zu dieser Stelle vgl. Voigt, XII Tafeln Bd. II, S. 116 ff.

5) wovon unter den Älteren G. Noodt, Comm. ad Pand. tit. de rei vind. Ed. Lugd. 1724 tom. II p. 192, unter den Neueren Th. Muther, Sequestration und Arrest S. 217 und Beil. V, dieser mit ganz neuem Resultat ausgeht. Letzteres ist angefochten bei Demelius, Exhibitionspflicht S. 245 Anm. 1 und Voigt a. a. O.

6) wie auch Keller, Pand. §. 419 und Instit. §. 237, Bethmann-Hollweg, Civilproc. I §. 41 Anm. 12, Burckhardt, Lehrb. des röm. R. §. 95 und mit besonderer Schärfe und Ausführlichkeit Mayer in der Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII S. 19 ff. annehmen und darthun.

7) Gaj. I, 134 — vindicat apud praetorem filium suum esse. —

8) cf. I. 2 C. infant. expos. 8, 51 — nec enim dicere suum poterit, während sie nach Bethmann-Hollweg, Civilpr. II §. 97 Anm. 82 „im späteren Recht nur noch als fingierte Vindication, in iure cessionis, bei der Adoption vorkam“. Nur von dieser, oder vom präjudicium über Paternität versteht Savigny, System Bd. V § 207 Anm. m. die l. 1 §. 2 D. r. v. 6. 1 cit., deren Beziehung auf die Adoption auch von Demelius a. a. O. S. 246 befürwortet wird; s. zudem dasselbst S. 248 ff.

9) vgl. Muther a. a. O. Beil. V.

10) s. dagegen Keller a. a. O., Göschken, Vorles. 2. Aufl. §. 739.

b. die interdicta de liberis exhibendis et ducendis nicht etwa blos gegenwärtigen oder vergangenen Besitz, sondern das Recht der väterlichen Gewalt selbst zum Grund haben¹¹⁾. Voraussetzung beider J.J. aber ist, daß das Kind sich auswärts, bei einem Dritten befindet; überdies nicht etwa blos auf Grund seines eigenen Willens, sondern entweder gezwungen, oder weil Jener selbst sich die väterliche Gewalt beilegt¹²⁾. Darnach hat der Vater aber die Wahl, mit welchem der beiden J.J. er klagen will: ob restitutorisch¹³⁾, oder prohibitorisch¹⁴⁾, factische Ueberlassung des Kindes bezwecken beide, namentlich auch das i. de exhibendis¹⁵⁾ nicht etwa bloße Vorzeigung¹⁶⁾. Aber aller-

Aber nach Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil. Bd. 10 S. 115 ist ein Grund für die heutige Unanwendbarkeit „durchaus nicht ersichtlich“.

11) l. 2 §. 2 D. interd. 43, 1 — *veluti proprietatis causam continent — juris tuendi causa — competere* — l. 1, §. 1 D. lib. exhib. 43, 30 — *quem in potestate sua esse dicit* — l. 5 eod. — nisi inter duos, qui se patres dicerent, controversia esset — l. 3 §. 5 eod. Etiam si — probet filium pater in sua potestate esse — arg. l. 1 §. 4, §. 2 eod. Bd. I. §. 85 Ann. 10. Mit Bezug auf l. 2 und l. 3 C. h. t. 8, 8 gibt Dernburg, Pandekten III §. 36 Ann. 7 unsere Klagen „derzeit demjenigen der Eltern, welcher das Erziehungsrecht hat“.

12) l. 5 cit Nach Demelius a. a. D. S. 247. 248 sieht das J. de lib. exhib. auf Seiten des Beklagten Opposition voraus „nicht etwa nur auf Grund der Gewaltfreiheit des angeblichen filius fam. selbst“, „sondern im Sinne eigenen Rechts, eigener Prätension“ durch retinere des Kindes oder Behaupten eigener p. p. Allein diese Schranke ist nicht bezeugt, stimmt nicht zur Fassung des Interdicts, nicht zu l. 1 §. 2 h. t. und hängt mit der Voraussetzung zusammen, daß bei der blos negativen Opposition das J. de lib. ducendis Platz greife. Vgl. unten Ann. 14.**

13) ad exhibendum — l. 1 pr. D. h. t. 43, 30.

14) de ducendis lib. — l. 3 pr. D. h. t. arg. l. 1 §. 1 D. insp. ventre 25, 4 — *iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti*. l. 1 §. 5 D. h. t. — *velit abducere vel exhiberi sibi desideret*. l. 3 §. 2 D. h. t. Ex iisdem causis hoc interdictum tribuendum est. ex quibus causis de exhibendis liberis competere diximus. Gleichwohl nimmt Demelius a. a. D. (vgl. Ann. 12), verschiedene causae für beide Interdicta an. Er sieht für das prohibitorische Widerstand auf Seiten des Kindes voraus, welcher da sein (l. 4 h. t.), oder fehlen kann (vgl. l. 1 §. 1 D. insp. vent. cit. und l. 3 §§. 4 u. 6 h. t.); er stellt dem ducere, als Befähigung der p. p. wider das Kind, den Zwang zum exhibere, als Befähigung der p. p. wider einen Dritten gegenüber, während exhiberi und ducere permitti oder licere in Anschauung des Dritten parallel laufen, vgl. l. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1 — petuntar — interdictis*

15) l. 1 §. 2 D. h. t. — *omnimodo restituendum putavit* (sc. praetor), si in potestate est. Nach Schmidt, Interdictenverfahren S. 49 Ann. 27 liegt hierin „entweder eine nachlässige Ausdrucksweise Ulpianus oder ein Fehler der Abschreiber“.

16) wie z. B. Schmidt, Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden 9). Ausg.) §. 410 und Demelius a. a. D. S. 248. 249 annehmen.

dings ist das i. de ducendo auch noch nach Durchführung des i. de exhibendo, nämlich allen denjenigen gegenüber denkbar, welche der Heimführung des bereits restituirten Kindes noch in den Weg treten sollten, insoweit, aber auch nur insoweit das i. de l. exhibendis präparatorisch gegenüber dem i. de l. ducendis¹⁷⁾, oder letzteres bloße „Ergänzung“ des ersteren¹⁸⁾. Ist also das i. de lib. ducendis insoweit das weitere, als es (ähnlich dem alten i. utrubi) sowohl auf Herausgabe bereits erlangten, als gegen Störung im gegenwärtigen Besitz geht, während im i. de lib. exhibendis der Beklagte den Besitz zuvor haben muß, so ist das i. de lib. exhibendis doch wiederum darin weiter, daß es noch denjenigen trifft, der den Besitz dolomalo aufgegeben hat¹⁹⁾.

Gegen das Kind selbst ist nach obigem so wenig als Vindication irgend ein Interdict möglich²⁰⁾, selbst wenn es für sich allein, oder blos freiwillig bei Dritten lebt; es kann nicht zugleich Streit-Object und -Subjekt sein²¹⁾. Allein flaglos, oder auf Selbshilfe²²⁾ verwiesen, ist der Vater auch in jenen Fällen nicht, ebensowenig als das Kind sich ohne weiteres der Gewalt des Vaters zu fügen braucht; die Stellen, welche dem

17) I. 3 §. 1 D. h. t. 43, 30.

18) wie Windscheid, P. §. 520 Anm. 6 annimmt.

19) I. 1 pr. D. h. t.

20) I. 3 §. 3 D. h. t.

21) — utique debet esse is qui eum interdicto defendat. I. 3 §. 3 cit. Eine Ausnahme für den Fall, daß das Kind eine Erbschaft gemacht hat (Burchardi, Lehrb. §. 95, Bethmann-Hollweg, Civilpr. §. 97 Anm. 89 und bereits Azo, Summa in Cod. rei vind. §. 10 und Glossa zu I. 3 §. 3 cit.) erscheint ohne inneren Grund und ist auch durch I. 4 D. h. t. und I. 1 C. h. t. 8, 8 nicht notwendig gegeben, da in beiden das Erforderniß, daß ein Dritter wehrt, bezw. detinire, nur nicht ausgesprochen ist.

22) Randbemerkung des Verfassers: „Das nächstmal direkt die Selbshilfe zu erörtern“. Der vorliegende Fall ist Bd. I §. 82 nicht besprochen, und auch andere Anhaltspunkte fehlen. Einstweilen mag an I. 17 pr. D. furtis 47, 2 erinnert werden: filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare. Nach Glück, Comm. Bd. 2 S. 268 ist hier die Selbshilfe „nicht so zu ahnden, wie die Selbshilfe zur Wiederlangung des Eigenthums, da nicht bloße Eigenthumsrechte, sondern selbst Pflichten der Natur, und die im Staate autorisierte häusliche Gewalt der Eltern, eine solche Anmaßung entschuldigen.“ P. §. 520 eingangs.

Vater Privatexekution gegen das Kind erlauben²³⁾, setzen den Besitz und unbestrittenes Dasein der väterlichen Gewalt voraus. Dafür kennen wir eine Gattung von Prozessen, in denen es sich nicht um die Durchsetzung, sondern um die Vorfrage von Rechten handelt, in denen also der Gegner niemals als Rechtsobject angefaßt, angesprochen, designirt und intendirt wird, wenn gleich er durch den Entscheid der Vorfrage zum Rechtsobjekt werden kann²⁴⁾. Das sind die *praejudiciales actiones*²⁵⁾, worunter die s. g. Statusklagen, namentlich auch die Controversie, obemand in väterlicher Gewalt und in wessen Gewalt er sei²⁶⁾. Diese kann ebenjewohl von Seite des Kindes gegen den Vater, als umgekehrt erhoben werden²⁷⁾: je nachdem das Kind sich der Hand des Vaters entziehen, oder dieser für Greifung des Kindes die Auctorität des Präjudicialentscheides, oder die gerichtliche Hilfsvollstreckung selbst erlangen will.

Für den Vater gab es aber noch einen kürzeren und formloseren Weg, um in Ermangelung eines dritten Besitzers gegen das abtrünnige Kind aufzukommen: die mehrmals erwähnte²⁸⁾ *notio* oder *cognitio Praetoris* — eine Klage, welche magistratisches Dekret behufs Ermächtigung oder Hilfeleistung zur Einbringung des Kindes bezweckte und aber auch auf dem Beweise oder doch der Bescheinigung der väterlichen Gewalt beruhte²⁹⁾; ja dieser Weg scheint für den gedachten Zweck der gewöhnlich gewesen zu sein³⁰⁾. Unsere Praktiker nehmen aber von ihm ohne weiteres Umgang, und geben der übigen Präjudicial-

23) wie 1. 3 C. patr. pot. 8, 46 cf. 1. 9 §. 3 D. off. procons. 1, 16. Gegen die im Text folgende Annahme, wie es scheint, Bethmann-Hollweg a. a. D. Ann. 86.

24) vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 330 unten.

25) Bd. I §. 88. Vgl. auch Lenel, Edictum S. 249.

26) 1. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1. 1. 9 C. patr. pot. 8, 46 (47) cf. 1. 3 §§. 2—5. 1. 1 §. 16 D. agnosc. lib. 25, 3. Bd. I §. 88 Ann. 4.

27) vgl. Keller, Civilproc. §. 38 g. E.

28) 1. 3 §§. 3. 4 D. lib. exh. 43. 30. 1. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1. 1. 1 C. patr. pot. 8, 46 (47). 1. 2 C. si adv. rem. iud. 2, 26 (27) cf. 1. 8 D. prob. 22. 3. 1. 3 §. 2 D. de iureiur. 12, 2. Wegen des Verfahrens s. Hartmann-Ubbelohde, Ordo Iudiciorum Bd. I. S. 494 Ziff. 12 und Ann. 13.

29) 1. 3 §. 3 cit.

30) arg. 1. 3 §. 3 cit.

frage den Namen einer actio de patria potestate affirmativa und negativa³¹⁾.

Das Besitzrecht des Vaters unterliegt nun aber verschiedenen Ausnahmen. Diese bestehen zuvörderst in Exceptionen, welche ebensowohl entgegen der vindication und prätorischen cognitio, als gegenüber den Interdicten, bei denen sie ausdrücklich vorkommen, wirksam gewesen sein müssen. Solche Exceptionen kommen vor

1. in Ansehung verheirateter Töchter, zu Gunsten des Ehemannes³²⁾. Das Recht des Ehemannes schließt heutzutage nicht blos das Besitzrecht, sondern die väterliche Gewalt selbst aus (Bd. I. §. 49)³³⁾.

2. in Ansehung von Kindern überhaupt, zu Gunsten der Mutter,

a) wegen Schlechtigkeit des Vaters³⁴⁾

b) im Falle der Scheidung: wenn sie der Vater verschuldet hat und die Mutter nicht zu weiterer Ehe schreitet; wenn der Vater durstig, die Mutter aber wohlhabend ist; ersterenfalls muß der Vater den Unterhalt ersehen.

Was insonderheit die soeben sub b aufgeführten Exceptionen im Falle der Scheidung anlangt, so beruhen diese auf Novelle 117 c. 7³⁵⁾. Sofort ist aber fraglich, ob hierin das ganze für den Scheidungsfall geltende Exemptionsrecht enthalten, die ganze Angelegenheit also gesetzlich abgeschlossen, und nur etwa mittelst Interpretation noch weiter auszuführen, oder ob und wieweit neben jenen gesetzlichen Bestimmungen noch obrigkeitliche Verfügung möglich und geboten sei. Denn daß vor der Novelle der Richter in Scheidungsfällen eingriff,

31) J. L. Schmidt, Lehrb. v. gericht. Klagen u. Einreden §§. 400 – 409, vgl. Göschchen, Vorlesungen §. 739.

32) — ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. 1. 1 §. 5 l. 2 D. lib. exhib. 43, 30.

33) dieser Satz steht in der ersten Aufl. am Ende dieses Paragraphen.

34) 1. 1 §. 3. 1. 3 §. 5. D. lib. exhib. 43, 30. §. 457 Anm. 48.

35) Unbedenklich gilt, was hier für die Scheidung im Band verordnet ist, auch für die von Tisch und Bett: Sarweh, über das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe (Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 S. 10). Die beständige Trennung von Tisch und Bett ist durch das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes u. s. w. §. 77 aufgehoben worden.

geht aus l. unic. C. div. facto apud quem liberi educari vel morari debeant (5, 24) mit Sicherheit hervor, wenngleich nicht gesagt ist, unter was für Umständen oder Voraussetzungen dies der Fall war. In Doctrin und Praxis ist man zwar vorherrschend der Ansicht, daß die Novelle obrigkeitliche Intervention nicht durchweg ausgeschlossen habe³⁶⁾; allein über das Verhältniß der einen zur anderen herrscht weniger Klarheit oder Einigkeit. Sarwey³⁶⁾ erblickt in der Novelle eine Ausnahme, die dann platzgreife, wenn der Regel irgend etwas im Wege stehe. Strippelmann³⁷⁾ betrachtet die Novelle als Regel ohne Ausnahme, und die obrigkeitliche Intervention als etwas, das erst in Fällen platzzugreifen habe, von denen die Novelle gar nicht handelt.

Unseres Erachtens steht letztere Meinung der Wahrheit näher, als die erstere. Es muß nämlich unterschieden werden, zwischen solchen Ausnahmen von dem väterlichen Besitzrechte, welche, wie die bisher aufgezählten, die Gestalt von Exceptio-nen annehmen und sich sonach als Rechte gewisser dritter Personen (des Ehemannes, der Mutter) darstellen³⁸⁾, — und Ausnahmen die keinem Dritten ein Recht geben, und darum lediglich auf obrigkeitlicher Disposition beruhen. Die Fälle nun, in welchenemand ein ausnahmsweise Recht auf den Besitz hat, sind in dem bisherigen erschöpft³⁹⁾; namentlich gibt es auch keine weiteren Fälle, in denenemand aus Anlaß der Scheidung dem Vater die Kinder abzuverlangen berechtigt wäre; diese Fälle sind durch die Nov. 117 abgeschlossen. Nicht ausgeschlossen ist damit das Recht und die Pflicht der Obrigkeit,

36) Sarwey a. a. D. Bd. 31 S. 464. §. 8. §. 9. Bd. 32 S. 1 §. 10. §. 11. Dernburg, Pand. Bd. III S. 36 Anm. 3.

37) Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. des. D. A. G. zu Cassel Thl. IV. Abth. 1. No. VII S. 95 fgg.

38) wo jemand dem Vater entgegen ein Recht auf das Kind hat, muß dieses auch flageweise (durch Verwandlung der Exceptio in eine Replik) geltend gemacht werden können. [Vorlechter Satz dieses Paragraphen in der 1. Aufl.]

39) Dernburg, Pand. Bd. III S. 36: „der Beklagte kann sich auf Verträge, durch welche ihm die Erziehung überlassen wird, nur berufen, wenn sie dem Kinde von Nutzen sind“. Das Reichsgericht (Entscheid. in Civilsachen Bd. X S. 116) hat die auf einen solchen Vertrag gegründete Einrede schlechthin verworfen.

unter Umständen die Kinder dem Vater zu entziehen, ohne daß irgendwem ein Recht auf dieselben zusteht. Denn mit dem Aufenthalte der Kinder geht deren Erziehung Hand in Hand (§. 459), welche, dem Officium angehörig, von obrigkeitlichen wegen gewahrt werden muß (§. 603).

Als ein Ausfluß solcher obrigkeitlicher Intervention dürfte

1. bereits zu betrachten sein der Aufschub des Streites um die väterliche Gewalt, wenn das Kind unmündig, der Besitzer von gutem und Kläger von schlechtem Leumund ist; überdies die Uebertragung des Kindes auf einen Dritten, wenn Beide verdächtig sind⁴⁰⁾) —

2. daß jene Schlechtigkeit des Vaters, welche der Mutter ein Recht auf den Besitz des Kindes gibt (Num. 34), in Fällen, wo die Mutter nicht am Leben, oder um nichts besser ist als der Vater, oder von ihrem Rechte keinen Gebrauch macht, zur obrigkeitlichen Intervention führen könne, ist nicht direct bezeugt; allein wenn es später angemessen schien, das Vermögen der Kinder dem Verderben zu entziehen, mit dem es der Vater bedrohte (§. 464, 3, d), so muß ein gleiches auch bezüglich der Person der Kinder gegolten haben; —

3. obrigkeitliche Fürsorge für den Aufenthalt der Kinder kann namentlich da nothwendig werden, wo dem Vater selbst ein Curator zu setzen ist⁴¹⁾); —

4. wenn im Scheidungsfalle die Voraussetzungen, welche die Mutter berechtigen, nicht zutreffen, kann obrigkeitliche Intervention nur insoferne platzgreifen, als sie auch ohne Scheidung begründet wäre.

In Betreff der Frage, bei wem überall die Kinder unterzubringen seien, dienen die Bestimmungen über den Aufenthalt und die Erziehung der Pupillen zum Anhalt (D. 27, 2. C. 5, 49. Vgl. §. 459 g. E.)⁴²⁾.

40) I. 3 §. 4 cf. §. 6 D. lib. exh. 43, 30.

41) Burchardi, Gemeinr. Erziehungsr., Arch. f. civ. Praxis Bd. VIII S. 175.

42) Burchardi a. a. D. S. 167—174.

Das Gebrauchs- und Erziehungsrecht.

§. 459.

Das Gebrauchsrecht (§. 457, 2) wird von Puchta Pand. §. 431 widersprochen, wegen l. 10 D. obseqq. parent. et patron. (37, 15): — nam pietatem liberi, non operas debent. Allein die Stelle spricht ausdrücklich von emancipirten Kindern¹⁾ und im Gegensatz zu den Freigelassenen. Andere²⁾ verneinen es auf Grund des neuesten Adventicienrechtes, nach welchem der Verdienst aus eigener Arbeit ja dem Kinde verbleibe³⁾. Allein durch dieses neue Recht ist mehr nicht eingeräumt, als daß wenn der Vater dem Kinde für sich oder Dritte zu arbeiten gestattet, der hieraus stammende Erwerb nicht mehr wie vordem unmittelbar an den Vater oder in's Bekulium gelangen, sondern dem Kinde verbleiben solle; daß der Vater das Kind insolange es seiner Gewalt untersteht, zur Arbeit und zum Erwerbe für sich verwenden dürfe, ist damit nicht aufgegeben⁴⁾. Ein Kind, dem der Vater für sich zu arbeiten und zu erwerben gestattet, kann sich auch dem Vater selbst verdingen; daß es aber für Arbeiten, die sonst gelöhnt zu werden pflegen, auch ohne eine derartige (ausdrückliche oder stillschweigende) Verdingung vom Vater Lohn fordern könne⁵⁾, hat keinen Grund für sich.

Eine Grenze des Gebrauchsrechtes liegt, besonders jüngeren Kindern gegenüber, in der Erziehungspflicht. Eine Form, in welcher der Staat heutzutage die Ueberschreitung dieser Grenze zu verhüten pflegt, ist die Statuirung der gesetzlichen Schul-

1) vgl. l. 4 D. si a parente quis manumissus sit 37, 12.

2) Windscheid, P. §. 516 Anm. 12 und dort Angeführte.

3) l. 6 C. bon. quae lib. 6, 61. §. 1 J. per quas pers. 2, 9. — Der Brachylogus II, 17, §. 2 läßt die Kinder noch überall nicht nur ex re patris, sondern auch was sie ex operibus suis adquirunt dem paternostitutio erwerben. Vgl. Fitting, Turiner Institutionenglossie und Brachylogus S. 50.

4) vgl. Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. und Pr. VIII S. 273. Bangerow, P. I §. 236 Anm. 1 Nr. 2. Arndts, P. §. 432 Anm. 1 c. Sintenis, Civilr. III §. 141 I a.

5) wie Sintenis a. a. d. und zum Theile die Praxis behaupten. Siehe auch oben §. 457 Anm. 30.

pflcht; eine andere die der Einschränkung oder Untertragung der Fabrikarbeit für Kinder⁶⁾.

Des väterlichen Erziehungsrechtes selbst ist in den Quellen nicht eigens, oder doch nicht direkt gedacht. Da jedoch die Bestimmung, bei wem Kinder, Pupillen sich aufhalten sollen, zusammentrifft mit der Bestimmung, von wem sie erzogen werden sollen (D. 27, 2: *ubi pupillus educari vel morari debeat — C. 5, 24: divortio facto apud quem liberi morari vel educari debent —*), so liegt in dem Rechte des Vaters, die Kinder bei sich zu haben, stillschweigend auch das Recht der Erziehung, und sind mit den Ausnahmen von jenem Rechte (§. 458 S. 610 fg.) auch die Ausnahmen von diesem ausgesprochen. Anlässlich der Ausnahmen vom Besitzrechte treten die vom Erziehungsrechte denn auch ausdrücklich hervor (Rubr. Cod. 5, 24; Nov. 117. c. 7 vergl. mit Nov. 22. c. 38; 1. 3. §. 4. D. lib. exh. 43, 30).

Die Vermögensherrschaft.

§. 460.

Das alte Haugut¹⁾.

Der Widerspruch der Neueren²⁾ gegen die alte Vermögensgemeinschaft zwischen Vater und Kind (§. 457. 4. S. 598 fg.) beruht wesentlich auf folgenden Säzen:

6) z. B. Reichsgewerbeordnung vom 1. Juli 1883 §. 135. Auf Verhütung der Überschreitung der in der Erziehungsplcht liegenden Grenze des Gebrauchsrechts ist es dabei nicht zunächst abgesehen.**

1) hier oben §§. 42—44, 103, 105, 285, 286, 288, 290, vornehmlich S. 43 Anm. 8 und S. 288 Text mit Anm. 16, wo auch weitere in das hier folgende einzubziehende Zeugnisse und Argumente für das alte Haugut vorkommen. S. zudem Bd. I §. 58

2) außer den hier oben S. 43 Anm. 9 und S. 288 Anm. 16 genannten: *Lassalle*, System der erworbenen Rechte 2. Aufl. II S. 188, *ähn.* 3. Gesch. d. röm. Frauenerbrechts S. 81 fg. *Dernburg*, Pand. III §. 32 bei Anm. 3 (aber der Gegensatz ist nicht der des factischen und des rechtlichen, sondern des formellen, offenen und des versteckten Gehörens), gewissermaßen *Leist* in *Gliick's Comm.* Serie 37 u. 38 Bd. I S. 212 fg. (vgl. Bd. V S. 185 fg.) und mit dogmengeschichtlichen Angaben wie mit ausführlicher Begründung, aber auch mit einigen Concessiōnēn an den obigen Text *Mandry*, Familiengüterrecht Bd. I S. 10—28, der S. 28 zum Schluß kommt, daß zwar keine „Mitberechtigung der Haustinder am Vermögen des Hausvaters anzunehmen“ sei, aber der Gedanke hervortrete, „daß dieses Vermögen seiner materiellen Bestimmung

1. Paulus wie Gaius besagen nicht mehr, als daß die *sui heredes* beim Tode des Vaters so behandelt werden, als ob sie schon zuvor Eigenthümer des Nachlasses gewesen; sie sagen nicht, daß sie schon zuvor Eigenthümer gewesen³⁾). Allein in Wahrheit lesen wir bei Paulus (l. 11 D. lib. et posth. 28, 2), nicht nur, daß die *sui heredes* nach dem Tode des Vaters so da stehen, „quasi olim domini essent“, sondern auch, daß sie schon bei Lebzeiten des Vaters wirklich in gewisser Weise als *domini* betrachtet werden (qui etiam vivo patre quodammodo *domini* existimantur), Worte die gleichmäßig schon bei Gaius (II. 157) und darnach in den Justinianischen Institutionen vorkommen (§. 2 J. 2, 19). Schlechthin als *domini* (Herren)⁴⁾ stehen die *sui heredes* nach dem Tode des Vaters

nach nicht bloß dem Haussvater, sondern auch den Hauskindern gehört“. — Zustimmend, oder nicht widerstrebend außer den hier oben S. 43 Anm. 8 Genannten: Padellati, Erbeinsetzung ex re certa S. 10. Zachariac, Gesch. d. griech.-röm. R. (2. Aufl.) S. 109—10, besonders nachdrücklich und anschaulich Sohm, Institutionen §§. 95, 96 und Leist, Gräco-ital. Rechts gesch. S. 72, 73, wo der bei Lebzeiten des Vaters vorhandene Anspruch der Hauskinder „auf Mitzuständigkeit des Dominium“ und sein Zusammenhang mit der *domestica hereditas* als etwas Griechen und Römern Gemeinsames dargelegt wird; s. ferner Mommsen, Staatsrecht III S. 183 („die im Civilrecht nur ideell regierende Regel, daß die Kinder schon bei Lebzeiten des Vaters als Eigenthümer angesehen werden, hat im öffentlichen unbedingte Gültigkeit“) und endlich Voigt, XII Tafeln Bd. II S. 251 und S. 387 (vgl. S. 728), wo wiederholt die „Volksanschauung, welche den Hauskindern bereits bei Lebzeiten ihres paterfam. gleich als Gesamthändern eine Art Mitherechtigung an dem Familienvermögen beinhaltet“, anerkannt und belegt, jedoch mit Berufung auf Mandry „der juristische Charakter jener Auffassung negirt wird.“ Allein wenn auch Juristen wie Gaius und Paulus sie vertreten, und wenn gewisse Rechtsfälle oder Institute als ihre Consequenzen gelten können (vgl. oben §. 457 Anm. 47 a. E.), so scheint sie auf juristischen Charakter vollen Anspruch zu haben; s. auch Voigt, Ius nat. III Anm. 1829. — Wer die Exheredationsmöglichkeit entgegenhält (unten Anm. 18), würdigt nicht, daß (iure civili) ausschließlich *sui* (ohne vorgängige Einsetzung) exhereditirt werden konnten und daß die *sui* exhereditirt werden mühten, wenn die *domiui continuatio* unterbrochen werden sollte. — Dem im Text vertheidigten römischen entspricht das germanische Haussvermögen, wie es aufgezeigt wird mit aller Entschiedenheit von v. Minira, Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den altniederdeutschen Rechten, bes. S. 213 (unter Hinweis auf Vorgänger) und in Einbeis histor. Zeitschr. Bd. 39 S. 252—5, dann von Bierke, Zeitschr. f. Rechts gesch. XII S. 482 sq. und von Heusler, Institutionen I S. 227 sq. Familieneigenthum oder gesammte Hand stellen sich auf germanischem wie auf römischem und athenischem Boden als die Wurzel aller Erbfolge dar.**

3) Francke, Recht der Notherben S. 18 Anm. 19.

4) „Dominus“ für den bloßen Herrscher, nicht für den Eigenthümer:

da, und zwar so, als ob sie diese Herrschaft nicht erst erlangt, sondern von jeher gehabt hätten; domini von gewissem (durch die Alleinherrschaft des Vaters beschränktem) Maße (Inhaber) sind sie schon bei Lebzeiten des Vaters; ja das Dasein dieses letzteren Dominiums ist der Grund, weshalb sie beim Tode des Vaters nicht sowohl zur Erbschaft, als zur freien Herrschaft gelangen (— non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam honorum administrationem consequuntur⁵), es ist der Grund der dominii continuatio, d. h. daß das Vermögen keinen Augenblick herrenlos wird. Diese continuatio dominii am Eingang der Stelle ist nicht die Fortsetzung des schon bei Lebzeiten des Vaters dagewesenen Dominiums der Kinder, wie man wohl auch schon angenommen hat⁶), sondern die des väterlichen Dominiums⁷); allein die Continuität dieses letzteren beruht auf der des ersteren.

Cic. Tusc. disput. III, 5 — eum (sc. furiosum) dominum esse rerum suarum vetant duodecim tabulae. Zur demselben Sinn ist der Tutor domini loco, vice domini: I. 157 pr. D. r. j. 50, 17. l. 57 (56) §. 4 D. furtis 47, 2. Mehreres bei Voigt, XII Tafeln § 72 Anm. 7. §. 110 Anm. 19. §. 163 Anm. 8.

5) „In ihrem Erbrecht lebt das alte Familieneigenthum fort. Ihr Anrecht, welches sie schon (nach älterer Rechtsanschauung) bei Lebzeiten des Erblassers besaßen, wird jetzt nur frei durch den Wegfall des Erblassers“. Sohm, Institutionen §. 96, vgl. Cythlarz in Glücks Comm. Serie 41.42. I, S. 140 Anm. 30. Es ist, Gräco-ital. Rechtsgech. S. 72 „das Recht war latent schon bei Lebzeiten des Vaters vorhanden. Indem jetzt ipso iure der Sohn an Stelle des bisherigen Herrn tritt, fällt die seinem Herrnrechte bis dahin die Ausübung hindernde väterliche Macht hinweg.“ Griechische Parallele S. 73. S. auch oben Bd. I §. 76 bei Anm. 1.

6) nach continuationem dominii eorum (statt eo rem), was manche Handschriften, ursprünglich auch die florentiner, geben, und die Glossa für melius erklärt.

7) Paul. sent. IV in Collatio XVI, 3, 6: Suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditiarum dominium continuatur —, §. 3 J. hered. quae ab int. 3, 1: et statim morte parentis quasi continuatur dominium, wozu Theoph. Paraphr., der unzweifelhaft nicht an Fortdauer eines Dominiums der Kinder denkt. Hiernach besagt l. 11 cit.: Die Fortdauer des Dominiums bewirkt, daß gar keine hereditas d. i. kein Erwerb da zu sein scheint, gleich als ob diese Leute schon zuvor dominii wären, wie man sie denn in der That auch zuvor (vivo patre) gewissermaßen für domini (domini ohne Herrschaft) ansieht. Somit deducirt Paulus im ersten Satz gar nicht aus dem Mitrecht der sui (wie Mandry, Familieng. I S. 23 meint), gibt nur ihrem Erbgang eine Fassung, welche jenem Mitrecht conform ist, an es mahnt, worauf esst in den folgenden Sätzen er das-selbe ausspinnt. In den Worten quasi olim hi domini essent sieht Mandry a. a. D. S. 25 eine „das Eigenthum der sui verneinende Be-

2. Die Auffstellung eines Miteigenthums der Kinder bei den römischen Juristen sei „nichts wie eine Hypothese, um dem „förmlichen“ Erbungsysteme eine juristische Grundlage zu „geben“⁸⁾. Allein Paulus und Gajus sprechen nicht von dem, was sie selbst oder irgend welche Juristen meinen, sondern von dem was man überhaupt glaubt und annimmt (quodammodo domini existimantur)⁹⁾. Daß namentlich Paulus damit keine bloße Juristen-Meinung, sondern eine allgemeine und althergebrachte Anschauung ausdrücken will, zeigt sich darin, daß er aus ihr auch den Namen filiusfamilias herleitet¹⁰⁾.

3. Das Notherbrecht der *sui heredes* lasse sich auch anderweitig erklären: aus der natürlichen Nähe nämlich, in welcher der *suus heres* zum Erblasser stehe, und krafft deren er von selbst, durch seine bloße Existenz zum Erben werde — eine Erklärung, welche sich ebenfalls bei den römischen Juristen finde, und zwar in l. 7 pr. D. bon. damnat. 48, 20, einer gleichfalls von Paulus herrührenden Stelle (*Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret . . .*¹¹⁾). Allein was diese Begründung zunächst an

merfung“, während die gleich folgende Beweisung darauf, daß sie als quodammodo domini gelten, zeigt, daß die ersten Worte blos das nicht modifizierte, offene Dominium negiren. Die letzteren dagegen nur auf materielles, wirtschaftliches Gehören oder Destinirtheit zu beschränken, verträgt sich schwer mit ihrer Umgebung^{*}

8) Mühlenbruch, Glücks Comm. Bd. 36 S. 145, vgl. Francke, Notherben S. 18.

9) Daß es sich hier „um einen in manichäischer Schattirung verwendbaren Aequitätsgrundsatz handele“ (Leist bei Glück a. a. O. I S. 213 Anm. 9), ist gar nicht, auch nicht durch quodammodo angedeutet. Die Auffassung der *uxor* als *quasi domina* wegen der *societas vitae* in l. 1 D. rerum amot. 25, 2 nützt und schadet der in Rede stehenden nicht. S. auch Leist, Gräco-ital. Rechtsgesch. S. 72 Anm. 6.

10) Stellen aus nichtjuristischen Schriften, in denen der *filiusfamilias* neben dem Vater als *dominus*, mitunter als *dominus minor* erscheint, bei Galvanus, de usufr. cap. VIII. Daß Ter. Phorm. V, 1, 26 nach Voigt a. a. O. S. 251 Anm. 28, und Plaut. Capt. Prol. 18. Hierher gehört auch, daß der *Hausjohn* bei Plautus „herus“ (*herus minor*) genannt wird, und *herus* bei den Alten *dominus* bedeutet (l. 11 §. 6 D. ad l. Aqu. 9, 2, wozu vgl. Voigt, a. a. O. §. 79 Anm. 9). Siehe auch oben S. 365 Anm. 8.

11) Mühlenbruch a. a. O. S. 145 Anm. 22. Das Folgende auch gegen Hofmann, Krit. Stud. im r. R. S. 210, wonach l. 11 und Gaj. II, 167 ctt. die für jedes Recht gültige Wahrheit enthalten sollen, „daß die Kinder die nächsten und natürlichen Erben sind“.

und für sich anlangt, so wird durch die Nähe der Kinder zwar wohl motivirt, daß sie vor allen Anderen zur Erbsfolge kommen; daß sie dagegen von selbst, nothwendig, unmittelbar Erben sind, ist eine Thatſache von so ſcharf rechtlichem Charakter¹²⁾, daß sie einem bloßen Naturverhältniß nicht entſtammen kann. Oder warum ist das Kind gegenüber der Mutter nicht ipso iure heres? ist hier weniger Natur, oder weniger Nähe? Daß aber Paulus hier von der ratio naturalis, nicht mehr von dem ſpecificiſch jurijtiſchen Momente eines gewiſſen Dominiums ausgeht, erklär̄t ſich daraus, daß er in l. 7 auf etwas ganz anderes hinaus geht, als in l. 11. In l. 11 hat er es lediglich mit den sui heredes und der dominii continuatio zu thun; in l. 7 dagegen mit den liberis und dem j. g. Pflichttheilsrechte¹³⁾. Hier handelt es ſich um Rechtſertigung der Quart, welche die liberi, mithin auch emancipirte Kinder¹⁴⁾ an dem ſonſt dem Staate verfallenden Vermögen ihres verurtheilten Vaters bekommen jollen. Diese Rechtſertigung ist ſchon an ſich nicht aus dem j. g. Notherbrechte, d. i. nicht daraus möglich, daß sui heredes ipso iure, Emancipirte durch b. p. c. t. Erben werden, wenn ſie nicht förmlich enterbt ſind, ſondern nur daraus, daß ſie ohne beſondere Verſchuldung mit Erfolg gar nicht enterbt werden können (ac ne iudicio quidem parentis niſi meritis de causis summoveri ab ea ſucceſſione poſſunt). Nicht das Ius, welches die Enterbung rituell ermöglicht, ſondern das Officium, welches ſie ſachlich ausschließt, gibt den Boden für jenen Anspruch der Kinder gegen den Fiskus. Schon das, daß dieser Anspruch der Kinder auch hier mit einer portio¹⁵⁾ abgefunden wird, mahnt an das j. g. Pflichttheils-

12) l. 5 pr. D. cond. et demonstr. 35, 1: Condicionibus pupillus et sine tutoris auctoritate parere potest. Nec quem moveri, quod expleta condicione necessarius heres aliquando esse potest: nam hoc iure potestatis fieri, non condicione expletae. Wenn man jedoch, was Fitting, Caſtrene Pecul. S. 113 begründet, den Grund, aus welchem das vom Vater eingesetzte Hauskind (ebenso wie der Sklave und der mittelbare Hausunterthan) heres necessarius wird, unterscheiden muß von dem Grund, aus welchem der suus ab intestato von ſelbst Erbe ist, so bildet l. 5 pr. eit. nicht einen Beleg zum Text.

13) so auch Hoffmann, Krit. Stud. im r. R. S. 213 Anm. 36.

14) l. 8 C. de bonis proscript. 9, 49.

15) l. 1 §. 1 D. eod. 48, 20.

recht (hier oben §. 405); überdies aber bewegt sich Paulus sowohl der Sprache als dem Inhalte nach in letzterem¹⁶⁾. Selbst die Worte „propter quod et in iure civili suorum heredum nomen iis indictum est“ beweisen, daß Paulus von liberis im Gegensatz zu den sui heredes, und von irgend welchen Erbansprüchen im Gegensatz zum Jus oder Jus civile spricht, so sehr gerade sie zu der Ansicht verführt haben können, als ob Paulus in ihnen das Suitätsverhältniß selbst aus der naturalis ratio ableite; genau betrachtet, sagen sie nicht mehr, als „daß die Kinder im civilen Erbrecht — soweit dieses überhaupt Kinder kennt — denn auch ihren besonderen von dem aller anderen Erben verschiedenen Namen bekommen.“ Genes nicht blos zwischen Vater und Kindern, sondern Ascendenten und Descendenten, ja selbst noch über diese hinaus geltende Pflichterbrecht mag nun Paulus¹⁷⁾ auf naturalis ratio zurückführen; diese naturalis ratio ist doch nur der spätere allgemeinere, vagere Name statt des älteren, concreteren Wortes officium, pietas¹⁸⁾; mit der dominii continuatio zwischen dem pf. und den sui heredes hat diese Erörterung des Paulus nichts zu schaffen.

4. Die Substanz des Erbbegriffs sei Willenscontinuation, Willenserbschaft, der Erbe Willenserbe, nicht Vermögenserbe, der Begriff des Erbthums Willensidentität zwischen Erblasser und Erben, der Begriff der Erbeinsetzung Hervorbringung dieser Identität, Identification der beiden Willenssubjectivitäten des Erblassers und Erben. Nun gebe es aber Personen, welche mit dem Erblasser schon ohnehin und unmittelbar in Willensidentität stehen, also nicht erst einer Erbeinsetzung oder Willens-

16) „velut ad debitam successionem eos vocando“ — (cf. I. 3. 1. 8 §. 8 §. 11. 1. 15 pr. D. inoff. 5. 2. 1. 2 C. inoff. don. 3. 29. Nov. 18 praef. Nov. 115 c. 3 pr. 1. 7 §. 1 D. si tab. test. 38, 6. 1. 10 D. pro socio 17, 2 und 1. 7 §. 2 C. de cur. fur. 5, 70 — paterna hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur —) und ferner: „ac ne iudicio quidem parentis nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt“ — cf. I. 3 — I. 5 D. inoff. 5, 2, Nov. 115 I. c.; vgl. hier oben §. 378 namentlich Anm. 16 und Leist bei Glück, Comm. Serie 37. 38. Bd. 5 S. 111 — 124.

17) in ähnlicher Weise wie Papinian I. 7 §. 1 D. si tab. test. 38, 6 cf. I. 15 pr. D. inoff. 5, 2.

18) vgl. Voigt, Jus naturale Bd. I S. 321. S. 564.

identification bedürfen, vielmehr die unmittelbare Fortexistenz seiner Willenssubjectivität, mithin ganz natürlich ipso iure heredes sind; das seien die in seiner Gewalt befindlichen Kinder; denn die Gewalt sei nichts anderes als „Willenseinheit in getrennten Personen,” welche in dem Gewalthaber nur ihren functionirenden Träger habe¹⁹⁾. — Hierin liegt wenigstens ein ernstlicher Versuch, das Problem zu lösen, und eine an sich bündige Folgerung. Allein die Vordersätze können nicht zugestanden werden. Es kann nicht zugestanden werden, daß die Erbsfolge eine Willens-, keine Vermögensfolge sei; wohl ist der Wille des Erben, wenn man so sagen will, an die Stelle des erblasserischen Willens getreten, dahin wo dieser war, aber nicht in ihn hinein. Nur die Werke, welche dem Willen des Erblassers entsprungen, darunter sein Testament, sein Vermögen, leben und wirken noch nach seinem Tode fort; daß dagegen sein Wille selbst nicht mehr unter uns sei, so wenig als seine Person, besagt das Wort Tod. Darum keine Willensidentität zwischen Erblasser und Erben. Der Wille des Erblassers ist dahin, ein anderer an seiner Stelle. So wenig als beim Tode des Erblassers ist bei seinen Lebzeiten eine Willensidentität zwischen ihm und seinen Erben. Das Gewaltverhältniß ist das gerade Gegentheil von einer Willensidentität unter den gewaltverbundenen Personen; es bedeutet die Herrschaft eines einzigen Willens über mehrere andere verschiedene, darum möglicherweise widerstreitende Willen; jener einzige Wille gehört dem Vater allein, er ist kein, geschweige denn der bloße Functionär fremden Willens (vgl. oben S. 599. 5). — —

Daß der suus heres nicht erst durch das Gesetz zur Erbschaft berufen werde, hat Lassalle richtig bemerkt, und nur das war unrichtig, daß er dies allein bemerkte zu haben glaubte²⁰⁾. Tritt aber der Erbgang des suus heres weder kraft letzten

19) Lassalle, System der erworbenen Rechte 2. Aufl. Bd. II passim, vorzüglich S. 93. 189—201 und z. B. noch S. 3. 24. 52. 59. 166. 290.

20) Lassalle a. a. O. S. 192 Anm. S. 202. S. 221. Wegen der Priorität s. dieses Lehrbuch 1. Aufl. S. 737, aber auch schon Galvanus, de usufr. cap. VIII und dasselbst noch Frühere. Vgl. hier oben §. 365 Anm. 6. Etwas anders Dernburg, Band. III §. 129 Anm. 6.

Willens, noch kraft Gesetzes ein, so kann er nur mehr auf eigenem Rechte desselben beruhen; dieses eigene Recht ist das gewisse Dominium bei Lebzeiten des Vaters: was es sonst für eines sein sollte, sein könnte, läßt sich nicht denken. Aus ihm erklärt sich dann aber nicht blos der von selbst eintretende nothwendige Erbgang, sondern auch Wort und Begriff der exhereditatio. Der muß schon zuvor heres, dominus sein²¹⁾, der da soll „entherrt“ werden können²²⁾; emancipirte Kinder, welche ihre Herrschaft propter capitum deminutionem einbüßen, werden erst durch den Prätor und nur rescissa capitum deminutione exheredirbar²³⁾; gegenüber den Nothherben der Novelle 115 aber, deren Anspruch überhaupt nicht mehr im Zus., sondern im Officium gegründet ist, existirt nicht mehr die alte exhereditatio, sondern eine bloße Motivirung der Nichteinsetzung²⁴⁾.

Wie läßt sich aber irgend ein Dominium des Kindes an

21) oder zum heres ernannt sein, nach der Cretionsformel bei Gai. II, 165. Lassalle a. a. D. S. 213 und dort Ann. 3.

22) Gai. II, 140. Hier oben S. 103. Mandry, Familiengüter, I, S. 16 entnimmt der Möglichkeit zu exherediren ein Argument gegen die in der latenten Mitberichtigung liegende Schranke. Über die Wegräumbarkeit spricht nicht gegen das Dasein der Schranke, und ohne ihre Wegräumung hat der Vater nicht Testifreihheit. Auf den Einwand der Exheredifreiheit replicirt Paulus: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licet (erläutert von Donell., Comm. jur. civ. VII, 2, 17). Dieses und hier oben §. 365 Ann. 9 bezieht sich auch auf Dernburg, Pand. III §. 143 Ann. 2; übrigens deckt sich das dort bekämpfte Miteigenthum nicht mit dem hier im Text vertheidigten Hausgut.*

23) I. 6 §. 1 D. de bon. poss. 37, 1. Dernburg, Pand. III §. 144 Ann. 2 wendet ein: „Wäre der Grund des formellen Nothherbenrechtes der sui ihr Miteigenthum am väterlichen Vermögen, so wäre dessen Ausdehnung auf emancipirte und andere aus der Gewalt getretene Personen unbegreiflich“. Propter aequitatem, sagt I. 6 §. 1 cit., rescindit der Prätor die capitum deminutio. Daß man bei der Auflösung der Haussgemeinschaft des früheren Theilhabers Emancipation nicht als Exheredation gelten ließ, ist sehr begreifliche Willigkeit, welche durch die aequitas collationis ergänzt wird (hier oben §. 378 Ann. 13 und § 409). Sieht man dagegen in dem Exheredationserforderniß nur das Gebot, daß ein Wille wegen seines auffallenden Inhalts „ausdrücklich ausgeprochen sei“ (Dernburg, §. 143 Ann. 2), so ist nicht zu begreifen, warum es nach der Emancipation noch einer weiteren Manifestation der Entfernung bedarf. Auch hat dann die erstgenannte aequitas keinen Raum. Warum endlich, wenn einem Form erforderniß nicht entsprochen ist, Rescission der cap. deu., warum dieses „Mittel der juristischen Gestaltung“, und was hat der Fehler im Testamente mit der Emancipation zu thun, daß diese rescindit wird. Vgl. jedoch auch o. §. 409 Ann. 5 mit Lenel, Ed. S. 273.**

24) s. oben §. 378 besonders Ann. 16. Francke, Nothherben S. 398.

dem Vermögen im Hause mit jener Alleinherrschaft nicht nur, sondern auch mit jenem Alleinrechte vereinigen, welches dem Vater an diesem Vermögen ja doch mit aller Entschiedenheit zu steht (§. 457 Nr. 4)? Daß das Kind eigenes Recht, der Vater aber gleichwohl Alleinherrschaft haben konnte, versteht sich von selbst, und prägt sich späterhin im Adventizgute aus. Wie dagegen läßt sich denken, daß das Kind selbst ein Recht oder Theil am Vermögen haben sollte, der Vater aber zugleich alles Recht, und alles allein? Unseres Erachtens in ähnlicher Weise, wie der Vater in der ersten Periode der Adventizgut-Entwicklung noch Herr und Eigentümer dieses Vermögens, das Kind aber gleichwohl schon daran berechtigt, man kann sagen quodammodo dominus daran ist (§. 463). Der äußeren Erscheinung nach ist der Vater hier nur Eigentümer, dem Sinn und Gedanken nach aber zugleich Fiduciar (§. 644 unten), allgemeiner ausgedrückt Vertreter oder Vollmachtsträger für das Kind²⁵⁾. Das Eigenthum war hier wie bei der Fiducia cum amico, wie das Prudominium bei der Lehenssträgerschaft, wie die Selbsteinschuldung und Selbstberechtigung in der Correalobligation nur eine Form, aber die stärkste Form von Vertretung und Vollmacht (Bd. II §§. 252. 253 und hier oben §§. 552. 553); vielleicht wäre die in Folge der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft eintretende deutsche „Verfangenschaft“ ein passender Ausdruck für ein neben äußerer Alleinberechtigung fortwährendes Anrecht dritter Personen²⁶⁾. — Vor der Adventiz-

25) Zustimmend Pernice, Labeo Bd. I §. 109 unten. Die Einwände bei Mandry, Familiengütern. I S. 20—23, scheinen nur zu ergeben, daß das Eigenthum des Vaters, soweit es procuratorisch, ein solches sui generis ist. — Was im Text vom Eigenthum gesagt ist, kann auch von der patria potestas gelten. In dieser vertritt der Großvater seinen ff. hinsichtlich der Kinder dieses ff. (seiner Enkel). Sie steht dem ersten allein zu, und doch läßt sich nicht sagen, daß sie morte avi für den nunmehrigen paterfam. entstehe, es wird dadurch blos die bis dahin gebundene frei. (Vgl. §. 468 Num. 5). Dies kann wie dort nur durch exhereditatio, so hier nur durch emancipatio ausgeschlossen werden. Cf. Gaj. I, 127. 1. 56 §. 2 D. iure dot. 23, 3. I. 46 D. fam. ercisc. 10, 2 und unten §. 473 Num. 13. Vgl. auch I. 2 D. municip. 50, 1: Quod ad honores pertinet, creditur in potestate filium habere etiam is, qui in patris potestate est. **

26) Von „Verfangenschaft“, die er als ein für die Haugemeinschaft unentbehrliches Institut bezeichnet, scheint Kohler in Jher. Jahrbb. Bd. 24

gutbildung und abgesehen von den Besonderheiten des nach-augustischen peculum castrense gab es keine Abstichtungen vom Hausvermögen; die freien Hausgenossen hatten sämtlich ununterschieden daran Theil; allein die freieste, unabhängige Vertretung desselben sollte ausschließlich in der Hand des Hausherrn liegen. In diesem Triebe gestaltete sich der Alleinherrscher zugleich zum Alleininhaber oder Alleinberechtigten; denn vollständiger war der Zweck der Alleinvertretung und Alleinherrschaft nicht erreichbar, als durch das Mittel der Alleinberechtigung. Ward demnach der Vater förmlich alleinberechtigt, so konnte von den übrigen Familiengenossen natürlich keiner mehr dominus sein, wie der Vater; weil aber jene Alleinberechtigung nur die Form der dem Vater zuständigen und obliegenden Vertretung war, so trug sie das Wesen der Vertretung in sich, darum auch das Dasein von Vertretenen, sowie das Ding, worin sie vertreten waren; letzteres war aber eben ihr Anteil am Hausvermögen. Also neben, vielmehr in dem Alleinrechte des Vaters lag die Mitinhaberschaft der Kinder verborgen²⁷⁾. Sie war kein dominium wie das des Vaters, aber doch ein dominium, ein gewisses dominium, quodammodo dominium, ohnmächtig zwar in so lange der Vater lebte²⁸⁾, voll Realität dagegen für die Zeit, da dessen Gewalt hinwegfiel und die Kinder nun nicht erst zu erwerben brauchten was sie zuvor schon hatten.

Vermögenssonderung.

§. 461.

1. Peculium.

D. de peculio 15, 1.

Ein Kindes-Sondergut tritt uns bereits in dem alten

S. 249 erst für die Zeit nach der constantinischen Reform, also erst für das frühere Adventizgut zu sprechen.

27) Bd. I §. 58.

28) jedoch ist schon dann von iura suorum heredum (Gaj. II, 133 cf. I, 115b: filiae iura) die Rede und entzieht die Ignorirung dieser iura dem Testament die Wirkungskraft, z. B. gegenüber einem früheren; wenigstens nach der Ansicht der Sabinianer (Gaj. II, 123), welche den Eindruck der traditionellen macht. Vgl. auch I. 13 D. doli mali exc. 44, 4 (ius suum).**

peculium¹⁾ entgegen. Denn dieses ist nicht nur der Detention nach von dem väterlichen Vermögen ausgeschieden und unterschieden²⁾, sondern steht, ganz anders als das in bloßer Verwaltung befindliche fremde Vermögen, auch buchmäßig auf den Namen des Kindes³⁾, und als ein quasi patrimonium des letzteren in nominellem und praktischem Gegensätze zu der res patris⁴⁾.

Allein die Gütersonderung ist hier noch nicht weiter durchgeführt, als ohne Schmälerung der väterlichen Gewalt, ihrer Alleinherrschaft und Alleinberechtigung, möglich war. Das peculium steht daher

1. vermöge der Alleinherrschaft des Vaters über alles Vermögen im Hause in voller Abhängigkeit vom Gewalthaber; ist ohne seine Zulassung, seinen Willen, seine Concession nicht möglich⁵⁾, mit seinem Willen ohne den des Kindes möglich⁶⁾, einseitig und formlos widerrufbar⁷⁾, mithin ein Lehren der primitivsten Art und dem Precarium an Clienten und Fremde vergleichbar (Bd. I §. 184 a. Anf.); — das peculium ist

1) „Vermögelchen“: l. 5 §. 3 D. h. t. 15, 1 vgl. das viaticulum in l. 18 §. 1 D. iud. 5, 1, wie auch l. 17 (16) pr. D. Trebell. 36, 1. 1. 79 §. 1 D. legatis III. 32. Literatur über die Wortbedeutung bei Mandry, Familiengüterr. II S. 3, Eigenes dasselbst S. 5. Voigt, XII Taf. §. 92 Anm. 34.

2) l. 8 D. h. t. 15, 1 und Bd. I §. 140 Anm. 2.

3) l. 5 §. 4. 1. 4 pr. D. h. t. 15, 1. 1. 3 §. 5 D. de in rem verso 15, 3. 1. 37 §. 1 D. adquir. rer. dom. 41, 1.

4) l. 19 §. 1. 1. 39. 1. 47 §. 6 D. h. t. 15, 1. — l. 5 §. 3. 1. 6. 1. 3 §. 5. 1. 11 D. de i. r. v. 15, 3. „Die quasipatrimoniale Natur des Peculium“ wird nachdrücklich geltend gemacht von Mandry, Begriff und Wesen des Peculium, und dabei unter dem Quassi das (bloß) Factualle der Angehörigkeit an den Hausunterthan verstanden. Die Gründe für die Annahme dieser Eigenschaft — Familiengüterr. II S. 8 Ziff. 3 — sind nicht alle stark, denn es kann z. B. der ff. das Adventizgut gar nicht administriren, und doch gehört es ihm iure. Die Bedenken gegen den Widerspruch der Begriffe des Factischen und des Vermögens sucht zu zerstreuen Familiengüterr. II S. 9—14, ohne Erfolg bei seinem Recensenten Cyhlarz, M. Vierteljahrsschr. XX S. 504.*

5) l. 5 §. 4. 1. 39. 1. 3 §§. 3, 4 D. h. t. 15, 1. Gegen Diesel in Beckers Jahrb. II, S. 11 unten, der das Concessionserforderniß auf den Erwerb ex re patris etc. beschränkt, Keller, ebenda. III, S. 153—9, ferner Mandry, Begriff u. Wesen des Pecul. S. 33 fg. Fam.-Güterr. II, S. 69 fg.

6) totum hoc ex constitutione domini pendet — l. 7 §. 3 eod. Mandry, Fam.-Güterr. II S. 57.

7) l. 8. 1. 7 §. 1 eod.

2. vermöge der väterlichen Alleinberechtigung nach allen seinen Bestandtheilen im Rechte des Vaters, er ist Eigentümer aller Peculiarfachen, er der Inhaber aller Peculiarforderungen⁸⁾, ja er sogar der Besitzer an allem Peculiarbesitz⁹⁾, folgerecht das Peculum auch Executionsobject für die Gläubiger des Vaters¹⁰⁾ und Gegenstand des väterlichen Nachlasses¹¹⁾; —

3. kann dagegen ohne Collision mit der väterlichen Gewalt dem natürlichen Besitz, dem Gebrauche und der Verwaltung nach beim Kinde sein: denn all das beruht nicht auf einem Rechte des Kindes, sondern auf dem Willen des Vaters (s. oben 1); ja daß es nach Besitz, Gebrauch und Verwaltung bei seinem Inhaber (Slaven oder Kind) sei, ist für das peculum wesentlich und wie sich noch weiter zeigen wird, charakteristisch¹²⁾. Daß es factisch von dem übrigen Hausvermögen ausgeschieden beim Kinde v. sein müsse, ist erwiesen¹³⁾; daraus scheint uns aber mit Nothwendigkeit zu folgen, daß es auch der Nutzung und der Verwaltung nach beim Kinde v. sein müsse; denn zu was sonst jene Trennung? Daß es dem Gebrauch und der Nutzung nach beim Kinde sei, erhellt auch aus dem Gegensatze des in rem domini, patris versum¹⁴⁾; der Behauptung dagegen, daß es auch der Verwaltung nach beim Kinde sein müsse, scheint zweierlei zu widersprechen. Denn 1) nicht blos „libera administratio“ muß speciell concedirt sein¹⁵⁾, sondern „administratio“

8) Gaj. III, 163 – 167a z. B. I. 10 C. quod cum eo 4, 26. I. 48 §. 1 D. h. t. 15, 1. Daß der Vater Inhaber aller Peculiarforderungen, gilt schlechthin nur von den Forderungen gegenüber extraneis. Wegen der Naturalobligationen zwischen Vater und Kind, ihres Zusammenhangs mit, ihrer Auf- und Abrechnung in dem Peculium s. Bd. II §. 220 Anm. 9. §. 221 Anm. 3, 14, 15 und z. B. I. 7 §. 6. I. 17. I. 49 §. 2 D. h. t. 15, 1. I. 6 §. 4 D. pecul. leg. 33, 8. I. 16 D. in rem v. 15, 3. *

9) I. 3 §. 12. I. 24. I. 44 §. 1 cf. I. 1 §. 5 D. a. v. a. p. 41, 2. I. 93 D. r. j. 50, 17.

10) arg. pr. J. quibus non est permisum 2, 12; mit Ausnahme des Falles, da bona patris propter debitum a fisco occupata sunt. Hier findet ex const. Claudii Separation des pec. ~~mit~~ Gunsten des ff. Statt: I. 3 §. 4 D. min. 4, 4, über welche Stelle Fitting, Castrense Peculum S. 410.

11) I. 38 pr. D. cond. ind. 12, 6.

12) vgl. Diezel in Beffers Jahrb. III S. 62.

13) I. 8 D. h. t. eit.

14) s. die Anm. 4 citt. ll.

15) I. 7 §. 1 in fin. D. h. t. 15, 1. I. 10 C. quod cum eo 4, 26.

überhaupt, wenn der Slave, das Kind peculii administratio nem haben soll¹⁶⁾; also, möchte man folgern, kann ein Peculium auch ohne Verwaltungsrecht concedirt sein. Indessen liegt es nahe, daß sich der Gebrauch des Wortes administratio hier im Vergleiche zu seinem natürlichen Umfange verengt hat¹⁷⁾. Begreift es an sich den vollen Kreis der Handlungen, welchen wir unter der Verwaltung oder Bewirthschafung eines Vermögens nur immer denken können, namentlich also auch den Kreis der gemeinen Handlungen und Rechtsgeschäfte, welche zur Erhaltung des Vermögens (custodia), oder zu seiner gewöhnlichen Nutzung entschieden nothwendig sind (Verkauf von Sachen, die sonst zu Grunde gehen¹⁸⁾, Reparatur von Häusern, Bestellung der Felder, Dingung von Arbeitern sc.), so kann es auch für jenen engeren Kreis von Handlungen vorkommen, die nicht schon durch die Natur des Objectes, sondern erst durch das Ermessen der Person geboten, und für den Verwalter fremden Vermögens nicht mehr so sehr Pflicht als Voll-

16) arg. I. 48 §. 1 D. h. t. 15, 1. I. 13 pr. D. cond. ind. 12, 6. 1. 84 D. sol. 46, 3. I. 34 pr. D. novat. 46, 2.

17) Ohne diese Unterscheidung weiteren und engeren Wortgebrauchs, namentlich ohne Anerkennung einer sine administratione vorhandenen Verwaltung (Ann. 18), doch in der Hauptsache mit der folgenden Distinction übereinstimmend Mandry, Begriff und Wesen des Pec. S. 58—70 und Familiengüterr. II, §. 61, obwohl dasselbst Num. 2 die obigen „Aufstellungen“ für „materiell unrichtig“ erklärt werden. Indessen spricht doch für materielle Übereinstimmung einmal, daß der Kreis von Geschäften, für welche nach Mandry die Ertheilung der administratio erforderlich ist, sich größtentheils (bis auf Zahlung und etwa Eincassirung) mit dem oben gezogenen deckt; und ferner daß „das Resultat“ (S. 116), wonach Peculiarrechte aufgebende und übertragende Rechtsakte die Ermächtigung des Gewalthabers voraussetzen, welche in der Verleihung der administratio liege, vom obigen Text nicht wesentlich abweicht. Nach Pernice, Labeo I, S. 133 war die libera administratio anfänglich etwas in jeder Peculienconcession Liegendes.*

18) Diese beschränkte Veräußerungsbeugniß bestreitet Mandry, Familiengüterr. II S. 92/3, weil auch ohne sie wegen der Vergänglichkeit der Sachen die Richtigkeit der Veräußerung nicht geltend zu machen war, und weil es schwer zu erklären wäre, warum die Quellen der Beugniß beim Procurator (I. 63 D. proc. 3, 3) und beim Vormund, aber nirgends beim Peculienhaber erwähnen. Allein was beim Procurator trotz jener Vergänglichkeit vorkam, war auch beim Peculienhaber möglich. Sodann stand letzterer „seinem“ Peculium tatsächlich näher, als die Verwalter fremden Guts, und endlich bleiben nach Abzug derjenigen Veräußerungen, die der administratio nachweislich bedürfen, Verwaltungsgeschäfte obiger Art noch übrig. **

macht sind. In diesem engeren Sinne hat der Tutor vor der Errichtung eines Inventars die Administration noch nicht, während er Unaufschließliches, mithin Nothwendiges schon jetzt nicht nur vornehmen darf, sondern muß¹⁹⁾; nur in diesem engeren Sinne, scheint uns, muß peculii administratio eigens verliehen sein. Wenigstens finden sich unter den Handlungen, welche ohne diese besondere Vollmacht unmöglich sind²⁰⁾, überall in den Quellen nur Handlungen jener engeren Sphäre: Veräußerungen der Substanz (oder des Wirthschaftsinventars?), Verpfändungen, Darlehen, Dosbestellung, Delegationen, überhaupt Novationen, pactum de non petendo (auch aus anderer als donandi causa), überhaupt Verzichte, Vergleich, Eidesdelation und Eidesleistung²¹⁾, Incasso²²⁾, Schenkungen in jeder Form und Gestalt (die freilich selbst zur „libera administratio“ nicht mehr mitgehören, und eine besondere Concessionsclausel voraussetzen)²³⁾ und Manumissionen, die einer jedesmaligen speciellen

19) I. 7 pr. §. 1. 1. 1 §. 1. 1. 5 §. 10 D. adm. tut. 26, 7. Vgl. Bd. II §. 322 bei Ann. 7 und unten §. 501 Ann. 1. §. 502 Ann. 3. 7. Auch der Unterschied von custodia und plena administratio in I. 48 D. eod., von administratio rerum und gerichtlicher Vertretung in I. 33 §. 1 D. proc. 3, 3, kommt in Betracht, vgl. unten §. 498 Ann. 8 und oben §. 448 zu Ann. 7. — Jedoch besteht nach Mandry, Familiengütern. II §. 93 die Differenz, daß des Vormunds vorläufige Veräußerungsbefugniß von seiner Administrationspflicht getragen ist, während der Peculieninhaber gegen den Herrn solche Pflicht nicht habe.*

20) jedoch steht der in der Verleihung der administratio liegenden generellen Vollmacht im einzelnen Fall die specielle gleich: I. 46 D. h. t. 15, 1: Qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod et specialiter permissurus est, insbesondere I. 41 §. 1 D. r. v. 6, I. 1. 14 pr. D. a. vel a. p. 41. 2. I. 15 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3 cf. I. 34 D. usurp. 41, 3 (insciente domino) und I. 10 §. 1 C. quod cum eo 4, 26 (eo ignorante). Vgl. auch Ann. 24.

21) I. 10 pr. C. quod cum eo 4, 26. I. 12 D. quae in fraudem 42, 8, cf. die in Ann. 20 citt. II. — I. 13 pr. D. cond. ind. 12, 6. I. 1 §. 1 D. quae res pign. 20, 3. I. 18 §. 4. I. 19 D. pign. act. 13, 7. — I. 11 §. 2 D. reb. cred. 12. I. 1 3 C. solut. 8, 42, doch f. i. 1. 3 §. 2 D. Sc. Maced. 14, 6. — I. 24 D. iure dot. 23, 3. — I. 48 §. 1 D. h. t. 15, 1. — I. 21 D. jurej. 12, 2. I. 34 pr. I. 16 D. nov. 46, 2. — I. 28 §. 2 D. pact. 2, 14. — I. 8 §. 5 D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. — I. 52 §. 26 D. furt. 47, 2. I. 20 D. jurej. 12, 2, dazu Mandry, Begriff und Wesen §. 61. 62. — Darlehen, Dosbestellung, Vergleich sind im Text vom Herausgeber eingeschaltet worden.

22) I. 21 verbunden mit I. 20 D. jurej. 12, 2. I. 24 D. jure dot. 23, 3, cf. I. 3 C. solut. 8, 42. I. 25 D. novat. 46, 2 (interdum).

23) I. 7 pr. — §. 5 D. don. 39, 5. I. 94 §. 3 fin. D. solut. 46, 3,

Ermächtigung bedurft haben möchten²⁴⁾). Anderseits fehlt es nicht an Stellen, aus denen man schließen möchte, daß das Kind zu nothwendigen Handlungen, wie zur Zahlung wenigstens seiner peculiumshalber gemachten eigenen Schulden²⁵⁾, ja selbst zur Eincassirung seiner Peculiarforderungen²⁶⁾, geschweige denn zu nothwendigen gemeinen wirthschaftlichen Handlungen auch ohne „administratio“ ermächtigt war²⁷⁾). — Wir erachten demnach, daß ein gewisses, allerdings beschränktes, Verwaltungsrecht im Peculium an sich und nothwendig enthalten ist. Hieran vermag denn 2) auch der Umstand nichts mehr zu ändern, daß Pupillen, ja Wahnsinnige Pekulien haben oder bekommen können²⁸⁾). Denn hier ist zwar Verwaltung durch den Pekulieninhaber selbst, wenigstens was den Wahnsinnigen anlangt, schlechthin nicht mehr denkbar; allein der Abgang liegt in der Person, nicht im Peculium; das eigene Verwaltungsrecht bleibt auch hier beim Peculium und seinem Inhaber, nur wird es für diesen von einem Dritten, dem Gewalthaber selbst oder wen er damit betraut, ausgeübt²⁹⁾).

1. 28 §. 2 D. pact. 2, 14. 1. 3 §. 2 D. sc. Maced. 14, 6. 1. 1 §. 1 D. quae res pign. 20, 3. 1. 8 §. 5 D. quib. mod. pign. 20, 6. 1. 3 §. 8 D. don. i. v. et u. 24, 1. Näheres bei Mandry, Fam.-Güterr. II S. 107 fg.

24) I. 13 D. jure patron. 37, 14 cf. I. 19 §. 2 D. pecul. leg. 33, 8. I. 7 D. manum. 40, 1.

25) I. 19 D. fidej. 46, 1. I. 94 §. 3 in fin. D. solut. 46, 3. I. 24 pr. D. de a. e. v. 19, 1. I. 43 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1. Justinian vindicirt dem ff. das Recht der bonorum cessio namentlich auch in Anbetracht gemeinen Peculiums: I. 7 C. qui bonis cedere possunt 7, 71.

26) I. 27 pr. in fin. D. pact. 2, 14. I. 26 §. 8 D. cond. ind. 12, 6. I. 11 in fin. D. depos. 16, 3. I. 32 D. solut. 46, 3 und wiederum die Ann. 22 eitt. II. Zu Ann. 25 u. 26 vgl. Diezel in Beckers Jahrb. II S. 17 Ann. 22—24.

27) Die Erforderlichkeit der administratio für die Zahlung von Peculiarhöldern wird durch I. 13 pr. D. cond. ind. 12 6 und I. 84 D. solut. 46, 3 bezeugt und von Mandry, Fam.-Güterr. II. S. 95—98 angenommen; jedoch wird dort das Gegengewicht der beiden ersten der in Ann. 25 eitt. II. zu gering angeklagen. Die administratio zur Eincassirung von Peculiarforderungen scheint eher nach Ann. 22 erforderlich, als nach Ann. 26 überflüssig zu sein. — Hiernach ist die Behauptung im Texte etwas abgeschwächt worden.

28) I. 7 §. 3 D. h. t. 15, 1. Pupillum antem tam filium quam servum peculium habere posse — et si furere cooperit servus vel filius retinebunt peculum.

29) Was übrigens den Sprachgebrauch anlangt, so muß nach Obigem

4. Auch das ist mit der Alleinherrschaft und Alleinberechtigung des Vaters noch vereinbar, daß der Vater peculiotenus für Schulden des Kindes hafte. Denn wenn der Vater mit seinem ganzen Vermögen für fremde Schulden kann aufkommen müssen — als Bürge, dominus negotii, exercitor navis wie jeder Andere; de in rem verso, quod iussu als Gewalthaber (Bd. II §§. 258. 259) — ohne daß er darum dieses sein Vermögen weniger hat oder beherrscht, als außerdem, so thut es seiner Vermögensherrlichkeit auch keinen Eintrag, wenn er mit einem bloßen Theile seines Vermögens (peculium) für gewisse fremde Schulden hafet. Eine solche Haftung besteht denn auch wirklich³⁰⁾, freilich nur für Geschäftsschulden³¹⁾; aus Delicten nur auf Erbsatz und nicht über die Bereicherung³²⁾, daneben bestund von altersher die Noxialhaftung³³⁾.

Diese Haftung des Gewalthabers, wir können sagen des Pekuliums ist immer noch im Einklang mit der Fülle der väterlichen Gewalt; gleichwohl vollendet gerade sie den Anschein, als ob das Pekulium eigenes Vermögen des Kindes zc. sei. Schon vorher stand es getrennt von dem übrigen Vermögen des Hauses auf dem Namen des Kindes, in seiner Detention, Nutzung und Verwaltung; jetzt diente es gar zur Deckung seiner Gläubiger; wie nach dem wirklich eigenen Vermögen

für administratio engeren Sinnes ebensowohl „administratio“ schlechthin (z. B. I. 46. I. 48 §. 1 cf. pr. D. h. t. 15, 1. I. 13 pr. D. cond. ind. 12, 6), als „libera administratio“ stehen können. Ausführliche Bestätigung bei Mandry, Fam.-Güterr. II S. 103 – 106.

30) jedoch nur mit Vorabzug der eigenen väterlichen Forderungen: I. 9 §. 2 D. h. t. 15, 1, überhaupt: §. 4 J. quod cum eo 4, 7. D. de peculio 15, 1. C. quod cum eo 4, 26. Bd. II §. 258. §. 259.

31) I. 1 §. 2. I. 9 pr. D. h. t. 15, 1. I. 58 D. r. j. 50, 17: Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. Savigny, System V S. 558 fg., oben Bd. II §. 258 unter I und §. 259 am Eingang. §. 321 Anm. 71.

32) I. 3 §. 12 D. h. t. 15, 1. I. 30 pr. D. a. e. v. 19, 1. I. 4 D. cond. furt. 13, 1. Savigny a. a. D. S. 559 fg. Noten i. k. und zu I. 30 pr. cit. oben Bd. II §. 258 Anm. 50, überhaupt aber Mandry, a. a. D. S. 234 – 45, wonach das im Text Gesagte nur von furtum und rerum amotio gilt. S. auch oben Bd. II §. 270 Anm. 35.

33) Bd. II, S. 215 fg. und §. 220 nach Anm. 11. — Der obige Text weicht ein wenig von dem der 1. Aufl. ab.

jedes anderen Schuldners bemäß sich nach ihm sein Credit³⁴⁾; zwar zerfloß es — ganz anders als wirklich eigenes Vermögen des Schuldners — durch Ademption, durch Tod, Emancipation, (Manumission, Veräußerung) des Kindes (oder Sklaven); damit es aber trotzdem gleich eigenem Vermögen des Schuldners hafte, ward gegen dolose Ademption durch eine Clausel des Edictes³⁵⁾, gegen jenes andere Ungefähr durch 1jährige Erstreckung der actio de peculio vorgeorgt³⁶⁾.

Nirgends findet sich, daß die actio de peculio auf Forderungen aus der Zeit nach der concessio peculii beschränkt gewesen sei; in der concessio peculii, als einer Art von iussum zu Geschäften bis zum Betrage des Pekuliums³⁷⁾ kann darum der Grund unserer Haftung und Klage nicht bestanden haben; vielmehr scheint uns derselbe Trieb, welcher zur ersten Bildung und Anlage der Pekulien führte, — der Trieb, Personen, die von Natur aus eigenen Vermögens und eigener Wirthschaft fähig, oder wie z. B. erwachsene Söhne sogar bedürftig waren, so weit möglich mit eigenem Vermögen auszustatten — auch zur letzten Entfaltung dieses Quasivermögens, d. i. zur Verhaftung für Schulden aus der wirthschaftlichen Thätigkeit des Kindes geführt zu haben³⁸⁾. Auffallend ist dabei nur, warum die Klage nicht lediglich gegen das Kind selbst ging. Denn nicht nur war das Hauskind an und für sich flageweise belangbar (oben §. 457 Anm. 28): die Bezahlung judicatmäßiger Schulden (aus dem Pekulium) war etwas, das, sollte man meinen, mit der concessio peculii stillschweigend zugestanden war. Indessen ist letzteres nicht bezeugt³⁹⁾. Ferner konnte das Kind die Bezahl-

34) nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est, veluti patrimonium intuetur — I. 32 pr. l. 19 §. 1. l. 47 §. 6 D. h. t. 15, 1. Bd. II §. 258 Anm. 11.

35) l. 21 pr. D. h. t. 15, 1. l. 1 §. 1 D. de in rem verso 15, 3.

36) D. quando de peculio actio annalis est. 15, 2. Bd. II §. 258 Anm. 3.

37) Puchta, Vorlesungen §. 277 Nr. 4, dagegen auch Mandry, Begriff und Wesen §. 30 und überwiegend Bernice, Labeo I §. 129 Anm. 66—68. l. 29 §. 1 D. h. t. 15, 1. Etiam si prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio. l. 47 pr. eod.

38) vgl. meine frist. Blätter Nr. 2 §. 15, zustimmend Mandry, Familiengütern. II §. 210.

39) Nach Mandry a. a. D. I §. 407 unten setzte solche Bezahlung außer der concessio peculii noch administratio voraus, vgl. oben Anm.

lung aus dem peculium verweigern: dann war eine Execution nicht nur in das peculium, sondern (wegen des Conflictes mit der patria potestas) leicht auch gegen die Person des Kindes ohne Erlaub des Vaters nicht möglich⁴⁰⁾, eine actio wider den Vater also immerhin nöthig. Jedemfalls aber ist der Vater überall wo er de peculio haftet, nicht Urschuldner, sondern nur defensionspflichtig⁴¹⁾.

Abgesehen davon, daß es dem Kinde oder Sklaven nicht wirklich gehört, ist das Pekulium ein Vermögen wie jedes andere (vgl. Ann. 4), hat dieselben Bestandtheile wie jedes andere⁴²⁾, dieselben Quellen (opera, fortuna)⁴³⁾, kann ebenso wohl von außen als vom Vater kommen⁴⁴⁾, zunehmen⁴⁵⁾, abnehmen und untergehen wie jedes andere⁴⁶⁾.

27 und 25. Zwar wird die Überflüssigkeit der Verleihung der administratio nicht durch I. 53 D. sol. matr. 24, 3 (§. Mandry II S. 97) oder I. 3 §. 4 D. min. 4, 4 bewiesen, aber die hier und sonst (z. B. I. 1 pr. D. quod cum eo 14, 5. I. 3 §. 11 D. h. t. 15, I. 1 10 §. 2 D. fidejuss. 46, 1) vor kommende Erörterung der Condemnation des Hauskindes nach Dasein und Umfang macht es wahrscheinlich, daß die richterliche Verurtheilung der väterlichen Autorisation zur Zahlung gleichwog. Sollte vollends die Judicatschuld exequirbar gewesen sein (§. Ann. 40), dann wäre sie wohl als schlechthin zahlbar zu betrachten. **

40) Die Frage nach ihrer Möglichkeit ist „in den Quellen nicht direkt beantwortet“; sie wird unter Hinweis auf die Literatur und nach den indirekten Quellenangaben behandelt von Mandry a. a. D. I S. 404 - 414. Bei der Einräumung der cessio bonorum an Hauskinder in I. 7 C. qui bonis 7, 71 (Ann. 25) wird von Justinian vorausgesetzt, daß dieselben der Personalexecution unterliegen (ne patiantur iniuriam. debet bon. cessio admitti), und für apertissimi iuris erklärt, et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguis accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo a velli S. ferner oben Bd. II §. 216 Ann. 9, §. 259 Ann. 20 und §. 297 Ann. 3.*

41) s. die defensionis necessitas in I. 18 §. 4 D. castr. pec. 49, 17 und m. krit. Blätter Nr. 2 S. 11, dieses Lehrb. S. 611 der 1. Aufl., außerdem oben Bd. II §. 258 S. 208 fg. besonders Ann. 27; entschieden gegen „Defensionspflicht“ Cyhlarz a. a. D. S. 510. 511.

42) I. 7 §. 4 — I. 9 §. 1 D. h. t. 15, 1. Die gegenüber Dritten bestehenden Schulden des Hauskindes gelten nicht als Pekuliarbestandtheile: Mandry, Familiengüterr. II, S. 49—54, zustimmend Cyhlarz a. a. D. S. 505.

43) I. 39. I. 7 §. 5 in fin. D. h. t. 15, 1.

44) I. 8. I. 39 eod., vom Vater nicht durch bloße Obligirung: Mandry, Begriff und Wesen S. 28 und 33.

45) namentlich auch durch Geschäfte, aber ohne neue Concession nur wenn sie ex re peculiari erfolgen — vgl. Mandry a. a. D. S. 46 fg.

46) I. 40 pr. §. 1 eod.: Pekulium nascitur crescit decrescit mo-

§. 462.

2. Peculium castrense und quasi castrense.

D. de castrensi peculio 49, 17. C. de castr. pec. militum et praefecti-anorum. 12, 36 (37).

Eine Absonderung von bisherigem Haugute zu Kindesvermögen, die nicht mehr in den Schranken der väterlichen Gewalt bleibt, erfolgt erst und zuerst auf dem Boden des *jus militare*, in Gestalt des *peculium castrense*¹⁾ — die Militär-gewalt durchbricht die väterliche Gewalt. Was nämlich ein Haugkind um deswillen, weil es Soldat ist, erwirbt oder erworben hat — *quod nisi militaret adquisitus non fuisset*²⁾, hat es, gleichviel ob der Erwerb vom Vater oder sonstwo herrührt, ob es noch im militärischen Verband, oder (seit Hadrian) Veteran ist³⁾ unabhängig von der väterlichen Gewalt. Daran hat der Vater keine Herrschaft mehr — keine Administration⁴⁾, keine Admition⁵⁾ — auf den ersten Blick auch kein Recht mehr⁶⁾: Besitz, Eigenthum und Forderung, steht den Kindern selbst zu; ihrer selbst ist *actio persecutioque*⁶⁾, ihrer selbst auch die *Defensio*⁷⁾; *peculium castrense proprium* (nicht mehr ritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat *peculium simile esse homini*. Worauf Aceursius: *Eadem ratione et asino*.

1) „Die bekannte Thatache, daß das castr. pec. der Ausgangspunkt gewesen ist für die gesammte freiere Entwicklung, welche die vermögensrechtliche Stellung der Hauginder in dem späteren röm. R. genommen“. Fitting, das castr. pecul. S. 2.

2) nam quod erat et sine militia adquisitus, id peculium eius castrense non est: I. 11 D. h. t. 49, 17. §. B. 1. 3. I. 4 pr. I. 5. I. 6. I. 8. I. 15 pr. — §. 2. I. 16 pr. §. 1. I. 19 pr. §. 1 D. h. t. I. 1. I. 4 C. b. t. 12, 36 (37) und speziell noch die von ihm während der Dienstzeit erworbbene Erbschaft der Frau: I. 13. I. 16 pr. D. h. t. Uebersicht der Bestandtheile des pec. castr. bei Fitting S. 90, Erörterung und Definition der einzelnen daselbst S. 48—89, mutmaßliche historische Entwicklung seines Bestandes (querst nur das in castris adquisitum, seit Sept. Sever. auch das militaturo donatum) a. a. D. S. 25—43, während Windscheid, M. Viertel-jahresschr. XIII S. 257 statt jener Entwicklung nur eine Aenderung der Terminologie gelten läßt.

2^{a)}) pr. J. quib. non est perm. facere test. 2, 12.

3) arg. I. 4 §. 1. §. 2 D. h. t.

4) pr. J. cit. I. 12 D. h. t.

5) I. 17 D. de manum. 40, 1. I. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6. I. 11 D. de lege Corn. 48, 10, überhaupt Fitting §. 27.

6) I. 4 §. 1 D. h. t.

7) I. 18 §. 4 D. h. t. Nach §. 5 eod. braucht sich der Vater, „wenn

blos quasi proprium) habent, nec in eo ius ullum patris est (l. 3 C. h. t.)⁸⁾. Die Gläubiger des Vaters haben nichts darin zu suchen⁹⁾.

So liegt in dem peculium castrense ein Vermögen vor uns, das nicht mehr blos in gewisser factischer Weise wie das gemeine peculium, sondern rechtlich von dem Haugut ausgeschieden, und dem Kinde zugewiesen ist¹⁰⁾.

Mit dieser Constituirung eines eigenen und selbständigen Vermögens ist nun aber das Privilegium des peculium castrense noch nicht erschöpft. Denn außer diesem seinem Vermögen ist die Person des filiusfamilias miles selbst von den Schranken der väterlichen Gewalt befreit worden: nicht überhaupt als ob der Fahneid zur einer Art Emancipation geworden sei¹¹⁾, sondern so, daß das Kind, welches in allem übrigen Haugkind blieb, mithin ein gemeines peculium neben dem peculium castrense haben konnte¹²⁾, in Ansehung des peculium castrense selbst als paterfamilias galt¹³⁾. Diese

der Sohn neben dem castr. pec auch noch ein gewöhnliches pec. hat, wegen castrensischer Schulden nicht einmal eine a. de pec. gefallen zu lassen". Fitting S. 159.

8) — in integrum restituendus erit (sc. ff.) quasi in proprio patrimonio captus: l. 3 §. 10 D min. 4, 4.

9) pr. J. cit. cf. I 18 §. 4 eit.

10) Reiche und lehrreiche Dogmengeschichte und Kritik zu dieser und der entgegengesetzten Auffassung, nach welcher bei Lebzeiten des Sohnes der Vater alleiniger wahrer Eigenthümer des pec. castr. ist, bei Fitting §. 43 welcher S. 337 für das Digestenrecht zum Schluß kommt, „daß keine der versuchten Constructionen im Stande ist, die Eigenthümlichkeiten des Verhältnisses ausreichend zu erklären“, und daß es unmöglich sei, die das pec. castr. betreffenden Rechtsfälle derart zusammen zu fassen, „daß gar keine Singularitäten übrig bleiben“.

11) l. 3 C. h. t — manent enim nihilo minus milites in potestate parentium — ebenso §. 4 J. quib. mod. ius pot. solv. 1, 12, und doch sagt im Gegenjahr zum ff. miles die l. 23 §. 2 D. fideic. lib. 40, 5 von dem Bruder desselben: fratri qui mansit in potestate. Fitting S. 19 Ann. 11. S. 37 Ann. 3

12) hiervon Fitting S. 87 und oben Ann. 7.

13) — duplex ius sustinet, patris et filii familias: l. 15 §. 3 D. h. t. l. 2 D. ad SC. Maced. 14, 6. l. 6 §. ult. D. iniust. test. 28, 3; arg. l. 1 §. ult. D. SC. Mac. 14, 6; zur letzten Stelle wie zu l. 2 cit. §. Bd. II §. 297 Ann. 6. — Wenn es im obigen Text heißt, daß das Kind in Ansehung des p. c. selbst „als pf. galt“ und bei Fitting S. 150, „daß der Haugsohn in Beziehung auf das c. p. juristisch die Stellung eines pf. habe und gleich einem solchen behandelt werde“, so ist dies gänzlich gleichbedeutend, und für den Satz dorselfst Ann. 1: „Einige

persönliche Befreiung darf nicht als bloße Consequenz der sachlichen (des Vermögens) gedacht werden. Denn das Vermögen konnte völlig ausgeschieden, und dem Kinde daran alle Herrschaft¹⁴⁾ eingeräumt sein: die dem Hauskind als solchem mangelnde testamentisactio war damit noch immer nicht eingerräumt; diese war durch keinerlei Vermögensvollmacht, sondern nur durch status mutatio zu gewähren¹⁵⁾. Auch die Fähigkeit, mit dem Vater selbst vollwichtig zu handeln war durch die weiteste Dispositionsbefugniß noch nicht hergestellt, sondern nur durch Aufhebung des Subjectionsverhältnisses erwirkbar (§. 457 Anm. 29 f.). Da selbst die Klagefähigkeit ist nichts das demjenigen der sie wie der filiusfamilias nicht hat, durch bloße Vollmacht gegeben werden könnte¹⁶⁾. In Ansehung des peculium castrense hat das Kind aber all' das: testamentisactionem¹⁷⁾, volles Commercium auch mit dem Vater¹⁸⁾, actionem persecutionemque¹⁹⁾. Das kann kein bloßes Product der interpretatione gewesen²⁰⁾ – es muß in den bezüglichen Constitutionen²¹⁾

gehen so weit, den Haussohn in Ansehung des c. p. geradezu für einen pf. zu erklären", könnte dieses Lehrbuch nicht als Beleg angeführt werden.

14) statt „Vollmacht“ der 1ten Aufl., oben bei Anm. 3 und §. 457 Anm. 16.

15) arg. 1. 6 pr. D. qui testam. 28, 1. pr. J. quibus non est 2, 12. — quamvis parentes eis permiserint —, oben §. 368 Anm. 9 und Bd. I §. 76 Anm. 12 und 13.

16) man denke an das peculium profecticinum cum libera administratione: §. 461 Ziff. 3.

17) Ulp. XX, 10. pr. J. eit. 1. 7 §. ult. D. don. 39, 5. Oben §. 368 Anm. 10. Näheres über Voraussetzungen, Umfang und Wirkung bei Fitting §. 28 — §. 34.

18) l. 15 §§. 1—3 D. h. t. l. 2 pr. D. c. e. 18, 1. l. 4 D. iudie. 5, 1. l. 42 §. 3 D. de a. vel. o. h. 29, 2. l. 10 in fin. D. fidej. 46, 1. l. 52 §§. 4—6 D. furt. 47, 2. l. 20 §. 2 D. qui test. facere 28, 1 cf. §. 9 J. de test. ordin. 2, 10.

19) l. 4 §. 1 D. h. t. — etiam invito patre. —

20) als solches stellt es unbewußt hin Fitting, Begriff der Rückziehung §. 8 a. E., besonders Anm. 14 und Castr. Pecul. S. 132, wonach bei der Ansicht, daß die castrenia Eigenthum des Sohnes und nicht des Vaters seien, sich „von selbst“ das castr. pec. als ein eigenes Vermögen des Sohnes „darstellen müßte, dem dieser wie ein pf. gegenüberstehe.“ Vgl. die folgende Anm.

21) auf das castr. pec. bezügliche Constitutionen außerhalb des Codex d. B. in pr. J. quibus non est perm. 2, 12, 1. 4 §. 2. l. 13. l. 19 §. 3 D. h. t. l. 22 D. de bon. lib. 38, 2. l. 8 pr. D. de iure patr. 37, 14. l. 15 D. de m. c. don. 39, 6. l. 1 §. 15 D. de coll. bon. 37, 6.

eigens begründet gewesen sein, und ist am wahrrscheinlichsten derart begründet gewesen, daß es ausdrücklich hieß: *der filius-familias miles soll sein pec. castrense tamquam paterfamilias haben.* Damit waren nicht blos alle erdenkbaren Vollmachten oder Dispositionsbefugnisse, sondern auch die zur testamentifactio, dem Commercium mit dem Vater und zur actio persecutioque nothwendigen Fähigkeiten eingeräumt.

Hiebei mag dahin gestellt bleiben, warum man es bei der Aussonderung des Vermögens und Einräumung voller Dispositionsmacht nicht bewenden ließ, warum man den ff. miles überdies als paterfamilias an jenem Vermögen hinstellte. Vielleicht war der Grund kein anderer, als der weshalb man den Soldaten überhaupt besser stellte, als andere Hauskinder, mithin ein politischer²²⁾; der militärische Zweck und Ursprung des castrensischen Pekuliums sollte eben so weit es reichte, seinen Inhaber von allen Schranken der väterlichen Gewalt entbinden; — vielleicht aber war er ein juristischer; vielleicht vermochte man Hauskindschaft und Sondereigen zu der Zeit noch nicht neben einander zu denken, und glaubte demnach das Kind insoweit man ihm eigenes Vermögen beilegte, auch als paterfamilias erklären zu müssen²³⁾.

I. 2 §. 2 D. fam. erc. 10, 2. I. 56 (54) D. Trebell. 36, 1, vgl. auch I. 9 §. 1 D. iuris et facti ign. 22, 6. Der Einfluß der Constitutionen auf die Bildung des Rechts des pec. castr. ist Fitting natürlich so wenig entgangen, daß er vielmehr von denselben in allen Zeugnissen verfolgt und herausgestellt wird; vgl. z. B. S. 17 zu Ann. 9. S. 20. S. 100 zu Ann. 3. S. 104 al. 1. S. 124 fg. S. 174 Ann. S. 253 3. 4 v. u. und S. 36/7: „da ja überhaupt unser Institut seine Entstehung sowohl, als seine weitere Entwicklung fast ausschließlich Kaiserlichen Constitutionen verdankt.“ Nach jenen Zeugnissen stellt Fitting an die Spitze die Verleihung der Testifähigkeit und läßt aus derselben wie aus einigen hadrianischen Privilegien das ganze Recht des pec. castr. durch die Juristen entfalten, welche jene Gerechtsame ad consequentias weiterführen. Dabei geht F. auf die obige dogmatische Unterscheidung von Constituirung eines selbständigen Vermögens und Quasiemancipation der Person nicht ein, für welche Letztere allein der Text die „bezüglichen Constitutionen“ als Quelle in Anspruch nimmt (s. auch unten §. 46²⁴⁾ nach Ann. 8). Die Hypothese über den Inhalt dieser Constitutionen würde der Verf. nach den F. schen Untersuchungen wahrscheinlich eingeschränkt haben. Für solche Restriction auch der zurückhaltende Ausdruck in I. 7 §. 1 C. ad SC. Mac. 4, 28 vv. in pluribus enim etc.

22) s. auch Fitting S. 18. S. 20 und Kunze, die Obligg. und das jus extrao. §. 66.

23) Diese Vorstellung, welche hier zur Erklärung einer Thatache verbrinzt, Paridesten. III. 2. 2. Aufl.

Was aber immer der Grund dieser halben Emancipation gewesen sein mag, so war sie selbst innerhalb ihrer Grenze (in Ansehung des castrensischen, quasicastrensischen Pekuliums selbst) bis spät noch immer keine absolute²⁴⁾. Aehnlich dem libertus Latinus Junianus, der als Freier lebte und als Slave starb²⁵⁾, hatte das privilegierte Kind so lang es lebte in Ansehung des castrensischen Pekuliums volle Freiheit, sogar Testirfreiheit: allein wenn es von dieser keinen Gebrauch mache²⁶⁾, starb es in Ansehung selbst dieses Pekuliums als Hauskind: das castrensische ward dann wieder gleich dem gemeinen, verfiel dem Vater gleich diesem, bildete keinen Gegenstand der Erbsfolge²⁷⁾. Hing also das peculum gewissermassen noch immer am Vater, so hing es auch an dessen Erbschaft, wenn der Vater starb da das Kind in seiner Gewalt war, bildete zwar stets ein praecipuum des Kindes, allein eben deswegen immerhin etwas, das von der Erbschaft genommen werden mußte²⁸⁾.

Ob und wann und wie das peculum castrense zum vollen Eigen des Kindes, und dieses in Ansehung desselben gewissermassen vollfrei geworden sei, liegt nichts weniger als klar auf. Einzig aus den Institutionen (pr. J. quib. non est perm. 2, 12), und auch aus diesen nur beigegehend, erfahren wir, daß das pec. castrense, wenn das Kind ohne Testament verstarb, jetzt nicht mehr durchweg, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, daß es ohne Kinder und Geschwister verstarb,

muthungsweise den Römern beigemessen wird, bekämpft Fitting S. 150 Anm. 1 als eine vom Berf. selbst gehegte.

24) — non ut omnimodo quasi patres familiarum in ea re sint. I. 10 pr. D. ad SC. Tertull. 38, 17.

25) Gaj. III §. 56 in fin. §. 58; über die Verwerthung dieses schon von Cujas gemachten Vergleichs s. Fitting S. 135 Anm. 7, S. 252 Anm. 4, S. 253 Anm. 5, S. 254 Anm. 8.

26) oder sein Testament destituiert wurde I. 14 pr. D. h. t. Fitting S. 249 Anm. 1.

27) I. 9. I. 1. 2 D. h. t. I. 18 pr. D. leg. Falc. 35, 2 cf. I. 3 C. de bonis proser. 9, 49. I. 10 pr. D. ad SC. Tertull. 38, 17 cit. Neben dem Heimfall iure peculii kommt in Sprache und Rechtsfällen die Auffassung eines „eigenthümlich gestalteten Intestaterbrechtes“ des Vaters zum Vorschein: Fitting §. 35 und S. 120 u. 121.

28) I. 1 §. 15 D. coll. bon. 37, 6. I. 4 pr. D. h. t. I. 23 §. 2 in fin. D. fid. com. libert. 40, 5. Jedoch sagt Papin. in I. 23 §. 2 cit.: cum peculium castr. filius etiam inter legitimos heredes praecipuum

an den Vater kam²⁹). Dabei fragt sich noch, ob das ius commune, wonach es dem Vater zustehen soll, den bisherigen Pekulienanfall („ius antiquum“), oder gemeines Erbrecht bedeute³⁰). Wir müssen aber, was zunächst diese letztere Frage betrifft, trotz Theophilus annehmen, daß von gemeinem Erbrecht die Rede sei³¹). Dieselben Bestimmungen nämlich, welche sich in obiger Institutionenstelle über den Anfall des pec. castrense finden, kommen in viel älteren Constitutionen in Betreff des Adventizgutes vor (§. 463 S. 647), und zwar so, daß der Anfall auch an den Vater iure hereditario, nicht iure peculii geschieht³²). Mehr als vier Jahre vor Publikation der Institutionen galt dies bezüglich alles adventicischen Erwerbes³³). Nun ist das peculium castrense großenteils adventicischen Ursprungs. Denn wenn das peculium castrense gleich jedem peculium ebensowohl vom Vater selbst, als von außen kommen konnte, so war doch der Erwerb „in castris“, aus Sold und Beute, so sehr die regelmäßig wiederkehrende

retinet, scheint danach mehr an Behaltenkönnen, als an Nehmenmüssen zu denken, wie Justin. in pr. J. quibus non est perm. 2, 12 (cf. l. 21 §. 1 C. collat. 6, 20) — neque patre mortuo cum fratribus esse commune, sed scilicet proprium eius esse id quod in castris acquisierit —. Dieses Recht collationsfreien Behaltens ist von den dem ff. am pec. castr. zustehenden Rechten „aus dem praktischen Standpunkt“ das für den ff. „wertvollste und wichtigste, wichtiger sogar, als die Befugniß der eigenen freien Verfügung unter Lebenden“ und „in gar keinem Vergleich wichtiger, als die Testifizierfähigkeit“, daher man in der späteren Kaiserzeit in jenem Recht „den wesentlichsten und eigentlich kennzeichnendsten Unterschied des castr. pec. von einem gewöhnlichen pec. erblich“ Fitting S. 186.*

29) — si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit — pr. J. quibus non est perm. 2, 12.

30) Der praktische Unterschied besteht vornehmlich darin, daß der Pekulienanfall ipso iure eintritt, der Erbschaftserwerb Antretung voraussetzt. Die erstere Deutung, schon von Theophilus paraphr. ad h. l. gegeben, ist nach dem Bericht von Fitting, der selbst sie vertheidigt, von jeher die herrschende gewesen. Anhänger derselben wie der im Text vertretenen gegentheiligen Ansicht sind angegeben bei Fitting S. 343 Ann. 4.**

31) zu Gunsten der herrschenden Meinung macht Fitting außer der Autorität des Theoph. die Thatsache geltend, daß viele von Pekulienanfall redende Stellen in die Digesten (besonders l. 1. l. 2 h. t.) und in den Codex (l. 5 h. t.) aufgenommen worden sind.

32) Das Umgekehrte darf nach Fitting S. 342 „gegenwärtig für feststehend gelten“; den bisher für diese unten §. 463 Ann. 19 fg. erörterte und bekämpfte Meinung gebrauchten Zeugnissen fügt Fitting §. 2 J. dequis. per arrog. 3, 10 hinzu.

33) l. 6 C. bon. quae lib. 6, 61 vom 30. October 529.

Quelle dieses Pekuliums, daß es z. B. gleich in pr. J. cit. mit dem „Erwerb in castris“ umschrieben wird³⁴⁾, das peculum castrense mithin überwiegend adventicisch ist. Für den überwiegenden Theil des castrensischen Pekuliums galt also das adventicische Erbrecht von selbst; darnach lag es nahe, dasselbe auf das castrensische Pekulium überhaupt auszudehnen — eine Verfügung, welche vielleicht erst in unserer Institutionenstelle erfolgt ist³⁵⁾. Damit wäre das castrensische Pekulium gleich dem bloßen Adventizgut allerdings schon vor der Nov. 118 zum vollendeten Sondergute des Kindes geworden³⁶⁾. —

In die Mitte zwischen dem castrensischen und dem nicht-castrensischen Pekulium³⁷⁾ kam ein quasi castrensisches zu stehen³⁸⁾. Bereits unter Hadrian kommt ein Fall vor, in welchem ein Erwerb, der an sich als kein castrensischer erscheint, kraft kaiserlichen Dekretes einem castrensischen gleich gestellt wird³⁹⁾, und mögen derartige Fälle darnach mehrere vorge-

34) auch Fitting S. 33 sieht hierin eine Umschreibung des pec. castr. und nimmt S. 33 und S. 89 für die justinianischen Juristen einen engeren und einen weiteren, nämlich das ganze pec. castr. vertretenden, Gebrauch von in castris adquisitum an; vgl. auch die dasselbst S. 27 eitt. Stellen und hier oben Ann. 2.

35) Durch diese Stelle ist nach Fitting weder das Erbrecht des Vaters, noch das der Kinder und der Geschwister gegenüber dem ff. miles oder veteranus eingeführt worden. Dies letztere, den Vater ausschließende Erbrecht, dessen Ursprung im Text nicht verfolgt wird, ist, wie F. im Einklang mit Aelteren in den §§. 45 und 46 ausführlich entwickelt, unter dem Einfluß der Vererbung der Adventicien durch die Praxis ausgebildet und von Justinian nur vorgefunden worden. Die Praxis habe dabei a fortiori geschlossen, nämlich Kindern und Geschwistern das ihnen hinsichtlich der lucra nuptialia durch Gesetze eingeräumte Recht gegenüber dem pec. castr., als dem freieren Patrimonium, nicht versagen zu können geglaubt. Die im Text betonte Adventicienqualität des in castris adquisitum mag mitgewirkt haben. — Vgl. oben §. 384 Ann. 10 und §. 389 Ann. 9 a. E.**

36) nach Fitting §. 50 und §. 51 ist dies erst die Wirkung von Nov. 118.

37) welches bereits in I. 7 §. ult. D. don. 39, 5 (Ulp.) „paganum“ heißt; allein die Stelle „möchte bei „in paganis“ nicht an peculia pagana, sondern an filiis. pagani im Gegensaß zu ff. qui habent castr. vel quasi castr. pec. denken“. Mandr. Familiengüterr. II S. 3.

38) cf. I. 37 pr. C. inoff. t. 3, 28 — vel enim paganum est peculum vel castrense vel quod medietatem inter utrumque obtinet, quod quasi castrense nuncupatur.

39) I. 52 (50) D. Trebell 36, 1 (filio militi comparari) und dazu Marezoli, Revision d. L. v. d. i. g. Adventicien, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. VIII S. 81 sg. Fitting S. 405 sg. nimmt argg. vv. quamdiu

kommen sein⁴⁰); daneben ist wenigstens im allgemeinen auch schon in den Pandecten von einem quasi castrense p. die Rede, und mindestens nicht überall an Interpolation zu denken⁴¹). Allein es scheint nicht, daß diese Fälle sich durch innere Verwandtschaft mit dem peculum castrense charakterisiert haben, oder zum ständigen Institute geworden seien. Erst seitdem neben dem soldatischen Erwerbe ein anderer gleichfalls um des Berufes willen, in welchem oder aus welchem er erfolgt, von der väterlichen Gewalt emancipirt wird, haben wir ein auch innerlich dem castrensischen vergleichbares Pefulium. Ein solches entsteht aber erst in der 4. Periode, oder wird doch erst in dieser zum ständigen Institute⁴²). In dieser wird nämlich allmälig jedes öffentliche Staats- und Hofamt, die Advokatur an allen Gerichten, und schließlich jedwedes Kirchenamt bis auf den Lector und Cantor herab als militia betrachtet, und aller Erwerb, den ein Hauskind in solchem Berufe macht,

filius eius viveret von der Gleichstellung die Testierbefugniß aus und fäßt mit Arndts Pand. §. 434 Num. das in der Stelle behandelte Verhältniß als „eigenthümliches“ auf. S. u. §. 464 Num. 27.

40) vgl. §. 6 J. milit. test. 2, 11 — ad exemplum castrensis peculii tam anteriores leges quam principales constitutiones quibusdam quasi castrenia dederunt peculia —.

41) I. 3 §. 5 D. bon. poss. 37, 1. l. 1 §. 15 D. collat. 37, 6. l. 7 §. 6 D. don. 39, 5. l. 32 §. 17 D. don. i. v. et u. 24, 1 besonders nicht in I. 1 §. 6 D. SC. Trebell. 36, 1. Wider die Annahme einer Interpolation dieser sinnvoll von Hlp. herrührenden Stellen Fitting S. 399 wegen anteriores leges in Num. 40. Nieber und gegen die Meinung, daß unter dem quasi castr. pec. dieser Stellen das castr. der veterani zu verstehen sei: Fitting S. 393 — 397, der dann bis S. 412 weitere Versuche den Inhalt des ulpianischen quasi castr. pec zu bestimmen erörtert und in §. 57 dasselbe auf den historisch späteren Bestandtheil des castr. pec. (Num. 2), also auf das nicht in castris adquisitum des miles bezieht — eine schon von Löhr, Arch. f. civ. Pr. X S. 175 unten hingeworfene Vermuthung, die für Bruns, Zeitschr. f. Rechtsgeesch. X, S. 180 „große Wahrscheinlichkeit“ hat.

42) Für die frühere Geschichte desselben kommt Fitting S. 425 „in Rücksicht auf die I. 37 C. de inoff. test. 3, 28 und auf die Anmerkung des Thalesius zu diesem Gesetze“ zu dem Ergebniß, „daß das (quasi) castr. pec. der höheren Staatsbeamten schon bestand und anerkannt war, bevor noch Constantinus durch ein besonderes Gesetz v. J. 326 (nämlich I. 1 C. de castr. omnium. palat. pec. 12, 30 (31) den palatini ein solches pec. zugesprochen hatte.“ Und diese Privilegirung führt f. auf den engen Zusammenhang zwischen dem pec. castr. und der Umbildung des Begriffes der militia zurück, welche in dessen Erstreckung auf die militärisch gefärbten höheren Civilämter bestand und sich schon am Anfang des 3. Jahrhunderts

als quasi castrense peculium behandelt⁴³⁾; solcher Erwerb ist in der That dem castrensischen ähnlich, und wird ihm darum denn auch juristisch an die Seite gestellt⁴⁴⁾. Justinian stellt zuletzt auch noch den Erwerb aus Schenkungen des Princeps und seiner Gemahlin dem castrensischen gleich⁴⁵⁾, allein außer Zusammenhang mit dem Quasicastrense des neueren Schlags.

Uebrigens hieß das quasicastrensische P. überhaupt bis auf Justinian nicht etwa blos dem Namen, sondern auch dem Rechte nach die Mitte zwischen dem castrensischen und dem nichtcastrensischen. Denn gleich aus l. 37 pr. C. eit. wie §. 6 J. milit. test. (2, 11) ersieht man, daß das ius testandi mit demselben nicht ohne weiteres verknüpft war⁴⁶⁾. In Ansehung des Pekulienheimfalleß dagegen scheinen einige Classen desselben noch vor dem castrensischen weiter emancipirt worden zu sein: so das Quasicastrense der Cleriker⁴⁷⁾, und das der kaiserlichen Hartschiere⁴⁸⁾, während über andere quasicastrensische Pekulien nichts ähnliches verlautet.

Endlich besteht noch die Frage, ob das quasic. Pekulium

in der Betonung der *armata militia* bemerkbar macht. Fitting §§. 58. 59.

43) l. 37 pr. C. inoff. t. 3, 28 l. 7 C. de assessor. iudic. 1, 51. l. 6 C. h. t.: *Jus castrensis pec. — ac si in legione prima adiutrice nostra militent, inviolatum habere praecipimus —.* l. 1 C. de castr. omnium palatinorum pec. 12, 30 (31) — *quid enim tam ex castris est, quam quod nobis consciis, ac prope sub conspectibus nostris adquiritur?* Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur etc. l. 4. l. 8 C. de advocatus divers. iudiciorum 2, 7. l. 33 (34). l. 49 (50) C. episc. 1, 3. Nov. 123 c. 19.

44) Die theils sprachlichen theils sozialen Anlässe und Beweggründe für diese Gleichstellung führt Fitting S. 425 — 444 aus zerstreuten Quellen vor. „Dass in der Nov. 123 c. 19 (eit.) als Inhaber eines quasi castr. peculium nicht mehr die episcopi — genannt werden“, kommt nach ihm daher, dass nach Nov. 81 c. 3 „die Erlangung der bischöflichen Würde ohne weiteres von der väterlichen Gewalt befreien“ sollte. Bd. I §. 48 Anm. 7.

45) l. 7 C. bon. quae lib. 6, 61.

46) vgl. l. 33 (34). l. 49 (50) C. episc. 1, 3 und hinwider l. 4 C. advocat. divers. iud. 2, 7. l. un. C. de castr. omn. palat. pec. 12, 30 (31). Fitting S. 186 Anm. 3 und S. 463.

47) l. 33 (34) C. episc. 1, 3; umgekehrt schließt Fitting S. 346. 347 aus dieser Stelle, dass der Vorzug der Kinder vor dem Gewalthaber des Pekulieninhabers bei Erlassung dieses Gesetzes für das castrense pec. schon feststand und zum Muster diente.

48) silentiarii: l. 5 C. de silent. 12, 16.

nicht auch seinem Umfange nach mannigfach hinter dem castrensischen zurückstehe⁴⁹⁾? Indessen sollen nach l. 33 (34) C. episc. 1, 3 die Geistlichen Alles was sie während ihres Clericatus erwerben, mithin sogar mehr als die Soldaten, zu eigen haben; — die Advokaten Alles was sie aus der Advokatur oder gelegentlich derselben erwerben (l. 4 C. adv. div. iud. 2, 7), mithin alles wie die Soldaten; — die Palatinen, so scheint es wiederum Alles, was sie während des Dienstes erwerben (l. 1 C. castr. omn. pal. pec. 12, 30 (31)), — und sicher all das die Silentiarii (l. 5 C. de silent. 12, 16); daß gerade das Quasicastrense der Staatsbeamten auf die Besoldung und kaiserliche Reichniß beschränkt gewesen sein soll, ist schwer verständlich⁵⁰⁾. War hier gleich mancher Erwerb aus Anlaß des Amtes (occasione militiae) verboten⁵¹⁾, so galt dies doch nicht von jedem, z. B. gewiß nicht von der auch hier möglichen Ausstattung durch den Vater.

Diese Differenzen zwischen dem castrensischen und quasi-castrensischen P. in Ansehung des Umfangs sind durch keine spätere Legislation beseitigt worden. Dagegen ist das ius testandi durch l. 37 §. 1 cit. nunmehr auf alle quasi. Pekulien erstreckt; jedoch nicht auch das Privilegium, militärisch zu testiren (arg. „secundum leges“). Der Pekulienheimfall endlich ist auch für das Quasicastrense vollends spätestens durch die Novelle 118 c. 2 beseitigt, und die gemeine Intestaterbschaft so entschieden auch hier begründet, als für das castrensische und adventicische Vermögen der Hauskinder überhaupt⁵²⁾. —

Das Eigenthümliche der altrömischen Hausgewalt und

49) Wening, Civilrecht IV. Buch §. 77, dagegen Löhr, Arch. f. civ. Pr. X S. 175 fg. und hinwiderum Marezoll, Zeitschr. f. Civilt. und Proz. VIII S. 129 — 136. Zu Löhr stehend und damit auch zu unserm Text Fitting S. 447 fg.

50) wiewohl der Buchstabe der l. 37 pr. C. inoff. t. 3, 28 cit. und Marezoll a. a. O. S. 130 dafür sprechen, während wiederum Fitting die im Text festgehaltene ältere Ansicht vertheidigt, „daß das quasi castr. pec. sämtlicher Beamten, denen das cingulum und damit die Eigenschaft von milites in der weiteren Bedeutung zufommt, in seiner Zusammensetzung eine vollkommene Analogie des castr. pec. aufweise“.

51) s. z. B. l. unic. C. de contractibus indicum 1, 53. Marezoll, S. 132 Anm. 1.

52) oben §. 384 Anm. 10.

darnach der patria potestas liegt in Ansehung des Haussvermögens nicht darin, daß der Hausherr Alleinherrschер ist über all dieses Vermögen, denn dieses finden wir auch bei Griechen und Germanen; wohl aber darin, daß er neben der alleinigen Herrschaft auch alles Recht hat; dies scheint anderwärts nicht vorzukommen. Hiernach gemessen ist das peculium castrense durch das ius militare von Anfang durchgreifender von der gemeinen, als von der römischen Seite der väterlichen Vermögensgewalt befreit worden; denn während es der Herrschaft nach gleich vornherein dem Vater entzogen ist, hängt es dem Rechte nach vielleicht noch bis pr. J. quib. non est perm. 2, 12 oder gar bis Nov. 118 c. 2 mit diesem zusammen, und kommt ihm denn wenigstens in so lange der Name peculium zu⁵³⁾.

§. 463.

3. Adventizgut.

C. de bonis maternis et materni generis. 6, 60.

C. de bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur, et eorum administratione. 6, 61.

Eine Sonderung von Kindesvermögen, welche die Schranken der patria potestas gleichfalls durchbricht, ergibt sich fernerhin nach dem Ursprung oder der Quelle der Güter, die das Kind erwirbt. Ihr unterliegt anfänglich nur das Muttergut (*bona materna*)¹⁾, dann alles Erbgut von der Mutterseite (*bona materni generis*)²⁾, aller eheliche Erwerb (*lucra nuptialis*)³⁾, zu guter Letzt aller adventiciische Erwerb ohne Unterschied, d. i. alles was das Kind nicht aus Vatergut (ex re s. *substantia patris*)⁴⁾, sondern von außen (*extrinsecus*),

53) vgl. Windscheid, Pand. § 516 Anm. 1 a g. E. und auch Fitting S. 386. 387, der den Fortgebrauch von *peculium castr.* trotz Wegfalls der Peculieneigenschaft rechtfertigt. Unten §§. 656 660. 661.

1) c. 1 C. Th. bon. mat. 8, 18 (Constantin. a. 319), cf. l. 1 C. J. bon. mat. 6, 60.

2) c. 6. C. Th. eod. (Gratian. Valentin Theodos. a. 379), c. 7 C. Th. eod. (Arcad. Honer. a. 395) cf. l. 2 C. J. bon. mat. 6, 60.

3) c. 1 C. Th. bon. quae ff. ex matrim. adqu. 8, 19 (Theodos. Valentin. a. 426) cf. l. 1 C. J. bon. quae lib. 6, 61.

4) l. 6 §. 1. l. 8 C. bon. quae lib. 6, 61 (Justinian. a. 529).

und was es nicht etwa zwar von außen aber stellvertretend für den Vater erwirbt.

Diese Gattung von Sondervermögen ist nun aber von ganz anderer Art nicht nur als das peculium castrense, sondern als das peculium überhaupt:

1. Bei letzterem kommt darauf, woher das Vermögen stammt, nichts an; peculium und patrimonium sind insoweit eins⁵⁾; das Adventizgut ist ohne gewisse Herkunft undenbar; —

2. das peculium ist seinem Wesen nach in der Detention, Nutzung, Vertretung des Kindes (§. 461 Nr. 3), nicht auch im Eigenthum desselben; selbst das castrensische Pekulium wird erst zuletzt völliges Eigen des Kindes (§. 636); das Adventizgut ist umgekehrt der Detention, Nutzung und Vertretung nach dem Kinde regelmäßig entzogen, dagegen seiner ersten Neigung, und vollends seiner späteren Entwicklung nach ein getrenntes Eigen des Kindes.

Wegen dieser charakteristischen Abweichungen von allem bisherigen Pekulium hat unser neues Sondergut denn auch nirgends mehr den Namen „peculium“⁶⁾. Wäre das Adventizgut unter dem Namen peculium begriffen, so wäre es auch in der triplex peculii causa der l. 37 §. 1 (pr.) C. inoff. t. 3, 28 begriffen; es wäre dann aber neben dem alten gemeinen peculium unter der Kategorie peculium paganum begriffen, während das castrense und quasi castr. peculium, die doch vom alten peculium minder verschieden sind als das Adventizgut, als eigene Kategorien erscheinen.

Die juristische Absonderung des Adventizgutes vom Vater-

a. 531). §. 1 J. per quas pers. 2, 9, cf. l. 36 §. 1b (pr.) C. inoff. t. 3, 28. l. 28 in med. D. reb. auct. iud. poss. 42, 5.

5) Diezel in Beckers Jahrb. II §. 1 fg., III §. 61, vgl. oben §. 461 Anm. 5.

6) weder l. 3 C. bon. quae lib. 6, 61 (§ unten §. 647, 648), noch pr. J. qnib. non est perm. 2, 12 (wo nach exceptis videlicet his nicht peculis, sondern rebus zu denken ist — vgl. z. B. l. 2 C. bon. quae lib. 6, 61. Nov. 118 c. 1) beweisen das Gegentheil. Vgl. Zachariae v. Lingenthal, Gesch. d. griech. röm. Rechts, 2. Aufl. §. 85 Anm. 65 und 67. Diezel a. a. D. III §. 61. Windscheid, Pand. §. 516 Anm. 10; dagegen Marezoli, Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß VIII §. 65 fg.

oder Haussgute ging übrigens nicht in der einfachen und raschen Weise von statthen, als man sich dieselbe zu denken pflegt.

1. Nichts ist geläufiger als die Vorstellung, daß, da Besitz und Nutzung und Verwaltung dem Vater verblieb, wenigstens die Proprietät dem Kinde zugesessen sei. Daß dem nach justinianischem Rechte auch wirklich so sei, unterliegt keinem Zweifel. Daß dem dagegen nicht sofort bei der ersten Constituirung unseres Sondergutes so war, ist bereits von Mühlendorf (Forts. des Glück'schen Comm. Bd. 35. S. 191. Anm. 28) angedeutet, und von Schirmer (Handb. des röm. Erbr. I. Thl. S. 176. Anm. 138), der gemeinen Ansicht entgegen, nachdrücklich behauptet und mit mehreren erhärtet worden⁷⁾. Und in der That wird sich in Folgendem von selbst erweisen, daß auch die Proprietät zunächst noch beim Vater verblieben, und daß sie nicht vor Theodosius II., also nicht vor Ablauf eines Jahrhunderts auf das Kind übertragen worden sei⁸⁾.

Fragt man nämlich, wie das Muttergut und anderes ähnliches Adventizgut zum Sondervermögen des Kindes geworden sein könne, wenn es nicht nur dem Nutzen, sondern auch dem Eigenthume nach beim Vater blieb, so läßt sich von vornherein antworten: dadurch, daß das Eigenthum des Vaters zu Gunsten des Kindes beschränkt wurde. Nun bieten aber auch die bezüglichen Constitutionen des Codex Theodosianus wenigstens bis auf die von Theodosius II. etwas anderes als solche Eigenthumsbeschränkung nicht dar. Alles in allem charakterisiren sie den Vater als einen Fiduciar (oben S. 622), der jenes Vermögen (freilich durch keine Privatdisposition, sondern durch das Gesetz) zwar zu Eigenthum und Nutzung,

7) als Vorgänger ist auch Marezoll (a. 1835) a. a. O. S. 290 — 298 zu nennen.

8) sich anschließend Kohler, der Dispositionsmißbrauch in Jher. Jahrbb. Bd. 24, S. 248 fg., wo auf andere Fälle von Entwicklung der Verfangenschaft zum Eigenthum und des verfangenen Eigenthums zum Missbrauch verwiesen und aus diesem Ursprung die unten § 464 Ziff. 1 geschilderte Eigenthümlichkeit des väterlichen Missbrauchs abgeleitet wird. Dagegen scheint Fitting, Castr. Pecul. S. 349 fg. nicht eine Änderung des Rechts, sondern seiner theoretischen Formulirung oder Auffassung anzunehmen. Wiederum eine Bestätigung der im Text dargelegten Entwicklung bietet Bruns-Sachau, Syr. röm. Rechtsbuch P. §. 81 Abs. 2 (S. 73) Arm. §. 147 (S. 150) und dazu S. 300.

was aber die Substanz betrifft, gleichwohl nur als Depositum und zur custodia, jedoch mit Haftung für omnis culpa bekommt⁹⁾. Wofern also das Kind nur die väterliche Gewalt überdauert, muß es nach Lözung der letzteren die Substanz bekommen: als ein praecipuum aus der Erbschaft des Vaters, wenn dieser stirbt¹⁰⁾ — was undenkbar wäre, wenn das Eigenthum dem Kind schon zuvor gehörte¹¹⁾; als nunmehriges Eigentum, freilich nur gegen ein drittel Lösegeld, wenn es emancipirt wird¹²⁾. Für den Fall, daß das Kind in der Gewalt verstarb, war gewissermaßen der dies fideicommissi nicht erlebt, die Restitutionspflicht des Vaters erloschen, das Kindesgut freies Vermögen des Vaters. Dies verstand sich so sehr von selbst, daß später, da das Kind bereits Eigentümer des Adventizgutes war, noch ausdrücklich gesagt werden mußte, daß dieses beim Tode des Kindes nicht an den Vater (wie ein Pekulium) zurückfalle (s. unten Nr. 2). Bei der bloßen Verpflichtung, dem Kinde das Vermögen aufzubewahren, bleibt das Gesetz aber nicht stehen; selbst die rechtliche Möglichkeit, es zu veräußern, und also dem Kinde zu entfremden, wird dem Vater genommen. Ein geistliches Veräußerungsverbot, mit der Wirkung einer lex perfecta, bildet also den Anfang und das Ende, zum Theil den einzigen Inhalt der einschlägigen Constitutionen¹³⁾. So hat denn der Vater zwar nach wie vor noch die Proprietät, allein nicht blos belastet mit einer Verpflichtung, sondern auch an und für sich gekürzt, ohne die dem Eigentum sonst innwohnende alienandi potestas (Bd. I

9) c. 1 §. 2 C. Th. matern. bon. 8, 18 — custoditae sibi rei — §. 3 omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere — cf. c. 7 eod. — pater — integra illibataque custodiat —.

10) c. 1 § 1 cit. in fin. — cum patre mortuo sui iuris fuerint, praecipuum habere eos et sine cuiusquam consortio — c. 7 eod. — defuncto eo, filio filiaeve praecipua computentur —.

11) vgl. Mühlensbruch's Betonung von praecipuum in Glücks Com. Bd. 35 S. 191 und oben § 462 zu Anm. 28.

12) c. 1 §. 2 C. Th. matern. bon. 8, 18 — reique suaee dominus effectus — vgl. Schirmer a. a. D. unten §. 464 Anm. 12.

13) c. 1 c. 6. c. 7 C. Th. eod. Hierauf beruht auch noch die Maßgabe am Schlusse von c. 3 C. Th. de dot. 3, 13 (= l. 3 C. J. si dos const. matrim. soluta fuerit 5, 19) a. 422 — ita ut proprietas eiusdem — alienari a marito non possit. Vgl. Cythlarz, Dotalr. S. 434 Anm. 22.*

§. 130 Ann. 5 fg. §. 134 S. 488); er hat nicht mehr solidum perfectumque dominium, nicht mehr licentiam totius potestatis¹⁴⁾. Sein Eigenthum gleicht einem von der Art, wie man es unseren Familienfideicommissaren beizulegen pflegt: er hat es zum Besitzen, nicht auch zum Veräußern (ut dominium tantum possessionis usurpent, alienandi vero licentiam facultatemque non habeant — c. 2 C. Th. l. c.)¹⁵⁾. Im Gegenjaze dazu, daß sie die Veräußerungsbefugniß verloren haben, nicht als ob sie dominium verloren hätten, heißt es von den Vätern in c. 3 eod. (Const. M.): ususfructuarii remansisse videntur¹⁶⁾. Im Prozeße treten sie dann auch nicht etwa mit bloßer ususfructus petitio, sondern als domini auf¹⁷⁾.

Eine Trennung des ususfructus von der Proprietät und deren Uebergang auf das Kind findet sich, was den codex Theodosianus anlangt, mit einiger Sicherheit erst in c. 10. eod. a. 426: allein selbst hier noch nicht als Regel, sondern nur für den Fall, als der Vater zu weiterer Ehe schreitet, und auch hier nur in Betreff des Muttergutes. Erst im C. Justinianus, hier nun aber auch schon in theodosianischen Constitutionen aus den Jahren 426—428 erscheint jene Trennung als eine das Verhältniß am Adventizgut beherrschende Regel, und in Verbindung damit ein neuer Stil; jetzt ist rubrikmäßig und zum erstenmal von res die Rede, quae patri

14) c. 1 §. 3. c. 7 C. Th. eod. 8, 18. vgl. Schirmer a. a. D. Oben Bd. I §. 156 Ann. 42.

15) dominium possessionis ist kein bloßer Ususfructus, wie J. Gothofredus (Paratitlon ad. h. l. tom. II p. 683) meint, sondern immer noch Eigenthum, aber ein auf Besitz und Nutzung beschränktes, um die Veräußerungsmacht gefürztes Eigenthum (— potestas quidem et ius fruendi — penes patres maneat, destituentorum autem liberorum eis licentia derogetur — fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur. c. 1 pr. §. 1 eod.).

16) daß hier nicht an den ususfructus separatus, sondern an den des Eigenthümers gedacht ist, erhellt aus dem weiteren Inhalt der Stelle: denn bei bloßem ususfr. separatus könnten sie nicht daran denken, daß fructuarische Vermögen aufbrauchen und verderben zu dürfen (usurpare ea ac perverttere confident).

17) c. 1 § 3 eod. — litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere, tanquam solidum perfectumque dominium et personam gerant legitimam —.

minime adquiruntur, die er nullatenus erwerben soll, die von allem Erwerbe des Vaters absolvirt sind¹⁸⁾; einigermassen, d. i. beschränkt muß der Vater diese res zuvor denn doch erworben, d. i. im Eigenthum gehabt haben.

Eine Probe für die Richtigkeit dieser Entwicklung liegt darin, daß jenes erste constantinische Gesetz über das Muttergut (c. 1 C. Th. cit.) in den Codex Justinianus (l. 1 bon. mat. et mat. gen. 6, 60) nicht unverändert aufgenommen wurde. Denn während es dort heißt: *res . . . ex matris successione . . . ad filios devolutae ita sint in parentum potestate atque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur* — steht hier: — *ita sint in parentum potestate, ut fruendi duntaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente.*

2. Aus l. 3 C. bon. quae lib. 6, 61. a. 439 möchte man (a contrario) folgern, daß das Adventizgut selbst dann, als es zum Eigenthum des Kindes geworden war, noch kein völlig getrenntes Vermögen des letzteren gewesen, vielmehr wie das untestirte peculum castrense beim Tode des Kindes dem Vater iure peculii — freilich mit nachmaligen Ausnahmen zu Gunsten der Kinder, Geschwister und der Mutter des Kindes — angefallen sei; so daß erst die Novelle 118 c. 2 durchweg gemeinses Erbrecht hergestellt und so die Absonderung des Adventizgutes vollendet hätte¹⁹⁾. Indessen ist dies einer der Fälle, da die Folgerung a contrario trügt²⁰⁾. In dem Augenblick, da die bona materna, nuptialia, überhaupt die verschiedenen Arten des Adventizgutes dem Kinde zu Eigenthum anfielen, mußte die Frage entstehen, ob sie beim Tode des letzteren wie peculum (iure peculii) dem paterfamilias ver-

18) l. 1 C. bon. quae lib. 6, 61 a. 426 (= c. 1 C. Th. 8, 19). l. 2 eod. a. 428. l. 3. l. 6 pr. 1 7 (vgl. oben §. 462 Anm. 45). l. 8 eod. Nov. 118 cap. 1; §. 2 J. per quas pers. 2, 9. §. 2 J. de adquis. per. arrog. 3, 10.

19) vgl. c. 10 pr. §. 2 C. Th. bon. mat. 8, 18 a. 426. l. 4. l. 6 C. bon. quae lib. 6, 61. l. 7 §. 1 C. ad. SC. Tertull. 6, 56. Bangewrow, Band. §. 409 Anm. IV, 1. Schirmer a. a. S. 177 — 182. Oben §. 462 Anm. 32.

20) vgl. Bd. I §. 32 Anm. 6.

bleiben, oder erbrechtlich und an wen deferrirt werden sollten. Für ersteres konnte der Umstand sprechen, daß sie nach dem bisherigen Rechte dem Vater verblieben waren (S. 630 §. 3); für letzteres der Trieb, jenen mit dem Kinde so persönlich verwachsenen Erwerb zu seinem vollendet eigenen Vermögen zu machen. Wenn nun l. 3 eit. bezüglich der luera nuptialia nach Bestätigung der früheren Saßungen (daß sie dem Kinde gehören sollen) weiter verfügt, daß falls das Kind mit Hinterlassung von Kindern verstirbt, jenes Gut iure hereditatis an die Kinder, nicht iure peculii an den Vater gelangen soll, so scheint wohl gesagt, daß beim Abgang von Kindern ein Pekulienheimfall eintreten soll; allein möglicherweise ist auch gemeint, daß wenn der Pekulienheimfall einmal für einen Fall ausgeschlossen ist, er damit für alle Fälle ausgeschlossen sei — damit es nicht dazu komme, daß das Adventizgut bald Pekulium sei, bald nicht sei²¹⁾). Daß die Constitution in diesem letzteren Sinne zu fassen sei, beweist aber l. 11 C. comm. de succ. 6, 59 (a. 529), in welcher der Anfall an den Vater ausdrücklich als Erbgang bezeichnet wird²²⁾). Wir dürfen demnach aufstellen, daß das Adventizgut, sobald es Eigenthum des Kindes ward, auch völlig eigenes Vermögen des letzteren wurde, also nicht wie das castrenische Gut noch lange fort am Vater haftete, Pekulium ward. Die Intestaterbsfolge, wie sie zuerst in luera nuptialia und bona materna eingeführt, und vor dem Vater auch noch den Geschwistern und der Mutter gewährt wurde²³⁾, ist in l. 6 §. 1 C. bon. quae. lib. 6, 61. auch auf die neuen Gattungen des Adventizgutes erstreckt und endlich der Nov. 118. c. 2 unterworfen worden²⁴⁾.

21) Vinnius im Institutionencommentar zu pr. J. quib. non est perm. 2, 12 Nr. 4 Ausdrücklich ausgeschlossen ist nach l. 3 §. 1 eit. der Pekulienheimfall an den Großvater durch den Vater des verstorbenen Enkels.

22) — qui ad hereditatem defuncti patrem antecedunt und: non gratam hereditatem relictam, sed triste lucrum sibi lugeat adquisitum —.

23) l. 4 C. bon. quae lib. 6, 61. a. 472. l. 7 §. 1. §. 2 C. ad SC. Tertull. 6, 56. a. 528.

24) Oben §. 384 Anm. 10. §. 462 Anm. 32.

§. 464.

Fortschzung.

Betrachten wir das Adventizgut neueren Rechtes vom dogmatischen Standpunkte aus, so treten besonders folgende Punkte hervor:

1. das Recht des Vaters an demselben pflegt man als einen Ususfructus (legalis) zu bezeichnen. Und ohne Zweifel hat der Vater einen ususfructus¹⁾. Allein es ist längst bemerkt²⁾ worden, daß dies nicht der gemeine Ususfructus sei. Letzterem gegenüber hat der dominus Besitz, Cautionszwang, Aufsichts- und Dispositionsrecht in Ansehung der nuda proprietas: das alles geht dem Kinde ab³⁾, während umgekehrt der Vater die Substanz zwar weder deterioriren⁴⁾, noch anders als zur Zahlung der mit ihr vererbten Schulden und Vermächtnisse, theilweise auch zur Ausstattung der Kinder, veräußern und verpfänden darf⁵⁾, allein im übrigen an die Wirtschaftsregeln des gemeinen Ususfructuars nicht gebunden, und die Vertretung des Vermögens nach außen nicht blos dem Ususfructus, sondern auch der Proprietät nach in seiner Hand ist⁶⁾.

1) I. 6 §. 1 cf. I. 8 §. 3. §. 5a C. h. t. 6, 61.

2) — von Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VIII S 287, 298 erneut ausgeführt, von Windscheid, Pand. §. 517 bestätigt und hier oben bei der Eigenthumsbeschränkung Bd. I S. 483 und beim Servitutenerwerb Bd. I S. 791 hervorgehoben — ; „der aus dem Eigenthum mit Verfangenschaft herausmetamorphoſirte Ususfructus“ wird von Kohler a. a. D. S. 254 — 262 als ein Fall des von ihm sog. Dispositionsnießbrauchs dargestellt und vom gemeinen Nießbrauch unterschieden.

3) I. 6 §. 2 C. h. t.: Non autem hypothecam filii familias adversus res patris — sperare audeant nec ratiocinia eis super administratione inferre — habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus — Et gubernatio earum sit penitus impunita. — I. 8 §. 4 d — paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus, quae usufructuarii extranei a legibus exiguntur — .

4) I. 1 §. 1 C. bon. mat. 6, 60. I. 8 §. 4 d cit. — et omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorare facere — .

5) I. 8 §. 4. §. 5 C. h. t. 6, 61. I. 7 C. dot. prom. 5, 11 und hierzu unten §. 492 Anm. 59. — Daraus daß nach I. 8 §. 5a C. h. t. mit Einwilligung des Vaters die Hauskinder ihre Adventicien veräußern können, wird gefolgert, daß auch der Vater mit Zustimmung des Kindes veräußern darf: Seuffert, Pand. §. 488 Anm. 14; Ternburg, Pand. III §. 34 Anm. 9 — S. jerner oben Bd. I §. 156 Anm. 43.

6) I. 6 §. 2a. I. 8 §. 1 C. h. t. Der Consensus in I. 8 §. 3 eod.

Manche sagen demnach, das Recht des Vaters bestehে in dem gemeinen Ususfructus mit Zusatz der Vermögensadministration⁷⁾; allein dieser Ansicht fehlt ein einigender Gesichtspunkt, auch erklärt sie nicht die Cautionslosigkeit u. c. Darum führen wieder Andere das gesamme Recht des Vaters am Adventizgut auf eine natürliche Wormundschaft desselben zurück; allein die Wormundschaft gibt keinen ususfructus; die Administration des Vaters ist in den Quellen nirgends an das officium tutelae angelehnt; das einzige Mal, da der Vater dem Adventizgut gegenüber als tutor erscheint, geschieht dies geradezu deswegen, weil er hier ausnahmsweise seines sonstigen väterlichen Rechtes ermangelt⁸⁾. Marezoll selbst (S. 296) nimmt ein eigenes, zwischen Ususfructus und Eigenthum stehendes Recht an; allein hier fehlt wieder das Prinzip.

Altere und Puchta (Pand. S. 436. not. h.) gingen auf die väterliche Gewalt zurück und leiteten daraus die Eigenthümlichkeiten des väterlichen Nießbrauches ab⁹⁾. Das scheint uns in folgender Fassung richtig: „Das Recht des Vaters an den Adventicien ist die väterliche Gewalt als Vermögensherrschaft (§. 457 I. 4) mit Abzug der Proprietät und der alienandi potestas“. Die Alleinberechtigung ist einer Spaltung in Ususfructus und Proprietät unterlegen, die Alleinherrschaft mit einer Clauzel in Betreff der alienatio und Deterioration aufrecht geblieben¹⁰⁾.

2. Mit Aufhebung der väterlichen Gewalt muß folgerecht auch der in dieser beruhende Ususfructus, überhaupt alles Recht des Vaters an den Adventicien aufhören (Puchta a. a. D.). Findet sich gleichwohl ein Ususfructus des Vaters noch über betrifft nur den Fall des adventischen Erbbahtserwerbes; wegen der an diese Stelle anknüpfenden Controverse s. Windscheid, Pand. §. 517 Anm. 7.

7) Marezoll a. a. D. S. 289, der dieser Auffassung entgegentritt.

8) e. 3 C. Th. mat. bon. 8, 18.

9) vgl. Marezoll S. 288 Anm. 1.

10) wegen der Verbindung von Alleinherrschaft und Alleinberechtigung s. oben S. 622. Der väterliche Ususfructus wird Bd. I §. 132 S. 483 Abj. „als Neberecht einer Art Gemeineigenthums, vielmehr Gesamtvermögens, oder als Product einer gesetzlichen Theilung zwischen Vater und Kind“ angesehen und die letztere Ansicht scheint oben §. 409 S. 289 vorgezogen zu sein in den Worten: „dieser Nießbrauch selbst läßt sich viel mehr aus dem neuen Sondergutsystem, als aus der alten Hausgutgemeinschaft erklären“, wozu die Anm. 18 daselbst.

das Gewaltverhältniß hinaus vor, so beruht dieser, nunmehr ein einsam für sich stehendes, mit keiner Herrschaft über die Proprietät verbundenes Recht, auf einem neuen und besonderen Grunde. Unzweifelhaft auf einem solchen beruht a) der ususfructus, der dem Vater als praemium emancipationis an der Hälfte des bisherigen Adventizgutes gewährt ist¹¹); ist er ja doch nur ein Ersatz für ein früheres Eigenthum am Drittels¹²). Aber auch b) der ususfructus, welchen der Vater beim Tode seines Kindes an dessen Adventizgut nach l. 7 §. 2 C. ad SC. Tert. 6, 56 (a. 528) behielt, war keine bloße Consequenz seines zuvor erworbenen ususfructus. Allerdings wirkte der Umstand, daß der Vater diesen Ususfructus zuvor schon hatte, dahin mit, daß er ihn nachher behielt¹³); allein der entscheidende Grund daß er ihn behielt, war gleichwohl das Gesetz, welches dem Vater, gewissermaßen zur Abfindung dafür, daß ihm die Kinder, Geschwister, ja die Mutter des Kindes im Erbgange vorgezogen wurden, den bisherigen Ususfructus beließ. In ähnlicher Weise bekamen Mutter und Vater einen Ususfructus abfindungsweise (entgegen den Schwestern und Brüdern des Verstorbenen), wenn das Kind außer der väterlichen Gewalt verstarb¹⁴); nur wenn der Erbe des Kindes in derselben väterlichen Gewalt war, wie dieses, dauerte der väterliche Nießbrauch kraft der väterlichen Gewalt und von selbst fort¹⁵). So gab es nach der Justinianischen l. 7 §. 1. § 2 cit. am Vermögen gestorbener Kinder einen Ususfructus, den der Vater behielt (wenn das Kind in väterlicher Gewalt gestorben) — und einen, den er erst erworb (wenn das Kind außer der väterlichen Gewalt verstarb)¹⁶). Darauf ohne Zweifel zielen die Worte

11) — also nicht auch am künftigen Erwerbe des Kindes — l. 6 §. 3 C. bon. quae lib. 6, 61. §. 2 J. per quas pers. 2, 9.

12) ll. citt. cf. e. 6. c. 7. c. 9 §. 3 C. Th. bon. mat. 8, 18. Oben §. 463 Anm. 12.

13) — usum fructum, quem et vivente filio habebat, detineat donec vivat incorruptum — l. cit. S. auch l. 11 §. 1 C. comm. de succ. 6, 59.

14) l. 7 §. 1 eod. — Nießdasein eigener Descendenz des Verstorbenen ist stillschweigend vorausgesetzt.

15) l. 3 §. 1 C. bon. quae lib. 6, 61 — allein auf Grund einer neuen (andern) Gewalt, nämlich der über den Erben des Kindes.

16) Das praemium emancipationis (Anm. 10) ist Ususfructus an der Hälfte des noch vor der Emancipation dagewesenen Adventizgutes des

der Novelle 118 c. 1 (Vulg.): *Nam in usu harum rerum qui debet acquiri aut servari —*¹⁷⁾. Will die Novelle nun in Ansehung dieses Ususfructus das bisherige Recht gegenüber der Descendenten-Erbfolge (cap. 1) gewahrt wissen, so gibt es allerdings auch heute noch einen Missbrauch des Vaters an dem Vermögen verstorberner Kinder¹⁸⁾¹⁹⁾; allein dieser ist nicht eins und dasselbe mit dem ususfructus des Vaters am Vermögen des in seiner Gewalt lebenden Kindes²⁰⁾. c) Ein ususfructus, der dem Vater an dem Vermögen des in Adoption gegebenen Kindes verbliebe²¹⁾, ist durch das Gesetz nirgends begründet.

3. Obiger Auffassung zufolge ist die väterliche Gewalt als solche noch Missbrauch und Verwaltung (gubernatio) an dem adventicischen Vermögen des Kindes. Ausnahmsweise ist sie selbst das nicht mehr (s. g. bona adventitia irregularia). Näm-

Kindes, während es sich hier um den ususfr. an dem nunmehrigen Vermögen d. i. Nachlaß des Emancipirten handelt.

17) Bei dem durch I. 7 §. 1 cit. verliehenen Ususfructus ist das Nicht-dasein eigener Descendenz des Verstorbenen stillschweigend vorausgesetzt (Anm. 13). Dagegen hat Nov. 118 c. 1 das Dasein eigener Descendenz des Verstorbenen im Auge (s. den oben folgenden Text „gegenüber der Descendenten-Erbfolge“). Hier nach erscheint es fraglich, ob die citirten Worte der Nov. auf die beiden in I. 7 §. 1 und §. 2 cit. enthaltenen Fälle bezogen werden können. Auch wäre zu beachten, daß die von Justin. aufrecht erhaltenen Gesetze sich auf Adventizgut (*τοῖς περὶ τούτων ἡμῶν ρόμους*) beziehen, wovon im Falle der I. 7 §. 1 cit. nicht zu reden ist (Anm. 15). Endlich spricht die Nov. I. c. im zweiten Satz, auf den sich der die citirten Worte enthaltende dritte bezieht, von einem gewaltunterthänigen Erblässer. Unter dem Ususfructus, qui debet acquiri aut servari, könnte ein und derselbe Ususfructus verstanden sein, welcher, da mit dem Erbgang ein neuer Grund des väterlichen Rechts da ist, als ein zu erwerbender oder zu behaltender bezeichnet werden mag. Ist aber zweierlei Ususfructus gemeint, und ist die Descendenz des Verstorbenen in der Gewalt von dessen Vater, dann wäre als Gegenstand des ususfructus servandus das Adventizgut des Verstorbenen, als Gegenstand des ususfructus acquirendus das pecul. castr. desselben (Adventizgut für die Enkel) zu denken. **

18) Arndts, Pand. §. 433 Anm. 3. Windscheid, Pand. §. 525 a. E. §. 572 Anm. 7.

19) Der folgende Text der ersten Aufl. bis zu den Worten „eins und dasselbe“ ist, hauptsächlich durch Weglassung von etwa drei Zeilen, geändert worden. Eine Autorisation zu dieser Änderung gewährt die in der Nachbarschaft handschriftlich angebrachte Frage des Verfassers: „aber ist I. 7 §. 1 nicht durch c. 2 (Gleichberechtigung der Ascendenten und Geschwister) antiquirt?“ Wegen Nov. 118 c. 2 cit. s. oben §. 384 S. 185.

20) j. dagegen Arndts a. a. O.

21) Arndts a. a. O. Biss. 5, anerkennend, daß „die Quellen darüber keine Entscheidung enthalten“.

lich nicht mehr a) an dem was das Kind wider Willen des Vaters erwirbt²²⁾; hier ist beides, Nutzung und Verwaltung (namentlich auch die Vertretung nach außen) beim Kinde, wofür es nur volljährig ist²³⁾; außerdem steht die Verwaltung noch immer dem Vater zu; er kann sie aber ablehnen, wornach heute ein Curator überall aufgestellt werden muß, während nach römischem Rechte dem minor ein solcher nur verwilligt wird, wenn er darum bittet²⁴⁾; — b) nicht mehr an dem, was dem Kinde von Dritten mit der Bestimmung hinterlassen oder geschenkt wird, daß der Vater keinerlei Recht daran haben solle; hier wird wieder das Kind selbst dispositionsberechtigt, wenn es volljährig ist; sonst zunächst derjenige, den der Erblasser, Schenker dazu bestimmt²⁵⁾; — c) nicht an demjenigen, was das Kind krafft Gesetzes von einem Geschwister erbtt, nun aber schon dadurch, daß der Vater miterbt, verkleinert ist²⁶⁾; nur der ususfructus ist hier dem Vater abgesprochen; — d) „daß „der Vater wegen schlechter Verwaltung der Adventitien sein „ganzen Recht daran verliere, wie Biele behaupten, ist nirgends „in den Gesetzen vorgeschrieben“²⁷⁾. Allein in I. 52 (50) D. ad SC. Treb. 36, 1 verliert ein Vater wenigstens wegen absichtlich schlechter Verwaltung sein Recht an das Kind wegen eines Vermögens, das diesem noch gar nicht gehört, das es erst bekommen sollte²⁸⁾; um so mehr, sollte man denken, müsse das der Fall sein in Anbetracht eines Vermögens, das wie das Adventizgut dem Kinde bereits gehört²⁹⁾. Ferner soll nach I. 13 §. 2 C. de sent. passis et restitutis 9, 51 (a. 321) der

22) I. 8 §. 1 C. h. t. 6, 61. a. 531 — Gegenstück der gleichfalls in dieser Stelle begründeten Transmission (auf den Vater), wenn der Sohn nicht will, worüber oben §. 389 Anm. 9.

23) I. 8 §. 1a eod. — si plenae aetatis filius est, qui paternam voluntatem sequi non patitur.

24) I. 8 §. 1c eod. — patre autem nolente res filii gubernare propter causae necessitatem habeat facultatem filius adire competentem iudicem et ex eo petere curatorem hereditati dari —, s. unten §. 512 bei Anm. 4 und vgl. Bd. I §. 55 Anm. 4 und Windscheid, Pand. §. 432 Anm. 5.

25) Nov. 117 cap. 1.

26) Nov. 118 cap. 2. Oben §. 384 S. 135.

27) Bangerow, Pand. §. 237 Anm. 1 Biff. 3, c.

28) zu I. 52 (50) cit. s. oben §. 462 Anm. 39 und Seuffert, Pand. §. 489 Anm. 8.

29) s. dagegen Bangerow a. a. O. Löhr, Arch. f. civ. Praxis VII S. 268 Anm. 10. Arndts. Pand. §. 434 Anm. 1 a. f.

von der Deportation zurückgekehrte und restituerte Vater die ihm darnach zuständige Verwaltung des Kinderguts nicht bekommen oder behalten, wenn von jener die Verschleuderung oder Verschwendungen des Vermögens zu erwarten ist. Dies wird verfügt, trotzdem er als voller Inhaber der patria potestas anerkannt ist³⁰⁾. So fehlt es jener Ansicht nicht an gesetzlichem Anhalt³¹⁾. Dagegen gewinnt es nach l. 6 §. 2 C. bon. quae lib. 6, 61 allerdings den Anschein, als ob das Veräußerungsverbot die einzige Cautel gegen schlechte Verwaltung des Vaters sein soll. Allein wenn in der späteren l. 8 §. 4 d. eod. dem Vater außer der Veräußerung dann doch wieder Deterioration überhaupt verboten ist, so muß der l. 6 §. 2 cit. ohnerachtet der verderblichen Verwaltung des Vaters doch irgendwie gesteuert werden können. Ein nachträglicher Regress des Kindes wider den Vater nach Endigung der Gewalt würde der l. 6 §. 2 widersprechen; denn darnach ist der Vater nicht blos von Caution und Rechnungslegung, sondern von aller Haftung frei³²⁾; in der Entziehung der Verwaltung dagegen liegt keine Praestation, umso weniger als die Renten des Vermögens dem Vater verbleiben müßten³³⁾. So ist denn die Entziehung der Verwaltung auch mit l. 6 §. 2 cit. nicht unvereinbar: der Vater ist unverantwortlich, aber nicht unentsetzbar. Ueberdies gleicht die Entziehung der Verwaltung den Mitteln, mit welchen auch sonst der Verlehung des officium begegnet wird (vgl. oben S. 603. 604). — Ein weiterer Fall, in welchem der Vater sein Recht an den Aventicien verlor (zu folge ungefährlicher Scheidung, Nov. 134 c. 11) ist antiquirt (§. 471).

30) *Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur — non est eorum pecunia committenda. Ab administratione fugiat —, wozu vgl. Rudorff, Vermundshaft I §. 52 Anm. 3 u. 8. Gegen die Beweiskraft dieser l. 13 §. 2 cit. Banerow a. a. D.*

31) vgl. Windischheid, Band. §. 517 Anm. 5a und die dort Angeführten, dazu Köhler a. a. D. S. 323 sg.

32) — *et gubernatio earum sit penitus impunita — s. dagegen Windischheid a. a. D. Anm. 5 In l. 8 §. 4a eod. wird der Vater zur Zahlung der Zinsen aus eigenem Vermögen angehalten, wenn er die in einem adventischen Erwerb enthaltene Schuldenlast nicht durch Veräußerung zugehöriger Sachen abträgt. — Mit Bezug auf l. 8 §. 6 C. (zu lesen statt D.) bon. quae lib. 6, 61 ist Bd. I S. 417 den minderj. Kindern in int. restitutio gegen die väterliche Administration des Adventizgutes zuerkannt.**

33) Windischheid a. a. D. Anm. 5a a. E.

§. 465.

Resultate für das justinianische Recht.

1. Von dem alten Principe, daß das Haushkind alles dem Vater erwerbe, ist zuletzt nurmehr der Satz übrig, daß es dem Vater erwirbt, was es „ex eius substantia“ erwirbt¹⁾. Dieser Ausdruck passt nicht auf das, was das Kind „vom Vater erwirbt“; denn hier ist zwar res, substantia, aber nicht ex re, substantia patris erworben; — er kann auch nicht blos von dem gemeint sein, was das Kind aus Sachen des Vaters, die ihm zur bloßen Verwaltung übergeben sind, erwirbt: denn daß es diesen Erwerb nicht für sich mache, verstand sich von selbst; — vollen Sinn hat der Ausdruck im Hinblick auf einen Erwerb, den das Kind auf Grund eines Pekuliums macht. In der That meint Justinian nichts anderes als einen Pekuliarerwerb.

2. Damit ist bereits ausgesprochen, daß es unter Justinian noch Pekulien gab. Und zwar kennt er selbst mehrere Jahre nach der l. 6 cit. peculii triplex causa: paganum, castrense, quasi castrense²⁾. Das castrensiſche und quasicastrensiſche Pekulium war aber von Anfang an res, substantia des Kindes (S. 632), das nichtcastrensiſche (paganum) dagegen seinem Begriff und Wesen nach stets res, substantia patris: nur daß es von Constantin d. G. an um den Erwerb von außen — woraus das Adventizgut erwuchs — mehr und mehr gekürzt und endlich durch l. 6 §. 1 (pr.) cit. mit einer res, substantia patris, die dem Kinde auch vom Vater zufam, vollends identifizirt wurde. Das neueste peculium (paganum) ist demnach durchweg profecticium und von den Neueren denn auch peculium profecticum geheißen — eine Benennung gegen die nichts einzuwenden wäre, wenn mit ihr nicht die falsche Antithese eines „peculium“ adventicium in Verbindung stünde (vgl. §. 463).

1) l. 6 §. 1 (pr.) C. bon. quae lib. 6, 61. (Justinian) — quae extrinsecus ad filiosfamilias perveniant et non ex paterna substantia — l. 8 pr. eod. — si quid ex re patris ei obveniat — quod ex patris occasione profectum est — §. 1 J. per quas pers. nob. adquir. 2, 9. Oben §. 463 Ann. 4.

2) l. 37 §. 1 (pr.) C. inoff. t. 3, 28 a. 531, während l. 6 cit. a. 529.

Anm. 6). Dießel meinte, daß es eben deswegen seit l. 6 pr. kein peculium (paganum) mehr gebe; denn Indifferenz gegen den Ursprung des Vermögens gehöre zu seinem Wesen (§. 463 Anm. 5); allein die Modifikation eines alten Begriffes ist noch nicht seine Aufhebung; l. 37 cit., 2 Jahre jünger als l. 6 cit., führt das peculium paganum als bestehend auf, und l. 6 C. de emanc. 8, 48 (49), 2 Jahre jünger als l. 6 cit. jetzt jenes gleichfalls als bestehend voraus (peculium donare). Ein Untergang des peculium paganum ist aus den Quellen des römischen Rechtes nicht zu erweisen. In ähnlicher Weise muß aber auch die Fortdauer des peculium castrense als eines Pekuliums im römischen Rechte behauptet werden. Zwar mußten wir annehmen³⁾, daß es spätestens seit pr. J. quib. non est perm. 2, 12 beim Tode des Kindes stets hereditas, mithin von allem Rechte des Vaters emancipirt ward, und ebendadurch den einen Grundzug seiner Pekuliareigenchaft verlor; allein der andere Grundzug, daß es dem Kinde, wiewohl dies in väterlicher Gewalt war, zu Genüß und Verwaltung anheimstund (§. 463. 2. S. 643), dauerte fort, so daß das castrensiſche und quasi-castrensiſche Kindesgut immer noch eine Pekuliareigenheit hatte, und so denn auch fort und fort noch peculium hieß⁴⁾.

3. Was das Kind aus castrensiſchem oder quasi-castrensiſchem Anlaß erwirbt, ist sein eigen, mag es von außen, oder vom Vater erwerben; —

was es ohne diesen Anlaß, aber von außen erwirbt, ist gleichfalls sein eigen (Adventizgut)⁵⁾; —

3) s. jedoch §. 462 Anm. 28—35.

4) pr. J. I. 37 C. citt. Ueber die Fortdauer des Namens im byzantinischen Rechte s. Zachariä v. L. Gesch. d. griech. röm. Rechts (2. Aufl.) Ann. 264 fg. 271. 284. Basil. lib. 45 tit. 4 cap. 9. (IV, 533 Heimbach) und des Anonymi scriptoris de peculiis tractatus in G. E. Heimbachs Anecdota tom. II p. 247 sqq.

5) darunter fällt nach Czyhlarz in Glücks Comment. Bücher 41 u. 42 Bd. I S. 239 auch der Kinderanteil eines im Grundstück des Vaters vom Kinde gefundenen Schatzes; im Sinn der l. 6 §. 1 cit. müsse auch dieser Erwerb als ex liberalitate fortunae und nicht ex re vel ex substantia patris gemacht angesehen werden. Dagegen nach dem gleichfolgenden Text und Ziff. 1 a. C. wäre zu unterscheiden, ob das Grundstück zum (prospect.) Peculium gehört, oder nicht. Im letzteren Fall könnte von Erwerb ex substantia patris nicht die Rede sein, im erstenen die liberalitas fortunae den Peculiarerwerb nicht hindern. **

was es ex substantia patris, d. h. auf Grund eines gemeinen (jetzt nothwendig profecticischen) Pekuliums erwirbt, erwirbt es dem Vater; —

was es vom Vater erwirbt, ist kein zu Recht bestehender Erwerb: es wäre denn in ein castrensisches oder quasic. Pekulium erworben; oder nachträglich Convalescenz eingetreten. Möglicherweise will ein solcher Erwerb auch nur die Begründung oder Erweiterung eines peculum profecticum bedeuten.

Dieser Satz (daß das in väterlicher Gewalt befindliche Kind vom Vater nichts erwerben könne), ist in der justinianischen Reform (l. 6 C. de bonis quae lib. 6, 61) nicht ausgesprochen, und brauchte nicht ausgesprochen zu werden. Denn es galt nur zu bestimmen, was alles fortan das Kind für sich selbst, und was es noch immer nur für den Vater erwerben könne; darauf ob und inwiefern eine Erwerbshandlung des Kindes richtig oder von Bestand sei, erstreckte sich die Neuerung nicht; hierin blieb alles beim Alten.

Sonach blieb aber auch insoweit als er nicht durch die Privilegierung des peculum castrense und quasicastrense durchbrochen ward (§. 462 nach Anm. 15),

4. der alte Satz, daß Rechtsgeschäfte überhaupt zwischen Vater und Kind unmöglich seien (§. 457 Biff. 5) unberührt. Denn der Satz, daß das Kind vom Vater nichts erwerben könne, ist nur der Ausbruch des weiteren, daß sie nicht mit einander handeln können⁶⁾. Davon nun, daß das Kind durch reguläres Adventizgut jene Actionsfähigkeit gewinne, konnte schon darum keine Rede sein, weil hier das Kind nicht nur der Person, sondern auch dem Vermögen nach in väterlicher Gewalt verblieb, das Kind keine Disposition darüber hatte, die den Nutzen betreffenden Geschäfte sämtlich negotia patris, in

6) Daß nach justin. Recht dem pf. heres institutus gültig Vermächtnisse zu Gunsten des ff. auferlegt werden können — Arndts in Glücks Comm. Bd. 46 S. 443 fg. — ergibt keine Modification, weil dabei nicht Rechtsgeschäft zwischen Vater und Kind und nicht Erwerb des Kindes vom Vater vorkommt. Dasselbe gilt von Obligationen, welche auf Grund der Beurbringung des Gläubigers oder des Schuldners des Vaters durch das Kind zwischen dem Kind und dem Vater bestehen.*

Unbetacht der Substanz aber überhaupt kaum Geschäfte möglich waren, da sie ja vereinst unveräußert restituit werden sollte (§. 463 bei Ann. 13—15). Scheinbarer mögte man es Inkonsequenz nennen⁷⁾, daß ein Vermögen, mit dem ein Kind nach außen (mit oder ohne *consensus curatoris*) frei schalten und walten darf⁸⁾, wie das adventicium irregulare, nicht auch zur Action nach innen, gegenüber dem Vater, befähigen soll. Allein es ist oben gezeigt, daß die Handlungsfähigkeit, welche das Kind bezüglich des *peculium castrense* gegenüber dem Vater hatte, auf besonderer Verleihung beruhte (§. 462 bei Ann. 21). Daß eine solche besondere Verleihung oder Freierklärung in Ansehung eines Kindervermögens, welches weder soldatischen noch burokratischen Zweck oder Anlaß hatte, nicht erfolgt ist, war ganz consequent.

Demgemäß darf man es also weder dem Zufall noch einer Nachlässigkeit beimessen, wenn in unseren Quellen davon nichts vorkommt, daß mit dem Dasein eigenen Vermögens, wenn auch nur des regulären Adventizgutes, auch schon das Recht des *peculium castrense* da sei⁹⁾.

Sind nach Justinianischem Rechte namentlich auch Schenkungen des Vaters an das Kind, insoferne sie nicht in ein castrensisches oder quasi. *Peculium* fließen¹⁰⁾, oder nicht die bloße Begründung oder Vermehrung eines gemeinen *Peculiums* bedeuten sollen¹¹⁾, noch immer nichtig¹²⁾, oder doch erst durch nachträgliche Convalescenz (wenn der Vater ohne Widerruf

7) Arndts, Band. §. 435 a. E.

8) worüber es nur nicht testiren kann, oben §. 368 S. 49. Bangew, Band. II §. 428 Ann. II. Für das justin. Recht spricht Fitting, Castr. Pec. S. 654 auch die Fähigkeit zu Schenkungen und andern unentgeltlichen Veräußerungen aus den adventicia irreg. dem Hauskind ab.

9) s. dagegen Windscheid, Band. §. 484 Ann. 2 §. 519 Ann. 5. §. 289 Ann. 27. Der Meinung von v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 142 fg., „daß durch die Existenz eines Adventizgutes eine obligatio civilis zwischen Vater und Kind möglich wird“, ist Bd. II §. 220 Ann. 8 gedacht.

10) I. 11 D. castr. pec. 49, 17. I. 1 C. eod. 12, 36 (37).

11) I. 31 §. 2 D. don. 39, 5 I. 15 pr. D. castr. pec. 49, 17.

12) fr. Vat. §. 294. I. 1 §. 1 D. pro don. 41, 6. I. 11 pr. C. don. 8, 53 (54).

I. Abschnitt. Die Familiennr. I. V. Gewalt. Just. Recht. §. 465. 659
stirbt¹³⁾, oder emancipirt)¹⁴⁾ rechtsbeständig¹⁵⁾): so ist dies nach obigem kein vereinzelt aufrechterhaltener Ueberrest¹⁶⁾, sondern nur ein einzelner Fall der bis zuletzt vorhandenen Unmöglichkeit des Erwerbes und Rechtsverfehres zwischen Vater und Kind überhaupt.

5. Ein Hausgut wie wir oben §. 460 eines annahmen, existirt nicht mehr; nicht nur können jetzt sämtliche Mitglieder der Familie jedes ein Vermögen für sich haben: was immer an Vermögen in der Familie vorkommt, ist Vermögen des Einzelnen. Namentlich auch das des Vaters. Dem Vermögen, als dessen Subject und Herr er da steht, fließt jetzt kein Erwerb mehr durch das Kind zu: es wäre denn daß er auf seinem, des Vaters, Vermögen beruhte, oder das Kind geslissenlich, gleich einem fremden Stellvertreter, für den Vater handelte. Folgerecht hat an dem Vermögen des Vaters das Kind jetzt keinerlei Theil mehr. Demgemäß sollten auch die Consequenzen der alten Hauss(vermögens)communion aufgehoben sein¹⁷⁾. Daß das Nothverbrecht in der Novelle 115 in der That auf einen neuen Boden gestellt sei, ist unsererseits zu behaupten und auszuführen nicht versäumt worden¹⁸⁾. Die Nothwendigkeit der Erbsfolge in der Person der sui heredes dagegen ist stehen geblieben -- wahrscheinlich weil ihre Schärfe schon durch

13) Paul. R. S. V, 11 §. 3. fr. Vat. §. 281. l. 2 C. Greg. fam. hercisc. 3, 6. l. 25 C. don. i. v. et u. 5, 16. Franck, civ. Abh. S. 229. S. 241. Zu Paul. eit. Hofmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 8 S. 293 Anm. 19.

14) 1. 31 §. 2 D. don. 39, 5 eit. l. 17 C. don. 8, 53 (54), dazu Mandry, Familiengüter. II S. 197—199.

15) Ueber diese Schenkungen jetzt ausführlich Mandry, Familiengüter. I S. 274 fg., namentlich über die Anlehnung der Convalescenz an m. c. donatio und donatio i. v. et u., sowie mit Erörterung der Frage, ob auch bloße Schenkungsversprechen convalescire — und daß ansässiglich, ja bis l. 25 C. don. i. v. et u. 5, 16 eit., nicht eigentlich Convalescenz mit ipso iure eintretendem Eigenthumsumbergang, sondern Vermittlung (ad-indicatio) durch den Theilungsrichter eintrat: S. 283. 3 und dazu Hofmann a. a. O. S. 294 Anm. 21. Ueber die dahin gehörige l. 13 C. coll. 6, 20 f. auch Czylarz in der M. Vierteljahrsschr. Bd. 15 S. 71 unten und über die Schenkungen des Vaters an das Kind überhaupt noch Leist in Glücks Comm. Serie 37. 38. III S. 257 fg. V S. 90 fg.

16) Windscheid, Band. §. 484 Anm. 2. S. 519 Ziff. 1.

17) vgl. Glück, Comm. Bd. 2 §. 137 u. 138 Anm. 30 und 31, und oben S. 459 bei Anm. 3 fg.

18) oben §. 365 besonders S. 44 und §. 378 besonders S. 105.

den Prätor abgestumpft, ihre Vortheilhaftigkeit aber in Gestalt von Transmissionen den freiwilligen Erben mitgetheilt war^{19).}

§. 466.

Heutiges Recht.

Als eigenthümliche Produkte oder Consequenzen des älteren römischen Hausgüterrechtes sind im justinianischen Rechte noch übrig:

1. das Institut der Pekulien — entsprungen zunächst in Reaction gegen die natürliche Alleinherrschaft, dann zu Gunsten der Soldaten und Quasisoldaten fortentwickelt gegen die väterliche Alleinberechtigung; —
2. der Satz, daß das Kind, von Pekulien abgesehen, vom Vater nichts erwerben kann — eine Folge des weiteren Grundjazes, daß, wieder von Pekulien abgesehen, Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind unmöglich sind; —
3. daß der suus heres in die väterliche Erbschaft ipso iure succedit — eine Folge der ehemaligen Hausgütergemeinschaft.

Es fragt sich, ob diese Eigenthümlichkeiten auch noch für unser heutiges Recht gelten.

Was nun,

ad 1. die Pekulien anlangt, so bedeutet

a. peculum castrense im justinianischen Rechte ein durchaus eigenes Vermögen des Kindes, das nur insoferne noch peculum ist und heißt, als es im Genuß und in der Disposition des Kindes ist, wiewohl dieses in väterlicher Gewalt steht (§. 465. 2), dagegen trotzdem daß es in's Eigenthum des Kindes fällt, dennoch vom Vater herrühren kann. Dasselbe gilt vom peculum quasicastrense. Der Schwerpunkt dieses ganzen Rechtes aber liegt in der Privilegirung gewisser Stände; es entspringt der Absicht, Angehörige dieser Stände von dem Drucke der väterlichen Gewalt weiter zu befreien, als es durch das gemeine peculum möglich war. Dieser Zweck ist nun unter uns zu großem Theile vollständiger dadurch erreicht, daß Per-

¹⁹⁾ vgl. §. 365 a. E. §. 393 besonders S. 181 und §. 389 bei Ann. 3.

sonen, die jenen bevorzugten Ständen oder Berufsklassen angehören, in Folge der erweiterten Emancipation (Bd. I §. 48 bei Anm. 7, §. 49 bei Anm. 6) meist überhaupt nicht mehr in väterlicher Gewalt sind — namentlich die Advokaten, Beamten, Geistlichen, Offiziere. Allein daß etwelche von ihnen, und daß namentlich Soldaten noch in väterlicher Gewalt stehen können, ist auch unter uns der Fall, für sie denn auch jenes Privilegium recipirt und in Geltung¹⁾.

b. Dagegen ist mehr und mehr bestritten, daß das gemeine peculium geltenden Rechtes sei. Dabei sind zwar diejenigen im Unrecht, welche die Möglichkeit seiner Geltung bestreiten²⁾; allein mit der Möglichkeit eines Instituts ist nicht auch schon sein Dasein erwiesen; sonst hätten wir auch die stipulatio, mancipatio, in iure cessio. Das gemeine Pekulium beruht nicht bloß in einem Privilegium, dessen Voraussetzung sich so unwillkürlich wiederholt, wie der castrensische Erwerb, sondern in einem eigenen Geschäfte, in der concessio peculii, die von bestimmter, das eigenthümliche, wir dürfen sagen juristisch schwierige Ding des Pekuliums bezweckender Intention ist. Selbst der Name, um so mehr der Begriff dieses Dinges sind dem Laien fremd. Kein deutsches Wort entspricht demselben. So wissen denn auch unsere Archive von einer actio de peculio nichts. Pekulien wären möglich, aber sie sind nicht in Uebung³⁾. Ueberdies nicht ohne Grund. Denn was die römischen Väter hauptsächlich zur Einräumung von Pekulien an die Kinder geführt haben muß: die Sitte, daß das Kind ohne Rücksicht auf Stand und Alter bis zum Tode des Vaters in

1) für Beides Nachweise bei Fitting, Castr. Pecul. S. 649 fg. lieber und gegen dessen von Dernburg, Band. III §. 35 Anm 7 getheilte Annahme deutschgewohnheitsrechtlicher Ausdehnung des pec. quasi-castr. auf allen Erwerb aus wissenschaftlicher und künstlerischer Thätigkeit s. Windscheid, Band. §. 516 Anm. 8 und Wächter, Band. §. 255 Anm. 14.

2) namentlich Kraut, Vormundschaft II S. 640, dagegen Windscheid, Band. §. 484 Anm. 4.

3) Bd. II §. 259 S. 218 „von unerweislichem Vorkommen“. Seufzert, Band. III §. 485 „dem heutigen Rechtsbewußtsein fremd“. Dernburg, Band. III §. 32 „dem gemeinen Rechte unbekannt“. Oben Bd. I §. 4 ist das Peculium unter den Instituten aufgezählt, welche als nicht zuvor schon heimisch auch durch die Reception nicht aufkamen.

dessen Gewalt zu bleiben pflegte, — kennen wir nicht; anstatt das erwachsene Kind durch Gewährung eines Pefuliums innerhalb der väterlichen Gewalt selbständiger zu machen, machen wir, ja machten es bereits die Byzantiner durch Gewährung eigener Birthschaft von der Gewalt selbst frei⁴⁾. Allerdings wäre daneben noch Raum für ein Pefulium: in Gestalt von kleineren oder größeren Vermögenscomplexen, welche dem Kinde ohne die Absicht der Emancipation eingeräumt würden⁵⁾; allein da das Hauptmotiv zu demselben fehlte, kam es überhaupt nicht in Uebung.

ad 2. Die Frage, ob das Kind (von Pefulien abgesehen) auch heutigen Tages weder oneros noch lucrativ vom Vater erwerben könne, pflegt in der allgemeineren Fassung vorzukommen: ob Rechtsgeschäfte zwischen ihnen vorkommen können? Diese letztere Frage ist von Windscheid (Band. §. 519. vgl. §. 484 Anm. 2), wie wir aus S. 601. S. 658 wissen, noch für das neuere römische, um so mehr für das heutige Recht bejaht worden. Allein seine Meinung beruht in der bereits oben (§. 457 Ziff. 5) widerlegten Vorstellung, als ob Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind wegen Vermögenslosigkeit oder Vermögensunfähigkeit des Kindes unmöglich gewesen seien.

Nicht einmal das irreguläre, geschweige denn das reguläre Adventizgut gewährte die Möglichkeit der fraglichen Geschäfte (S. 658). Ältere und neuere Schriftsteller haben dieselbe denn auch aus anderen Gründen zu deduciren gesucht. So sagen Viele: „Die erdichtete Einheit zwischen Vater und Kindern ist in Deutschland nicht zu gebrauchen, es gelten also Verträge zwischen ihnen“⁶⁾. Allein abgesehen davon, daß sie statt einer unitas personae eine unitas personarum als den Grund

4) Bd. I §. 49 Anm. 6 und Zachariä v. L., Gesch. des griech.-röm. Rechts (2. Aufl.) Anm. 278 und 289.

5) Windscheid a. a. O., jedoch Seuffert, Band. III §. 486 Anm. 2.

6) Glück, Comm. Bd. II S. 272 Anm. 45 u. 46 und die dort Agff.; Beseler, Syst. d. gem. d. Privatrechts §. 135 II Anm. 12 und die dort Agff.; Stölzel, d. Recht d. vät. Gewalt in Preußen §. 9 und Dernburg, Band. III §. 32 Anm. 10 u. 11.

der römischen Satzung hinstellen (S. 600), heben sie mit einem Schlag das römische Hausgüterrecht auf; was das für ein Vermögen sei, kraft dessen das Kind mit dem Vater handle, oder zu was für einer Art von Kindesvermögen diese Geschäfte führen, bleibt ungefragt und unerwogen; ohne weiteres wird der Satz, kraft dessen das Kind (vom peculium castr. und quasi castr. abgesehen) vom Vater nichts erwerben kann, umgestoßen, und bald stillschweigend bald ausdrücklich ein Adventizgut statuirt, das seinem Namen und Begriff entgegen ebensowohl vom Vater als extrinsecus herrühren kann. Das lässt sich alles begreifen; unbegreiflich aber bleibt es, wenn dieselben Schriftsteller nebenher und gleichzeitig sich unbedenklich für die Reception des römischen Gütersystems aussprechen⁷⁾. — Radikaler ist von Anderen die Reception der *patria potestas* und so denn auch die vermögensrechtliche Seite derselben überhaupt in Abrede gestellt, und damit der Grund für die Möglichkeit unserer Geschäfte tief genug gelegt worden⁸⁾. Allein das Gegentheil davon ist schon in einer Glossa zum Sachsen-Spiegel und von den Consultatoren der constitt. Saxon. bezeugt⁹⁾. Die Praxis weist zwar eine Anerkennung gewisser Geschäfte zwischen Vater und Kind auf; allein es sind das Geschäfte, welche sich mit dem römischen Rechte wohl in Einklang bringen lassen, — die Muttergutsauszeigung und Abschichtung zwischen Vater und Kind nämlich, und der Gutsverkauf oder die Gutsübergabe an das Kind. Letztere enthält stets zugleich eine *separatio* d. i. die deutsch-rechtliche Emancipation des Kindes aus der väterlichen Gewalt¹⁰⁾. Allerdings beginnt diese Handlung noch während der väterlichen Gewalt¹¹⁾; allein im Moment ihrer Perfection ist das Kind auch schon frei. In jenen anderen Geschäften aber handelt es sich theils um die Constatirung, theils um die Verabsolvung eines Vermögens, welches dem Kinde von seiner

7) Cf. üb. a. a. D. S. 234. 256 257. 269—271.

8) Thomasius, diss. de usu pract. tituli Instit. de patr. pot. Halle 1712. cap. 2 §§. 9. 14 sqq.

9) vgl. Titius (citirt oben §. 457 Anm. 36), §. 55. §. 56.

10) J. B. Berger, oeconomia juris lib. I tit. 3 cap. 16.

11) Titius l. c. §. 56.

Mutter her gebührt oder gehört, oder „versangen“ war, um ein Adventizgut, in dessen Auszeigung oder Ausantwortung der Vater, eben weil es nicht von ihm erworben wird, mehr im Namen der Mutter als im eigenen mit dem Kinde handelt.

Wir müssen nach all' dem auf der Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kind beharren, und können Ausnahmen von derselben weder auf Grund des regulären noch des irregulären Adventizgutes zulassen¹²⁾.

ad 3. Der Satz, daß der suus heres seinen Gewalthaber ipso iure beerbe, ist mancher Aufsechtung ohngeachtet auch für uns gütig¹³⁾.

2. Die eheherrliche Gewalt.

§. 467.

Nebenhaupt.

Gerade die Juristen pflegen neuerlich zu behaupten, daß die Ehe „an sich“, oder „ihrem Wesen nach“, oder „der Hauptsache nach“ oder „zunächst“ und „zum größten Theile“ kein juristisches, sondern ein natürlich-sittliches Verhältniß sei¹⁾. Ihrem deutschen Namen nach ist sie umgekehrt etwas wesentlich Rechtliches²⁾, und das ist sie in der That denn auch ihrem Begriffe nach, sowohl nach dem des weltlichen als des kirchlichen, des römischen wie des heutigen Rechtes. Denn obschon ihrer Gattung nach — wie andere Institute z. B. die väter-

12) An Auctoritäten für diese Ansicht hat es denn auch in keiner Zeit gefehlt; für die ältere vgl. L. F. Griesinger, Comm. zum würt. Landr. Bd. 4 §. 271 not. c und d, die bei Glück a. a. O. S. 272 Anm. 47 Agff.; für die neuere Puchta, Pand. §. 438 not. b und g. Bangewow, Pand. §. 237 Anm. 2. Sintenis, gem. Civilr. §. 142 Anm. 8. Arndts Pand. §. 435 (s. jedoch hier oben §. 465 Anm. 7).

13) Glück a. a. O. S. 274 und hier oben S. 44. S. 181.

1) Puchta, Pand. §. 411. Arndts, Pand. §. 393a. Savigny, System I S. 350 vgl. S. 347 oben. Windscheid, Pand. §. 490. Esbach, Grundsätze des Pandr. §. 461. Gerber, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. N. F. XII S. 199. Doch nur die Legisten, nicht auch die Canonisten, wie Eichhorn, Kirchenrecht, 5. Buch, Abschn. 3, Kap. 1. I. Schulte, Lehrb. des kath. Kirchenr.'s §. 125 II. Unerbschieden Richter, Kirchenr. §. 266. Dagegen im Einklang mit dem obigen Text Dernburg, Pand. III §. 5 S. 7.

2) Grimm, Rechtsalterthümer S. 417.

liche Gewalt auch — auf natürlich-sittlichem Zwecke beruhend, ist sie im Einzelnen doch leicht der Natur wie der Sitte entgegen, und aber dennoch Ehe — dennoch, weil sie wesentlich rechtlicher Natur ist, und die Bedingungen dieses ihres Da-seins vorhanden sein können, ohne daß sie dem Zweck der Ehe entspricht.

Etwas wesentlich rechtliches sind vor allem die Voraussetzungen der Ehe: das Connubium (eine Art Rechtsfähigkeit — Bd. I §. 43 vgl. §. 52 eingangs), und die Heirat (eine Art Rechtsgeschäftes — §. 42). Wesentlich rechtlich ist die Ehe selbst. Denn die Ehe ist ein Bündniß³⁾, kein blos faktisches Verhältniß wie der Confubinat⁴⁾. Gleich jedem anderen Bündnisse, von der Societät aufwärts bis zum Staatenbunde, besteht auch der Ehebund in nichts anderem als gegenseitigen Rechten der Genossen⁵⁾. In der eheherrlichen Gewalt sind, wie sich §. 468 und §. 469 zeigen wird, die ehelichen Rechte sämmtlich begriffen.

Wie die Ehe selbst sind endlich auch die Wirkungen der Ehe, woferne wir von den sakramentalen des Glaubens abschehen, nur rechtliche. Denn nicht das Naturding der Fortpflanzung, sondern die Rechtswirkung des echten und rechten Nachwuchses (legitima suboles), Kinder die den Namen, das Geschlecht, das Vermögen des Vaters fortsetzen (§. 460 Anm. 5), sind der Ehe wesentlich. Noch greifbarer ist die väterliche Gewalt, welche zwar nicht blos, aber hauptsächlich aus der Ehe entspringt, ein Recht.

§. 468.

Manus.

Dafür daß die Ehe etwas wesentlich rechtliches ist, nur in Rechten besteht, und diese sich in der eheherrlichen Gewalt zusammenfassen, würde nichts bündiger sprechen als wenn das

3) foedus: l. 7 C. revoc. don. 8, 55 (56); societatis species: Donellus, comm. de jure civ. lib. 13 cap. 21 §. 1.

4) vgl. l. 1 D. r. n. 23, 2 mit der consuetudo und dem contubernium in l. 10. l. 5 C. nat. lib. 5, 27. cf. l. 144 D. v. s. 50, 16.

5) Puchta, Band. § 412: „Die Ehe als Rechtsverhältniß ist ein Recht jedes Gatten an der Person des anderen.“

Ding, welches die historischen Quellen Manus nennen, nicht neben der Ehe, sondern die Ehe selbst war. Denn daß die Manus gleich der patria potestas ein Recht, oder Inbegriff von Rechten war, kann nicht in Zweifel gezogen werden.

Fehlt es jener anderen Ansicht, nach welcher die Manus neben der Ehe bestund¹⁾, nun gleich nicht an Anhaltspunkten²⁾, so spricht doch ein mehreres für die alte und gemeine Ansicht³⁾, daß sie die Ehe selbst war⁴⁾. Denn außerdem würde sie

1. wenn ein filiusfamilias verheiratet war, ohne Zweifel dem paterfamilias zugestanden haben; nun stand sie aber dem filiusfamilias selbst zu⁵⁾.

2. Das Geschäft, aus welchem die Manus-Ehe entsprang, war überall nichts anderes als Eheschließung, Heirat. Bezuglich der confarreatio kann kein Zweifel sein. Allein auch die in manum conventio per coëmptionem bestand nach allem was überliefert ist, in nichts anderem, als in einem gegenseitigen Kaufe, durch den Zedes des Anderen werden sollte, Er als pater-, Sie als materfamilias. Da kommt nichts von einer Mancipation blos der Frau⁶⁾, oder ihres Vermögens⁷⁾ vor;

1) Böcking, Pand. Bd. I Anhang VI Ann. 9. Auch nach Voigt, XII Tafeln Bd. II S. 323 „bietet die manus an der Ehesfrau keineswegs eine juristische Construction der ehemännlichen Gewalt“; andererseits sei aber in der älteren Zeit auch nicht „neben“ der manus des pf. die ehemännliche Gewalt zum eigenen Rechtsverhältniß construirt worden. S. ferner daselbst S. 705 sq.

2) Gaj. I, 114. I, 137.

3) welche noch von Klenze, die Freiheit der Ehescheidung, Zeitschr. f. gesch. R. W. VII S. 34 unten, festgehalten ist.

4) gegenüber §. 456 Ann. 2, a ist sie Manus engeren Sinnes.

5) Gaj. I, 148. II, 159. III, 3. 41. Ulp. XXII, 14. Pernice, La-beo I S. 159 Ann. 4. Mandry, Familiengüterr. I S. 9 Ann. 3 sieht hierin nur „Sprachgebrauch“, Voigt, a. a. O. §. 100 Ann. 6 „die jüngere Theorie“, wahrscheinlich in der Ansicht, daß manus (engeren Sinnes) und Ehe gewissermaßen zusammenfallen. Nach Thering, Geist d. r. Rechts II §. 32 Ann. 273 hatte der ff. an der ihm zugeschriebenen manus „Nichts“. Das hier unten §. 469 Ziff. 2 genannte Stück Manus ist nicht Nichts; es stand dem ff. zu, obzwar es vorerst nicht seine, sondern seines Gewalthabers Familie ist, die er fortpflanzt. Wenn ferner nach dem Tode des pf. der Sohn und Ehemann die manus hat, so ist diese seine manus nicht durch jenen Tod begründet, sondern es ist damit nur eine ihrer Voraussetzungen, die Gewaltfreiheit des Erwerbers erfüllt worden. Vgl. §. 460 Ann. 25 g. E., jedoch auch Bd. I §. 74 Ann. 8 u. 9.*

6) Huische, Studien I S. 185 sq.

7) Böcking, Pand. §. 46 Ann. 23.

nur die Personen, aber beide gegenseitig sind Kaufs- d. i. Erwerbsobjekt; sie machen sich eines des Anderen zu eigen, im Sinne jenes höheren, allgemeineren Eigenthumes, in dem das Kind des Vaters, der Gatte des Gatten ist⁸⁾. Sie machen sich eines des anderen zu eigen, nicht schlechthin; sondern, wie der paterfamilias sein Kind nur adiecta causa, d. i. als filiusfamilias vindicirt (§. 458. a), so erwirbt Sie sich den Mann als pater — Er die Frau als materfamilias⁹⁾. Diese gegenseitige qualificirte Zueignung ist nichts anderes als Heirat, und heißt Heirat¹⁰⁾, unmittelbar aus ihr und lediglich aus ihr entsprang die Manus¹¹⁾.

3. Nichts in der Manus geht über den Begriff oder das Wesen einer Ehe hinaus: nicht der Umstand, daß sie nur an Frauenspersonen möglich ist¹²⁾; nicht der, daß sie Recht des Mannes, ein Zweig seiner Hausherrschaft, und ihr zufolge die Frau dem Manne unterthan ist¹³⁾, noch der: daß vermittelst derselben die Frau den Namen und die Familie des Mannes theilt, und darin Kindesrechte hat¹⁴⁾ — wird doch erst dadurch die Definition der Ehe als einer divini et humani iuris communicatio (l. 1 D. r. n. 23, 2) wahr.

4. Endlich war eine Ehe nach Art der Manus die noth-

8) Th. Mommsen, röm. Forschungen I S. 5 Nr. 1. Oben §. 456 Ann. 4.

9) — an sibi mulier materfamilias esse vellet? — an vir sibi paterfamilias esse vellet? Boeth. in Top. 3, 14. Serv. in Aen. IV, 214.

10) — et vocabantur hae nuptiae per coëmptionem. Boeth. l. c. Serv. l. c.

11) Ille respondebat: velle. Itaque mulier viri conveniebat in manum — Boeth. l. c. Serv. l. c. — Annähernd Karlowa, die Formen der römischen Ehe und Manus, und Leist bei Güld, Bücher 37. 38. IV, S. 328, abweichend Hölder, röm. Ehe (1874) S. 21 fg. und Ann. 6 u. 7, wonach Käufer ist allein die Frau, diese sich in die Familie des Mannes einfaust, und wieder anders Voigt, XII Tafeln II S. 698 fg., wonach die coëmptio sich aus zwei solennen Acten zusammenfäßt, aus einer mancipatio und einer interrogatio, auf welch letztere allein die Stellen von Boeth. und Serv. zu beziehen seien. Dagegen bei der mancipatio sei der Bräutigam nur Subject, die Braut nur Object des Kaufs, welcher von Ersterer als Käufer und vom Gewalthaber bezw. Tutor der Braut als Verkäufer vollzogen werde. Vgl. hiermit Leist a. a. D. S. 333.

12) Gaj. I, 109.

13) Gaj. I, 118.

14) vgl. Mommsen a. a. D. Gaj. I, 114.

Brinz, Pandeten III. 2. 2. Aufl.

wendige Folge einer Heirat, welche per coëmptionem erfolgte. Denn erwarb sich oder bekam hier die Frau den Mann als paterfamilias, dann mußte sie folgerecht in die Subjektion wie das Recht eines Kindes eintreten. Bekam umgekehrt Er sie als materfamilias, so ward sie dadurch von wirklichen Töchtern unterschieden und ausgezeichnet.

Die gegentheilige Meinung kann sich darauf berufen, daß die Manus auch ohne Ehe vorkam: sei es daß die coëmption selbst nicht matrimonii sondern fiduciae causa stattfand¹⁵⁾; sei es daß sie matrimonii causa stattgefunden, die Frau dann aber die Ehe gekündigt hatte¹⁶⁾. Allein was zunächst die letztere Erscheinung anlangt, so folgt daraus, daß bei formloser Trennung der Ehe die Manus noch stehen blieb, mit nichts, daß diese Manus nicht Cherecht war; wie quiritisches Eigen bei formloser Veräußerung, konnte quiritisches Cherecht bei formloser Scheidung übrig bleiben. Was aber die Manus aus einer fiduciae causa contrahirten coëmptio betrifft, so ist zwar so viel gewiß, daß sie nicht matrimonii causa, mithin nicht um einer wirklichen Ehe willen gegründet war; allein daraus folgt noch nicht, daß diese coëmptio und diese Manus auch der Idee, oder dem Schein und der Form nach keine Heirat und keine Ehe waren; sie können — so gut als die mancipatio ein Scheinauf, und der spätere familiae emtor ein Scheinerwerber — immerhin Scheinheirat und Scheinehe gewesen und also statt eines Gegenbeweises ein Zeugniß dafür gewesen sein, daß man sich die Manus anders denn als Ehe gar nicht zu denken vermöchte¹⁷⁾.

§. 469.

Die schwächere Gewalt.

Die s. g. freie Ehe des römischen Rechtes hat in diesem zwar nicht mehr den Namen eines Rechtes oder einer Gewalt; allein daraus folgt noch nicht, daß ihr auch das Wesen und

15) Gaj. I, 114. 115b. 118. 136.

16) Gaj. I, 137a.

17) Vgl. Karlowa, a. a. O. §. 17 besonders Anm. 210.

die Bedeutung einer solchen abgehe. Auch sie bedeutet einen Bund zwischen Mann und Frau¹⁾; auch in ihr gibt es gegenseitige Rechte und Pflichten der Gatten als solcher. Allein unter den Begriff einer obligatio oder mutua obligatio²⁾ lassen sie sich so wenig beugen, wie das Kindes- und Vormundschaftsverhältnis. Ueberhaupt sind sie keine Vermögensrechte. Familienrechtlich ihrem Charakter, Grund und Inhalt nach wurzeln sie noch immer in einer Gewalt des Mannes, die mit der Manus verglichen zwar von schwächerer Art, aber immer noch eine Herrschaft über die Frau³⁾, oder eheherrliche Gewalt ist⁴⁾.

I. 1. Eine Folge, damit ein Beweis der auch in der freien Ehe fortdauernden Gewalt liegt in dem Umstand, daß auch hier die Frau den Stand des Mannes theilt⁵⁾. Das ist eine Erscheinung, welche so wenig wie das Kindesverhältnis in der Manus, oder die Gemeinschaft des Namens in der heutigen Ehe⁶⁾ als ein beliebiges sonstiges Recht, sondern nur als Folge einer Subjection ihrer Person selbst gedacht werden kann. Nicht in die Familie, aber in den Stand des Mannes tritt die Frau noch immer ein; wie der Eintritt in die Familie, ist der in den Stand des Mannes eine Subjection. Aus dieser wird auch

1) I. 1 D. r. n. 23, 2: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

2) wie Donellus, comm. de j. civ. lib. 13 cap. 21 cf. cap. 18 §. 2 in fin. gewollt hat.

3) quae se ipsam marito committit — I. 8 C. pact. conv. 5, 14 und diesem receptam reverentiam schuldet: I. 14 §. 1 D. sol. matr. 24, 3, cf. I. 32 §. 2 D. cond. ind. 12, 6. S. auch oben Bd. I §. 41 Anm. 5.

4) Oben §. 456 g. E. Uebereinstimmend Sohm, Institutionen §. 80 und danach Puntshart, fundamentale Rechtsverhältnisse S. 127 und Wendt, Pand. §. 293 a. E. §. 298 a. Ans. Dagegen Dernburg, Pand. III §. 6 S. 9 erklärt die obige Auffassung für „eine Verkenntnis des historischen Gangs der Dinge“. Aber wenn er unter Hinweis auf mehrere der nachfolgenden Indizien oder Bestandtheile der eheherrlichen Gewalt dem Ehemann „die Führung der ehelichen Gemeinschaft“ zuschreibt, so scheint solche Führung von der hier angenommenen schwächeren Gewalt nicht wesentlich verschieden zu sein.**

5) I. 8 D. senat. 1, 9. I. 9 C. incol. 10, 40 (39). I. 13 C. dignit. 12, 1. S. ferner Windscheid, Pand. §. 490 Anm. 12.

6) wegen der Gemeinschaft des nomen in der römischen Ehe s. Mommsen, Staatsrecht III S. 35 und S. 36.

der Rechtssatz abzuleiten sein, daß die Frau dem Domizil des Mannes folgt ⁷⁾, als dem domicilium matrimonii ⁸⁾.

2. Ein Stück Manus währt ferner fort in der Befugniß und Macht des Mannes, durch die Frau seine Familie fortzupflanzen. Sie selbst ist nicht mehr in dieser Familie; allein Grund und Quelle derselben ist sie nach wie vor, gleichwie ein Endpunkt ihrer eigenen ⁹⁾, insoferne noch immer materfamilias ¹⁰⁾. Obwohl nicht mehr die Manus selbst, so waltet hierin noch immer eine Gewalt, weil eine Subjection der Person selbst vor ¹¹⁾. — Uebrigens nur auf Fortpflanzung der Familie geht das Recht des Mannes; daß ihm die Frau nicht libidinis, sondern nur liberorum quaerendorum causa untersteht, und daß sie ihm nur echte und rechte Kinder gebären kann, Kinder die seinen Namen, sein Geschlecht und sein Vermögen fortsetzen — das ist die Würde der Frau ¹²⁾. Auch ist das in Rede stehende Recht des Mannes keine bloße Befugniß zur Kinderzeugung, die auch dem Concubinate nicht versagt war ¹³⁾, sondern die rechtliche Macht, durch Kinderzeugung seine Familie fortzupflanzen — eine Macht, die nur dem Ehemanne und nur durch die Ehefrau gegeben war. Um dieser Macht willen ist denn auch die Befugniß der Kinderzeugung eine exclusive, und bei dem Interesse das der Staat selbst an der Reinheit der Familie nimmt ¹⁴⁾, ihre Verlezung (durch den

7) I. 65 D. jud. 5, 1. 1. 38 §. 3 D. ad municip. 50, 1. 1. 9 C. incol. cit. 1 13 C. dignit. cit. S. ferner Windscheid a. a. D.

8) I. 5 D. r. n. 23, 2.

9) Mulier autem familiae suae et caput et finis est. I. 195 in fin. D. v. s. 50, 16. Zur Ausdeutung s. vorzüglich Hölder, röm. Ehe S. 14.

10) wenngleich dieser Name der in der familia selbst befindlichen Frau einst vorbehalten war: Cic. top. c. 3 cf. I. 28 (29) C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. 1. 1 pr. D. de concub. 25, 7. Vgl. Bd. I §. 41 Ann. 2 u. 3 und Voigt, XII Tafeln Bd. II §. 158 Ann. 4. Mommsen, röm. Staatsr. III S. 10 Ann. bezieht familia in pf., ff. und materfamilias auf das Hausswesen (Gefinde und Vermögen).

11) Zustimmend Hölder, röm. Ehe S. 12 u. 43 Ann. 2.

12) uxor enim dignitatis nomen est, non voluptatis — Spartanus, Ael. Verus cap. 5. Nisi ad hoc dentur, ad hoc accipiatur uxores (sc. liberorum procreandorum causa), quis sana fronte dat filiam suam libidini alienae? Augustini sermones 51 c. 13.

13) I. 35 (34) pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

14) I. 1 D. solut. matr. 24, 3. I. 1 §. 13 D. de insp. ventre 25, 4.

Dritten und die Frau) ein Verbrechen¹⁵⁾; um ihretwillen Famie gegen denjenigen, der eine Wittwe binnen der Trauerzeit heiratet, verheiratet, heiraten lässt (§. 471 Anm. 17), sowie die Wartefrist für die geschiedene Frau¹⁶⁾, und das Edictum und Rescriptum de inspicio ventre custodiendoque partu aufgestellt¹⁷⁾.

In diesem Rechte des Mannes liegt das der ehelichen Gewalt eigene Wesen: daraus entsprang von altersher ein Kriterium, ein Beweis für den Abschluß der (freien) Ehe¹⁸⁾. Denn da dieser an keine bestimmte Form gebunden¹⁹⁾, vielmehr überall vorhanden war, woferne die Uebereinkunft des erforderlichen Willens irgendwie zum Ausdrucke gelangte²⁰⁾, so fragte sich, worin denn dieser erforderliche Wille bestehet? Man konnte nun wohl sagen, daß er auf Ehe gerichtet, „affectio maritalis“ da sein müsse; allein diese Definition setzte den Begriff der Ehe als bekannt voraus, und würde für den Fall, daß die Willenseinigung ohne den Ausdruck „Ehe“ vor sich gegangen wäre, nicht ausreichend gewesen sein. Hiernach ward (wie beim animus possidendi Bd. I §. 135 Anm. 20 sq.), die Hervorfehrung eines Merkmals nothwendig, durch welches sich die Ehe von allen anderen Geschlechtsgemeinschaften, insonderheit vom Conkubinate unterscheidet. Es ist dies aber eben jene oben erörterte familien- oder hausmütterliche Bedeutung der Frau. Maritalis affectio ist darum das Verlangen nach derjenigen Geschlechtsgemeinschaft, aus welcher die Fortsetzung der Familie hervorgehen soll. Nur sie war nothwendig, wo die Verbindung zwis-

15) D. ad leg. Jul. de adult. coercendis 48, 5. C. ad leg. Jul. de adult. et de stupro 9, 9.

16) I. 8 §. 4 in fin. C. repud. 5, 17 — nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, permittimus facultatem.

17) I. 1 §. 10 und pr. D. h. t. 25, 4.

18) Der vorstehende Satz ist in Befolgung einer handschriftlichen Notiz des Verfassers gegenüber der ersten Auflage etwas verändert worden.

19) I. 66 pr. in fin. D. don. i. v. et u. 24, 1. Gaj. Epit. I, 4 pr. I. 8 pr. C. rep. 5, 17. Oben Bd. I §. 42 Anm. 3. 4. 13.

20) I. 31 pr. D. donat. 39, 5 — an maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium. cf. I. 3 §. 1 D. don. i. v. et u. 24, 1 — quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.

ischen Mann und Frau Ehe sein sollte. Sie pflegte bei den Römern aber auch typisch zum Ausdruck zu kommen, als Erklärung des Mannes, die Frau „liberorum quaerundorum causa“ heimführen zu wollen²¹⁾.

3. Ein dritter Bestandtheil unserer Gewalt ist das Recht des Mannes, die Frau bei sich zu haben²²⁾ — immer noch eine Art Besitzrechtes (S. 593. 594. 605) wie persönlicher Subjection der Frau. Darum pflegt

a) nicht nur heute noch das „Heimführen der Braut“ das erste Geschäft des Mannes nach Abschluß der Ehe und Feier der Hochzeit zu sein, sondern scheint diese Handlung bei den Römern nach einigen Stellen einmal zur Eheschließung selbst mitgehört zu haben²³⁾;

b) ein interdictum de uxore exhibenda und ducenda wider Dritte, welche die Frau wider deren Willen zurückhalten, oder deren Heimführung vereiteln wollen, steht dem Manne auch bei der freien Ehe, namentlich auch gegen den Vater der Frau zu²⁴⁾; von einem Rechtsmittel gegen die Frau, welche die Heimkehr selbst ablehnt, ist, zum Unterschiede von dem entsprechenden Falle bei der väterlichen Gewalt (S. 609), keine Rede, ohne Zweifel deswegen, weil eine derartige wenn nur beharrliche Weigerung der Frau mit der Aufzäugung der Ehe zusammenfiel²⁵⁾, und diese einseitig der Frau nicht minder als

21) Savigny, über die erste Ehescheidung in Rom, Verm. Schr. I S. 84 fg., wo auch die Belege; Ch. U. Gruppen, tract. de uxore Romana. Hannover 1727 p. 309. Vgl. auch Czyhlarz, röm. Dotalerecht S. 10 Anm. 4^a und Voigt, XII Tafeln §. 157 Anm. 1.

22) f. d. B. penes se detinere in l. 29 (30) §. 2 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. Vgl. l. 4 §. 1 D. de usu 7, 8.

23) oben Bd. I §. 42 Anm. 1 u. 2. l. 5. l. 6 D. r. n. 23, 2. l. 6 C. de don. ante nupt. 5, 3 cf. l. 24 C. de nupt. 5, 4 — wogegen l. 66 pr. D. don. i. v. et u. 24, 1. Gothofr. ad c. 6 C. Th. de tironibus 7, 13. Vgl. auch Voigt, XII Tafeln §. 158 Anm. 23.

24) l. 2 D. de lib. exhib. 43, 30 — de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur. l. 11 C. de nupt. 5, 4. l. 3 C. de lib. exh. 8, 8 (gegen deren Beweiskraft Schmidt, Interdictenverfahren S. 325 Anm. 3). S. ferner oben §. 458 bei Anm. 32 und 33, sowie Demelius, Exhibitionspflicht S. 250 Anm. 1, Lenel, Edictum S. 391 Anm. 4.

25) vgl. l. 3 in fin. l. 8. l. 10 D. div. et repud. 24, 2. l. 5 §. 1 C. de repud. 5, 17: Invitam autem ad maritum redire nulla juris praecepsit constitutio. Wegen des abweichenden heutigen Rechts f. Windeck, Band. II §. 490 Anm. 2.

dem Manne gestattet war (Bd. I §. 45). Folgerecht muß da, wo die Frau sich ausnahmsweise nicht wider Willen des Mannes von diesem trennen konnte, wie wenn der Patron seine Freigelassene geheiratet hatte²⁶⁾, jenem ein Rechtsmittel gegen diese gleichwohl zugestanden haben. — Soweit daß die Frau dem Manne auch an den Ort der Strafe folgen müßte, geht unser Recht übrigens nicht²⁷⁾.

4. Abgesehen von dem liberorum quaestus ist ein Gebräuchsrecht als Befugniß zur Verwendung der Frau für die zum Unterhalt und Wohlstand der Familie nöthigen Arbeiten (S. 595. 2) jedenfalls in der Manus, ohne Zweifel aber auch in der eheherrlichen Gewalt der freien Ehe enthalten. Denn eine Freigelassene, welche bis dahin ihrem Patronus Dienstleistungen schuldet, wird in dem Augenblicke, da sie mit dessen Einwilligung heiratet, und auf so lange sie verheirathet ist, jener Verpflichtung ledig, und steht nunmehr, anstatt in officio patroni, in officio mariti²⁸⁾; man darf wohl beifügen, anstatt im Dienste des Patrons in dem des Gatten²⁹⁾. Allerdings konnte die Frau auch dieser Anforderung durch einen Scheidebrief entgegentreten; allein anderseits wird die Verweigerung häuslicher und standesgemäßer Arbeit zu den mores leviiores gezählt, und sich dadurch das bezügliche Recht des Mannes trotz des freien Scheidungsrechtes auch praktisch bewährt haben³⁰⁾. Im neueren Rechte kommt jene Weigerung als Scheidungsgrund für den Mann allerdings nicht vor, allein umgekehrt auch die Anforderung und Anhaltung zu Diensten und Arbeiten nicht als Scheidegrund für die Frau³¹⁾.

5. Auch der Frau gegenüber ist die Hausherrschaft eine Befehlshaberschaft (vgl. §. 457 bei Anm. 9), nicht blos in Unbetracht

26) 1. 10. 1. 11 D. div. et repud. 24, 2. 1. 45 D. r. n. 23, 2. Daß sich die liberta nicht einseitig vom Patron scheiden konnte, scheint nur der Möglichkeit eines Rechtsmittels Raum zu geben.*

27) über diese alte Controverse Glück Comm. VI S. 278 fg. Vgl. ferner Dernburg, Band. III §. 6 Anm. 5.

28) 1. 14. 1. 48 pr. D. op. lib. 38, 1.

29) Donellus, comm. de jure civ. lib. 13 cap. 21 §. 12 und Dernburg a. a. D. Anm. 9.

30) Ulp. VI, 12.

31) 1. 8 §. 2. §. 3. C. repud. 5, 17.

der bis jetzt genannten Besugnisse und Machtvollkommenheiten, sondern als Quelle der Hausordnung überhaupt. Speziell diese Befehlshaberschaft ist anderwärts als die eheliche Gewalt definiert worden³²⁾. Ein Büchtigungsrecht aber steht ihr nicht zur Seite; vielmehr bilden „verbora“ einen Scheidungsgrund zu Gunsten der Frau³³⁾. Nach Nov. 117. cap. 14 cf. 9 soll eine derartige Mißhandlung³⁴⁾ zwar keine Scheidung, sondern nurmehr eine Vermögensstrafe begründen, ja der Mann sogar straflos sein, wenn er sich aus Ursachen hinreißen ließ, welche ihn zur Scheidung berechtigen; allein Straflosigkeit macht das Unrecht noch nicht zum Recht.

Auch von einer Strafgewalt wegen gemeiner Vergehen ist in der freien Ehe keine Rede mehr; das beschränkte Recht der Tötung und Gefangenhaltung wider den Ehebrecher³⁵⁾ geht über die Frau hinweg; wider die ehebrecherische Frau selbst hat der Mann in unseren Quellen nur ein bevorzugtes Anklagerecht³⁶⁾.

6. Trotz der Unterordnung und Hingebung der Frau, auf welche der Mann auch in der freien Ehe berechtigt ist, kommt es hier doch nicht zu jenem Grade der Subjection, wonach die unterworfsene Person alieni iuris homo ist, und also der Geltung eines selbständigen Subjectes entbehrt (vgl. §. 457 nach Anm. 28). Darum hat

- a) der Mann keine Disposition über die Person der Frau, wie sie die Manus und p. potestas allerdings gewähren³⁷⁾; —
- b) die Frau kann eigenes Vermögen haben und ohne den Mann darüber verfügen³⁸⁾; —

32) Glück, Comm. XXIV S. 382.

33) I. 8 §. 2 C. repud. 5, 17 cit.

34) Si quis autem propriam uxorem flagellis (*μάστιξιν*) aut fustibus (*ξύλοις*) ceciderit —.

35) I. 25 (24). I. 26 (25) D. ad leg. Jul. de adult. coërc. 48, 5. Nov. 117 cap. 15 und daraus Auth. zu I. 29 (30) C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9.

36) iure mariti accusare: Collat. IV, 4 sqq. I. 29 (30) §. 2 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. I. 23 (22) §. 4 D. eod. 48, 5 cf. I. 3 §. 3 D. de SC. Silan. 29, 5: Si . . . in adulterio deprehensam occidat . . . ignoscitur ei — s. dagegen für die ältere Zeit Gell. N. A. 10, 23.

37) Gai. I. 118. 148.

38) I. 6 C. de revoc. don. 8, 55 (56).

c) mit Ausnahme der zwischen Mann und Frau gewohnheitsrechtlich verbotenen Schenkungen (D. 24, 1. C. 5, 16; unten §. 493 Ziff. 5) sind Rechtsgeschäfte jeder Art zwischen Mann und Frau möglich.

Vermögensrechtliche Selbstständigkeit der Frau schließt die Möglichkeit einer Gütergemeinschaft zwischen Mann und Frau noch nicht aus; und Donellus hat, um der *divini et humani iuris communicatio* in l. 1 D. r. n. 23, 2 gerecht zu werden, auch etwas von einer solchen nachzuweisen gesucht³⁹⁾; allein aus all den Argumenten, die er beibringt, folgt nur, daß den Ehegatten bis auf ein gewisses die Befugniß zu gemeinschaftlichem Gebrauch des beiderseitigen Vermögens zu steht, und, was mehr ist, daß diese Gebrauchs- und Nutzungsbeifugniß nicht kraft der Ehe, sondern nur auf Grund gegenseitiger Erlaubniß oder Zulassung, mithin auch nur bis zu deren Zurücknahme zusteht⁴⁰⁾. Kommt doch *societas omnium bonorum* auch unter Eheleuten nur durch eigenen Contract zu Stande⁴¹⁾. Aber je vollständiger die Ehe ihrem Zwecke entspricht, desto vollständiger, ununterbrochener und umfassender wird auch jene gegenseitige Zulassung sein, und so denn auch die freie Ehe die Gestalt einer Vermögensgemeinschaft annehmen, ohne daß sie selbst und an sich eine solche ist⁴²⁾; in diesem Sinne konnten Nerva und Cassius die Frau mit Recht als *domina* auch über das Vermögen des Mannes betrachten; zu weit gegangen aber war es, wenn sie daraus auf eine Unmöglichkeit des *furtum* unter Ehegatten schlossen; denn sonst wäre auch „Entwendung“ (*res amotae*)

39) *Comm. de iure civ. lib. 13 cap. 21 §. 10. §. 11.*

40) I. 8 C. pact. conv. tam super dote 5, 14 — nullo modo . . . muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere. cf. I. 14 C. de J. D. 5, 12.

41) §. 469 unten der ersten Aufl. und oben Bd. II §. 335 Anm. 4. 7 und 40.

42) I. 1 §. 15 D. de SC. Silan. 29, 5 — quamquam neque viri servi proprie uxoris dicantur neque uxoris proprie viri: sed quia commixta familia est et una domus est, ita vindicandum atque in propriis servis — cf. I. 31 §. 10. I. 28 §. 2. I. 18 D. don. i. v. et u. 24, 1. Plaut. Cas. II, 2, 26–30. Vgl. auch unten §. 491 nach Anm. 7.

unter ihnen unmöglich gewesen; ihre Ansicht ward denn auch von Anderen verworfen^{43).}

So wesentlich besteht nach dem Rechte der freien Ehe Getrenntheit des Vermögens, daß selbst dasjenige, was um der Ehe, mithin um dieser Gemeinschaft willen von Seite der Frau in diese eingebracht wird (dos §§. 472 fgg.), kein Gemeingut der Gatten wird. Zwar heißt es von diesem Gute noch in classischer Zeit: *quamvis in bonis mariti sit, mulieris tamen est* — (l. 75 D. j. d. 23, 3), und vollends in der letzten: daß eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio (l. 30 pr. C. j. d. 5, 12); allein ein Irrthum wäre es, diese Duplicität des Anrechtes als ein condominium der Ehegatten zu denken und mit der Gemeinschaft der Ehe in Verbindung bringen zu wollen; vielmehr ist es eine Duplicität der Zwecke, welche die Duplicität des Rechtes mit sich gebracht hat.

Denn sollte die Dos je einmal einzig um der Ehe, und zwar um der concreten Ehe mit diesem Manne willen bestanden haben und in dieser Eigenschaft lediglich und schlechthin des Mannes gewesen sein⁴⁴⁾, so trat doch jedenfalls in der Folge neben diesen ersten Zweck ein zweiter, und der war kurz gesagt, die Frau — die Frau nun nicht mehr als Chefrau, nicht mehr blos als Gattin derjenigen Ehe, für welche die dos constituit war, sondern zugleich als die dereinst vielleicht geschiedene, verwittwete, wieder zu verheiratende Frau. Gemäß dieser zweiten ihr nicht blos vom Geber, sondern vom Rechte selbst gegebenen Bestimmung ward die dos nebstdem, daß sie im Eigenthume des Mannes stund, ein Gut der Frau (*res uxoria* — §§. 472. 474 fgg.); der Ehe halber war und blieb sie des Mannes; daß sie zugleich Frauengut ward, geschah nicht der Ehe und

43) — *quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere — quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis — furto quidem eam facere — sed furti non esse actionem — nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.* l. 1 I. 2 D. act. rer. am. 25, 2, vgl. Bechmann, röm. Dotalerecht I §. 35 Ann. 1 a. E. Voigt, XII Tafeln §. 79 Ann. 17. Franc. Duarenus, comm. in tit. soluto matrimonio I. 1: *captanda non sunt Justiniani verba.*

44) Bechmann, Dotalerecht §. 11. §. 19 Ann. 2.

ihrer Gemeinschaft, sondern umgekehrt ihrer künftigen Auflösung halber^{45).}

Diesen letzteren Zweck vertrat im späten Rechte neben der dos auch noch die donatio propter nuptias. (§. 490).

§. 470.

Pflichten.

II. So wenig als die väterliche Gewalt ist die eheherrliche bloßes Recht (S. 602. II.); und wie sich behaupten ließ, daß alle die Rechte, welche die väterliche Gewalt ausmachen, zugleich Pflichten des Hausvaters seien (S. 589 Nero. 2 S. 602 II.), so darf ein gleiches wohl auch von den Rechten der eheherrlichen Gewalt behauptet werden.

1. Das ius liberorum quaerendorum finden wir in den Quellen des römischen Rechtes nirgends so direkt zugleich als Pflicht ausgesprochen wie in denen des canonischen und bei den Neueren¹⁾; dagegen enthalten auch sie die Forderung an den Mann, der Frau in Zucht und Sitte, sonach in ehelicher Treue, voranzugehen, nicht als eine bloß sittliche, sondern als eine rechtliche Forderung, die vor Gericht unter anderem dann in Betracht und zur Geltung kommt, wenn der Mann von seinem Anklagerechte wider die Frau Gebrauch macht²⁾. Nicht minder muß sie in rei uxoriae actione entgegen dem Retentionsrechte wegen mores graviores und leviores der Frau in Betracht gekommen und so denn auch als der historische Vorläufer jenes späteren Rechtes zu denken sein, wonach die Frau (welche gleich dem Manne stets scheiden konnte) wegen größeren Treubruches auf Seite des Mannes sich von diesem auch trennen durfte³⁾.

45) vgl. vorläufig was Bechmann a. a. O. §. 19. §. 20 über die rei uxoriae actio sagt.

1) c. 3 C. XXXII qu. 2. Richter, Kirchenr. §. 280 Anm. 7 fg. Wo die Verweigerung seiner Ausübung Scheidungsgrund ist, wird es als Pflicht anerkannt, Richter a. a. O. §. 283 Anm. 8, §. 282 Anm. 24 u. vgl. l. 10 C. repud. 5, 17. Wegen der römischen Auffassung s. Voigt XII Tafeln §. 157 Anm. 1. §. 92 Anm. 6.

2) l. 14 (13) §. 5 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5 — periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare —

3) l. 8 §. 2 C. repud. 5, 17.

2. Auch eine Pflicht des Mannes, seine Frau bei sich zu haben (§. 469. 3), ist nicht direkt ausgesprochen, geschweige denn eine Klage der Frau „auf eheliches Zusammenleben“ aufgestellt⁴⁾. Indirect aber ist sie nicht nur in der Anforderung auf eheliche Treue (Nro. 1) mitenthalten, sondern specieller dadurch bestätigt, daß die Bezahlung einer Reise, welche die Frau zum Manne macht, dem Manne obliegt⁵⁾.

In dem weiteren Sinne einer Verpflichtung, für Unterfunkt und Auskommen der Frau zu sorgen, ist die Verpflichtung, die Frau bei sich zu haben, direkt bezeugt⁶⁾. Rechtlich macht sich diese Verpflichtung dadurch geltend, daß was der Mann seiner Frau aus diesem Grunde gewährte, keine Schenkung und also rechtsbeständig ist (ll. citt. in Ann. 6); zudem aber auch in der rei uxoriae actio, indem bei der Bestimmung, wie viel dotis causa der Frau zurückzugeben sei, doch wohl der Umstand in Betracht kam, daß der Mann den fructus dotis lediglich für sich bezogen, und den Unterhalt der Frau dieser selbst oder Dritten überburdet hatte (§. 481). Eine außerordentliche Klage wegen Verweigerung des Unterhalts (allenfalls auch Sequestration der Dos) findet sich wenigstens da wo die Frau dotirt ist⁷⁾. Mit der dos steht unsere Verpflichtung allerdings in einer gewissen Wechselwirkung; denn insolange, als das Reichniß an die Frau den Nutzen der Dos nicht überschreitet, ist keine Rückforderung, weil keine Schenkung möglich⁸⁾; daraus folgt aber noch nicht, daß letztere stets vorhanden sei, wenn die Frau mehr kostet, als das Heiratsgut trägt; das Reichniß muß über dieß, daß es die Kraft der dos übersteigt, übermäßig sein. Noch weniger fällt die Verpflichtung des Mannes schon um deswillen hinweg, weil er etwa eine dos überhaupt nicht empfängt; wohl aber darf man es für den Fall behaupten,

4) vgl. Windscheid, Band. §. 490 Ann. 2 und oben §. 469 Ann. 22.

5) l. 21 pr. D. don. i. v. et u. 24, 1. Bgl. §. 494 Ann. 13.

6) 3. B. in l. 7 pr. l. 76 in fine D. j. d. 23, 3. l. 4 in fine D. pact. dot. 23, 4. l. 21 §. 1. l. 28 §. 6. §. 7. l. 31 §. 8. §. 9. arg. §. 10 D. don. i. v. et u. 24, 1. l. 11 C. eod. 5, 16.

7) l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24, 3.

8) l. 15 pr. D. don. i. v. et u. 24, 1: Ex annuo vel menstruo, quod uxori maritus praestat, tunc quod superest revocabitur, si sa-

wenn die Frau dem Mann eine dos geben oder verschaffen könnte, und aber nicht verschafft⁹⁾.

3. Gewiß ist die Handhabung des Hausregiments auch gegenüber der Frau sowohl Pflicht wie Recht des Mannes. Allein wie das Recht so verliert auch die Pflicht hier gerne den Auslaß zur Uebung, indem die dazu erzogene Frau zuvorthut, was nach Stand und Sitte von ihr begehrt werden könnte. Wo das nicht der Fall wäre, trate mit dem Recht auch die Pflicht zur Leitung in Kraft, und würde deren Vernachlässigung auch rechtlich bedeutsam werden können — wie wenn Fehlritte der Frau mit dieser Vernachlässigung zusammenhängen. In dem alten iudicium de moribus war ohne Zweifel Raum auch für derlei Erwägungen.

In all dem, was hiernach Pflichten des Mannes gegen die Frau sind, haben wir auch deren Rechte gegenüber dem Manne, und umgekehrt in des Mannes Rechten auch die Pflichten der Frau. Allein diese Rechte und Pflichten sind sämmtlich keine Obligationen; sie fassen sich zusammen in der eheherrlichen Gewalt, die nach der Rechtsseite mit der väterlichen Gewalt verwandt, gleich dieser über das pecuniäre Wesen der dinglichen und Forderungsrechte erhaben, und nach der Pflichtseite gleich jener Officium ist. Von einem Officium zwischen Mann und Frau ist ausdrücklich die Rede¹⁰⁾. Endlich ist auch zwischen Mann und Frau das gemeine Recht auf mehreren Punkten ausgeschlossen, gerade so wie dies zwischen anderen durch Officium verbundenen Personen der Fall ist (§. 493).

§. 471.

Fortsetzung.

Bleibt der Satz, daß jeder der beiden Gatten die Ehe einseitig auflösen kann, gleich bis zuletzt aufrecht (Bd. I §. 45),

tis immodicum est, id est supra vires dotis. Des Weiteren s. unten §. 494.

9) Windisch, Band. §. 493 Ann. 3, vgl. daselbst §. 491 Ann. 1.

10) l. 48 pr. D. op. lib. 38, 1. l. 47 D. don. i. v. et u. 24, 1. Pietas und reverentia sind stellvertretende Ausdrücke. l. 14 §. 1 D. sol. matr. 24, 3. l. 41 pr. D. leg. III. 32. l. 32. §. 2 D. cond. ind. 12, 6. l. 1 §. 7 C. rei ux. act. 5, 13, vgl. oben §. 455 g. C. und unten §. 471 Ann. 15.

so gehört es nun weiterhin zur Pflichtseite dieses Rechtsverhältnisses

1) daß bei Vermeidung immer härterer Strafen keiner von ihnen dasselbe willkürlich, ja neuestens nicht einmal mehr im Einverständniß mit dem anderen (*bona gratia*), es wäre denn um der Enthaltsamkeit willen, lösen soll oder darf¹⁾). Nicht minder verpönt ist ein gewisses Verhalten, durch welches einer den andern zur Scheidung drängt²⁾). Für heute ist selbst die Möglichkeit willkürlich einseitiger oder beiderseitiger Scheidung aufgehoben und damit auch deren Bestrafung entfallen³⁾). Auch die Gründe, aus denen die (nun stets durch richterliches Erkenntniß oder Dispensation zu bewirkende) Scheidung (*quoad vineulum*), oder Trennung von Tisch und Bett noch immer möglich ist, beruhen nun nicht mehr im römischen Rechte⁴⁾), wenn sie gleich großenteils mit denjenigen zusammenfallen, aus denen nach römischem Rechte der eine Theil immer noch ungestraft einseitig scheiden darf⁵⁾). In Ansehung der Strafen aber welche den schuldigen Theil treffen sollen, wird gleichwohl das römische Recht als geltend erachtet⁶⁾). Diese sind

für die Frau: Verlust der Dos, oder aber, wo sie keine zu verlieren hat, eines Dritttheils ihres Vermögens (doch hier nie über 100 Pfund Goldes), und zwar an den Mann, wenn keine Kinder da sind, sonst an die Kinder mit Nießbrauch für den Vater; noch eines weiteren Dritttheils der Dos (wie

1) s. Bd. I §. 45 Anm. 7.

2) Nov. 117 c. 8 c. 9.

3) Bestrafung: Nov. 117 c. 13, über ihren Wegfall Puchta, Pand. §. 427 a. E. Arndts, Pand. §. 416 Ziff. 1.

4) Richter, Kirchenrecht 6. Aufl. S. 847. S. 849 (§. 282 Nr. II §. 283 Nr. I); wegen der Unanwendbarkeit der Trennung von Tisch und Bett s. oben §. 458 Anm. 35 a. E.

5) es sei nun ohne (Nov. 117 c. 12), oder durch Verschuldung des anderen Theils: Verschuldung der Frau: Nov. 117 c. 8 §§. 1—7, Verschuldung des Mannes: Nov. 117 c. 9 §§. 1—5 cf. c. 14.

6) auch nach Einführung des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich. Bestreitbar ist jedoch die Fortgeltung der nachher erwähnten Straferhöhung (um ein Drittel), insoweit man diese Zusatzstrafe als Materien betreffend ansieht, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs sind: Einf. Ges. z. StGB. §. 2 und StGB. §. 172. §. 164. Wegen der Doctrin und der Praxis in dieser Frage s. Windscheid, Pand. §. 510 Anm. 7 vgl. 1 und Dernburg, Pand. III. §. 26 Anm. 5 u. 6.**

die Novelle, die allein diese Terz vorschreibt, ausdrücklich sagt) im Falle des Ehebruchs; die donatio propter nuptias, welche sie sonst bekäme, bekommt sie nicht⁷⁾; —

für den Mann: Verlust der donatio propter nuptias⁸⁾, in deren Ermangelung abermals eines Vermögensviertheils von höchstens 100 Pf. Goldes an die Frau oder an die Kinder mit Missbrauch für die Frau⁹⁾; eines weiteren Drittels der donatio propter nuptias¹⁰⁾ wegen Unterhaltung einer Confubine; die Dos die er sonst bekäme, bekommt er nicht.

2) Selbst über das Leben des Gatten hinaus währt, wenn die Ehe durch Tod gelöst wird, für den Ueberlebenden die Verpflichtung gegen den Verstorbenen.

a. Eine solche war die der Wittwe durch die Sitte vorgeschriebene Trauer um den verstorbenen Mann¹¹⁾. Enthaltung von einer neuen Ehe während der Trauerzeit gehörte vermutlich mit zur Trauer selbst, wenn sie gleich Paulus R. S. I. 21 §. 14 unter den Bestandtheilen derselben nicht aufzählt. Keinesfalls aber bestand die Trauer lediglich im Nichtheiraten¹²⁾, und darf man darum nicht sagen, daß die mögliche Schwangerschaft und Abhaltung der turbatio sanguinis Grund dieser Trauerpflicht war¹³⁾. Wie später religiöse Verpflichtung¹⁴⁾, folgt sie früher aus der dem Manne schuldigen pietas und reverentia¹⁵⁾. Die turbatio sanguinis ist der

7) I. 11 §. 1 C. repud. 5, 17. Nov. 117 c. 8 §. 2. Vgl. Shr. röm. Rechtsbuch L. §. 92 Abs. 2.

8) Nov. 117 c. 9 pr. Vgl. Shr. röm. Rechtsb. P. §. 41a Abs. 1.

9) I. 11 §. 1 C. repud. 5, 17.

10) wieder nach der Vorschrift der Novelle (117 c. 9 §. 5) — also wenn keine donatio propter nuptias (resp. dos) da ist, $\frac{1}{12}$ des Vermögens, weil donatio p. n. (resp. dos) durch $\frac{1}{4}$ des Vermögens erjezt ist.

11) — elugere virum moris est — I. 1 pr. D. de his qui not. 3, 2, — talis — maritus, quem more maiorum lugeri non oportet — I. 11 §. 1 eod.

12) vgl. Klenze, Familienr. der Cogn. und Aff. S. 33 Anm. 2. I. 8 D. de his qui not. 3, 2 — sumere — lugubria et deponere. I. 15 C. de causis ex quib. 2, 11 (12) — tristior habitus ceteraque hoc genus insignia —.

13) beispielhaft Voigt, XII Tafeln §. 157 Anm. 5: „Der Gesichtspunkt der turbatio sanguinis gehört späterer Zeit an.“ Lag doch das alte officium lugendi auch dem Chemann ob.*

14) luctus religio — I. 1 pr. C. sec. nupt. 5, 9. Religiöse Verpflichtung nimmt auch für die frühere Zeit an Voigt a. a. D.

15) cf. I. 23 D. his qui not. 3, 2; honestas: Nov. 22 c. 40; vgl. §. 470 Anm. 10.

Grund, nicht der Trauerpflicht, sondern nur der Strafe, welche der Prätor wegen Wiederverheiratung der Wittwe binnen der Trauerzeit verkündet¹⁶⁾. Diese Strafe, weil lediglich in Infamie bestehend, traf damals die Wittwe selbst noch gar nicht, sondern nur den Mann, der sie heiratete, oder den Vater der sie verheiratete oder (durch seinen Sohn) heiraten ließ¹⁷⁾. Sie stand nur mit der Trauerzeit, nicht mit der Trauerpflicht in Verbindung, galt darum auch da wo für den Verstorbenen eine Trauerpflicht gar nicht hergebracht war, war also lediglich propter turbationem sanguinis eingeführt¹⁸⁾. Darnach verstand es sich aber von selbst, daß wenn eine turbatio sanguinis nicht mehr zu fürchten war, die Wiederverheiratung auch binnen der Trauerzeit prätorisch straflos war; wie Pomponius und Ulpian konnte jeder Jurist sagen: quae intra legitimum tempus partum ediderit, statim posse nuptiis collocari¹⁹⁾; Bangewos Einschränkung auf den Fall, da eine Trauerpflicht

16) I. 1 D. de his qui not. inf. 3, 2. vgl. oben S. 671 oben und Savigny, System II S. 534, wonach der Grund der Strafbarkeit „lediglich in der Gefahr lag, daß für ein bald nachher geborenes Kind der wahre Erzeuger ungewiß werden könnte“. S. auch Leist, Gräco.-ital. Rechtsgesch. S. 38.

17) I. 1 D. his qui not. 3, 2, siehe jedoch fr. Vat. §. 320. I. 15 C. de causis ex quibus 2, 11 (12) und dazu unten Anm. 21.

18) I. 11 §. 1 D. eod. 3, 2: Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugericur qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis: „auch für den Fall, da keine Trauerpflicht besteht, gilt die Strafe; denn der Prätor bezog sich auf die Zeit, durch die um denseligen getrauert wird, um den man überhaupt trauert, nur propter turbationem sanguinis, nicht wegen der Trauerpflicht.“ Denken wir die verschwiegene Antithese (non propter luctum) hinzu, oder legen wir auch nur den Nachdruck auf propter turbationem sanguinis, so wird die Diction so sachgemäß wie der Gedanke. Anders als hier interpungiren die Pandektenausgaben, nämlich: qui solet elugeri propter turbationem sanguinis. Letztere Lesart ergibt eine Stütze für die hier angefochtene Begründung der Trauerpflicht auf den metus turbationis sanguinis. Allein bei dieser Lesart fehlt dem rettulit der Grund, und als Grund von solet elugeri ist propter turb. sang. hier überflüssig. Auch ist schwer zu begreifen, wie jemand propter turbationem sanguinis betrauert werden könne. Die hier befürwortete Interpunction scheint auch das Scholion Nr. 2 zu Bas. XXI, 2, 11 (ed. Heimbach II p. 443) im Auge gehabt zu haben. — Nicht hergebracht war die Trauer gegenüber den in I. 11 §. 3 D. eod. genannten Personen.*

19) wie wohl ursprünglich statt se collocare gestanden haben mag in I. 11 §. 2 eod. cf. §. 1 eod., s. jedoch auch §. 3 eod. und Anm. 17.

nicht bestund²⁰), wird unnötig. Unrecht hat aber auch Arndts (Band. 418 Anm. 1), wenn er meint, daß die Infamie der Wittwe propter turbationem sanguinis fortbestanden habe, während die Infamie, von welcher Eltern, Kinder, Agnaten und Cognaten wegen Verlezung der Trauerzeit vordem betroffen worden, aufgehoben sei. Denn es ist mit nichts erwiesen, daß die Infamie der letzteren Fälle jemals bestanden habe, und eine Infamie der Wittwe bestund gerade früher überhaupt nicht, geschweige denn eine propter turbationem sanguinis²¹).

Anders aber verhält es sich mit den Strafen, welche die Wittwe wegen vorzeitiger Wiederverheiratung im späteren Rechte treffen²²). Diese sind eine Strafe wegen Verlezung der Trauerpflicht (luctus religio); der turbatio sanguinis wird nirgends mehr gedacht, dagegen die Trauerzeit (wiewohl auch das noch allzu kurz schien) auf 12 Monate verlängert²³), also selbst die Zeit der Trauer von der der Schwangerschaft geschieden. Darum ist nicht anzunehmen, daß eine Geburt vor der Wiederverheiratung von diesen späteren Strafen, oder was eins ist, von den Strafen der Wittwe selbst befreite.

Das canonische Recht beseitigte von diesen Strafen die der Infamie²⁴), die Praxis alle anderen mit Ausnahme des durch Nov. 39 c. 2 auf Unzucht binnen der Trauerzeit erstreckten Verlustes der lucra nuptialia²⁵).

b. Selbst nach der Trauerzeit soll nicht wieder ge-

20) I. 11 §. 3 eod. (Anm. 18 a. E.). Bangewow, Band. §. 227 Anm. 2 Ziff. 1, demselben bestimmend Arndts, Band. §. 418 Anm. 1 und Karlowa, Zeitschr. f. Rechtsgech. Bd. 10 S. 236.

21) vgl. Rudorff, Zeitschr. f. Rechtsgech. Bd. 4 S. 53 sq. Dagegen aber Karlowa a. a. D. S. 224 fg., womit vgl. Lenel, Edictum S. 64. S. auch oben Anm. 17 und Syr. röm. Rechtsbuch L. §. 16. §. 61. Daß zwei Infamienkataloge zu unterscheiden sind, ist übersehen bei Gradenwitz, Interpolationen S. 17.

22) Infamie: I. 1. 2 C. sec. nupt. 5, 9. I. 4 pr. C. ad SC. Tertull. 6, 56. Verlust der lucra nuptialia aus der Vorehe — Beschränkung ihrer Dispositionsbefugniß in Zuwendungen an den neuen Mann — Einschränkung der eigenen Erwerbsfähigkeit: I. 1. 1. 2 C. citt. Nov. 22 c. 22. cf. c. 40.

23) I. 2 C. cit.

24) c. 4 c. 5 X. sec. nupt. 4, 21 — eius infamia aboletur.

25) Buchta, Band. §. 429 a. E. Arndts, Band. §. 418 a. E. Anm. 2 u. 3. Windscheid, Band. §. 512 Anm. 2 u. 4.

heiraten werden. Dies ist ein Satz, der erst in der Zeit des christlich-römischen Rechts aufkommt²⁶⁾, und rechtliche Folgen (poenae secundarum nuptiarum) nur für den Fall hat, als Kinder aus erster Ehe da sind²⁷⁾. Bei der Aufstellung dieser Strafen wirkt außer der ehelichen Pflichtverletzung allerdings noch ein anderer Grund mit: der der Fürsorge für die Kinder erster Ehe. Die Vermögenseinbußen, welche der Binubus erleidet (unten, α und β), sind zugleich ein Gewinn und Erwerb für die Kinder erster Ehe; und wie der Gewinn hier und der Verlust dort das Vermögen betrifft, welches von dem verstorbenen Parens der Kinder herrührt, so findet sich zugleich mit und in jenen Strafen der Gedanke eines wenn wir so sagen dürfen neuen und eignethümlichen Vater- wie Mutterguts entwickelt²⁸⁾. Was eines der Eltern vom anderen hat, soll den gemeinschaftlichen Kindern aufbewahrt werden²⁹⁾. Es erscheint bald mehr als eine Prämie der Nichtwiederverheiratung, wenn dem überlebenden Gatten außer der Proprietät an diesem Gute die freie Disposition verbleibt³⁰⁾, denn als eine Strafe der Wiederverheiratung, wenn er die Proprietät an die Kinder verliert, und nur Besitz, Verwaltung und den Nießbrauch behält. Ein Beleg hiefür liegt darin, daß die Kinder selbst dann, wenn der überlebende Gatte nicht wieder heiratet, auf jenes Gut ein besonderes Aurecht haben. Vorausgesetzt, daß es sich nach dem Tode desselben nur überhaupt noch unveräußert vorfindet, können sie es vindiciren³¹⁾, mithin auch ohne Beerbung desselben in Anspruch nehmen³²⁾, und im Falle der Beerbung vor anderweitigen Miterben, nament-

26) auch hier anfänglich nur bei der Trennung durch den Tod (I. 9 §. 1 C. sec. nupt. 5, 9) und für die Wittwe gilt (vgl. I. 5 mit I. 3. I. 4 C. eod.) —

27) Nov. 22 c. 23 cf. I. 3 §. 2 — I. 10 C. sec. nupt. 5, 9.

28) I. 4 pr. I. 5 §. 6 (1). §. 7 (2). I. 6 §. 4 (1) C. eod. I. 4 in fin. C. eod. — ut . . . filii patrum suorum sponsalicias retineant facultates. cf. I. 1 C. si dos const. matrimon. 5, 19 und Nov. 22 c. 39.

29) Nov. 98 c. 1. Nov. 127 c. 3 und dazu Czjchlarz, Dotstr. S. 434 Anm. 22.

30) I. 6 §. 10. I. 8 §. 1 C. sec. nupt. 5, 9. Nov. 22 c. 20 §. 1.

31) I. 6 §. 11. I. 8 §. 1 C. eod.

32) II. cirt. in Anm. 30 cf. I. 8 §. 2 (3) eod. Nov. 22 c. 20 §. 2. Seuffert, Pand. §. 464 Anm. 2.

lich Geschwistern aus einer anderen Ehe vorwegnehmen³³⁾. Allein immerhin ist die Wiederverheiratung etwas das wenigstens beim Dasein von Kindern aus der früheren Ehe mißbilligt wird; von der Mutter heißt es, daß sie secundis nuptiis funestata, von beiden, daß es, von wegen der memoria defuncti und der liberorum caritas gut sei mit der ersten Ehe abzuschließen und die Kinder durch eine zweite Ehe nicht zu betrüben oder zu beleidigen³⁴⁾. Mag die Wiederverheiratung kein Gegenstand „eigentlicher“ Strafe sein: ein Gegenstand gesetzlicher oder staatlicher Beförderung wie früher ist sie nicht mehr, und ein Faktor, der bei der Abwägung der Rechte des Vinubus und der Ansprüche der Kinder zu Gunsten der letzteren ausschlägt, jedenfalls; in Nov. 2 c. 2 §. 1 c. 3 und Nov. 22 c. 23. c. 41 heißen die Nachtheile die den Vinubus treffen, schlechthin poenae; Nov. 2 c. 3 dagegen nimmt die Realität gegen das Ideal in Schuß.

Diese Nachtheile sind nun aber des näheren³⁵⁾:

a. Verlust der Proprietät an den lucris nuptialibus aus der Vorehe zu Gunsten der Kinder oder Kindeskinder aus eben dieser Ehe³⁶⁾. Auch hier findet anfänglich nur Beschränkung, nicht Verlust der Proprietät zu Gunsten der Kinder statt³⁷⁾; dann aber nicht blos Verlust der Proprietät sofort bei der Wiederverheiratung³⁸⁾, und Dispositionsbegrenzung nach der Wiederverheiratung: auch die Dispositionsbefugnis vor der Wiederverheiratung ist eventuell, für den Fall der Wiederverheiratung, beschränkt; die vor dieser vorgenommene Veräußerung wird nachträglich nichtig³⁹⁾.

33) I. 4. 1. 5 §. 7 (2) C. eod. Nov. 22 c. 20 §. 1. §. 2.

34) I. 3 §. 1a C. eod. — Nov. 22 c. 40. 1. 6 §. 10 C. eod. — Nov. 22 c. 20 §. 1.

35) ob dieselben durch den vorversterbenden Gatten erlassen werden können, ist bestritten: Näheres bei Dernburg, Band. III §. 27 Anm. 9.

36) I. 3. 1. 5. 1. 7. 1. 8 C. sec. nupt. 5, 9. Nov. 2 c. 1. c. 2. Nov. 22 c. 20–26.

37) I. 3 pr. §. 1 C. eod. Vgl. oben §. 644 Nr. 1.

38) I. 5 §. 2 (pr.) C. eod — dominium autem rerum — ad liberos pertinere decernimus. Nov. 22 c. 23 — filii ea percipient et proprietatis erunt domini secundum tempus mox quo mater coniuncta est alii.

39) Nov. 2 c. 2 pr. — in suspenso et alienatio et evacuatio manet. Nam si manserint superstites filii, evacuabitur omnino quod

Ferner aber war selbst die Proprietät nicht gleich anfänglich sofort mit ihrem Anfall auch schon ein fertiges oder ausgemachtes Vermögen der einzelnen Kinder: sie mußten, um dieses definitiv zu erwerben, ihren Parens binibus überleben; irgend eine Disposition, Transmission oder Vererbung stand ihnen vor dessen Tod nicht zu; der Ausfall des einen kam lediglich seinen Geschwistern zu gut⁴⁰); zudem hatte der Parens noch das Recht beliebiger Theilung und Auswahl unter mehreren Kindern⁴¹). Folgerecht aber war die vom Parens vorgenommene Veräußerung in ihrem ganzen Umfange nichtig, wenn von den Kindern nur eines überlebte, in ihrem ganzen Umfange aufrecht, wenn keines überlebte⁴²). Der Umschwung in dieser Rechtsbildung scheint mit l. 7 C. sec. nupt. 5, 9 (a. 478) begonnen zu haben: da das vorversterbende Kind sein Anrecht (mit Ausschluß der Geschwister) auf seine Kinder, alle oder je nach Wahl transmittirt, bald aber sogar nach gemeinem Rechte vererbt⁴³), und diese Vererbung nur durch das Vorrecht beschränkt wird, welches der überlebende Parens aus einem (mit dem vorverstorbenen Gatten über das vorliegende lucrum nuptiale) „in casum non existentium liberorum“ abgeschlossenen pactum herleitet⁴⁴). Jetzt wird dem Parens auch das frühere Theilungs- und Wahlrecht genommen; mit Ausnahme derer die sich gegen den (vorverstorbenen) Parens, von welchem die anfallende Proprietät herrührt, einer Inofficieität schuldig gemacht haben⁴⁵), sind die Kinder, oder ihre Stämme gleichberechtigt⁴⁶), und haben damit ein sofort mit dem Anfall der Proprietät fertiges, vererbliches, bis zur vereinstigen

factum est — Nov. 22 c. 26 pr. — alienatione facta manet causa in suspenso — aut perfecte ab initio infirmando alienatione aut perfecte valente —.

40) arg. l. 7 C. sec. nupt. 5, 9 cf. l. 4 §. 2 C. SC. Tertull. 6, 56.

41) den ingratus ausgenommen; l. 3. l. 5 §. 5 (pr.) cf. l. 7 in fin. C. sec nupt. 5, 9.

42) argg. Nov. 2 c. 2 pr. Nov. 22 c. 26 pr.

43) l. 7 cit. cf. l. 8 pr. eod.

44) Nov. 2 c. 1. c. 2 pr. Nov. 22. c. 26 pr. Von diesem pactum handelt Schott, donatio propter nuptias S. 59 fg.

45) l. 3 pr. C. sec. nupt 5, 9. Nov. 22 c. 26 §. 1.

46) l. 8 pr. C. eod. Nov. 22 c. 26 §. 1. Nov. 2 c. 1.

Herausgabe unveräußerliches, jedoch erst nach dem Tode des Parens⁴⁷⁾ vindicirbares Vermögen⁴⁸⁾. Diese Vindication geht selbstverständlich auch gegen die Besitzer aus verbotswidriger Veräußerung; eine Convalescenz der Veräußerung tritt aber nicht nur aus obigem pactum „orbitatis“ in casum non existentium liberorum, sondern auch insofern ein, als der Kinder eines vom Parens beerbt wird⁴⁹⁾: so daß jetzt die Veräußerung nicht mehr überall richtig ist, wo nur eines der Kinder überlebt — das Kindesrecht kann ganz oder zum Theil auf den Parens selbst übergegangen sein; noch überall richtig, wo keines überlebt — es können Kinder oder Erben der Kinder da sein⁵⁰⁾. Damit, daß der Vinibus das bezügliche Vermögen im Besitz behält, concurriert eine Haftung, welche sich in der Person seiner Erben wegen Uneinbringlichkeit der veräußerten Sachen und in einer gesetzlichen Hypothek geltend macht⁵¹⁾. — Was zu Gunsten der Kinder erster Ehe gegenüber denen der zweiten, gilt nicht gleichmäßig von denen der zweiten gegenüber denen der dritten, u. s. f. Nur die sponsalitia largitas (das lucrum aus dos und donatio propter nuptias) soll durchweg ein Voraus für die Kinder desjenigen Parens sein, von dem sie herrührt, gleichviel ob dieser noch zu einer weiteren Ehe geschritten oder nicht⁵²⁾.

β. Auch was sie von einem Kinde erster Ehe in Gemeinschaft mit dessen Geschwistern geerbt hat, soll die Mutter — der Vater konnte damals mit den Geschwistern noch nicht erben⁵³⁾ — im Falle der Wiederverheiratung der Proprietät

47) dem Besitz, Nutzung und übrige Administration zusteht: I. 3 §. 1 (pr.). I. 5 §. 3 (pr.) C. eod.

48) I. 5 §. 2 (pr.) C eod. — defuncto eo — ab omni possessore liberi vindicabunt —

49) was eben nach Nov. 22 c. 26 pr. insofern geschieht als er ex pacto orbitatis hätte.

50) Nov. 2 c. 1. c. 2. Nov. 22 c. 26 pr.

51) I. 5 §. 2 C. eod. — consumptas ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerat. Nov. 22 c. 24. Bd. II §. 354 Anm. 39.

52) Nov. 22 c. 29 pr. §. 1, vgl. übrigens I. 8 §. 7 C. repud. 5, 17.

53) gegen die von Einigen befürwortete Ausdehnung des Rechtszuges auf den Vater: Dernburg, Band. III §. 27 Anm. 5.

nach an die Geschwister verlieren⁵⁴), neuestens jedoch nur was sie ab intestato und auch das nur soweit sie damit Vatergut des Kindes erwirbt⁵⁵). Eritt der Erbsfall erst nach der Wiederverheiratung ein, so bekommt sie vornherein nur den Ususfructus.

γ. Gegenüber dem Stiefvater oder der Stiefmutter jeder folgenden Ehe soll selbst das anderweitige (nicht aus der ersten Ehe stammende) Vermögen des Vinubus den Kindern erster Ehe gewahrt bleiben. Mehr nämlich als dem mindest bedachten Kinde erster Ehe darf der Vinubus einem zweiten und ferneren Gatten in keiner Form der Liberalität (ehthalber oder lehztwillig) zuwenden⁵⁶). Geleglich enterblichen Kindern kommt diese Fürsorge nicht zu thätten; wohl aber den Kindern und Enkeln der Kinder, letzteren nach Stammtheilen⁵⁷). Was der Stiefvater ic. zu viel bekommt, verfällt an die Kinder lediglich der ersten Ehe, wieder mit Ausschluß derer die sich einer Inofficiosität schuldig gemacht haben⁵⁸). Ob jenes der Fall sei, richtet sich nach dem Stand der Dinge beim Tode des Erblassers⁵⁹). Vom Parens selbst aber darf die dem neuen Gatten einmal gegebene dos oder donatio propter nuptias nicht mehr vermindert werden⁶⁰).

δ. Soweit ein Parens durch die Zenonische Constitution (l. 6 C. ad SC. Treb. 6, 49) von der Caution wegen Vermächtnissen an seine Kinder freigesprochen ist, verliert er diese Freiheit durch den Übergang zu zweiter Ehe⁶¹).

54) nach l. 3 §. 1a C. sec. nupt. 5, 9 (a. 382), welche den Erbsfall hinter die Wiederverheiratung setzt, alles, nach l. 5 §. 1 C. SC. Tertull. 6, 56 (a. 426) nur die res paternaे der Proprietät nach, und nach Nov. 2 c. 3 (a. 535) gar nichts.

55) Nov. 22 c. 46.

56) l. 6 pr. §. 1. §. 2 (pr.) C. sec. nupt. 5, 9. S. ferner Seufzert, Band. § 464 Anm. 10.

57) l. 10 C. eod. — l. 6 §. 3 (pr.) C. eod. — Nov. 22 c. 27 in fin.

58) Nov. 22 c. 27.

59) Nov. 22 c. 28.

60) l. 19 §. 3 in f. C. don. ante nupt. 5, 3. Nov 22 c 31. S. auch Seufzert, Band. §. 464 Anm. 5.

61) l. 6 §. 1a C. cit. Nov 22 c. 41, vgl. Marezoli, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. V, S. 372 sg.; dagegen Arndts §. 417 Anm. 5, welcher die in Nov. cit. nicht wieder erwähnte VoraussetzungZenoss, daß

e. Insbesonderheit verliert noch die Mutter gegenüber den Kindern erster Ehe die rein persönlichen Rechte:

der Vindication von Schenkungen, die Fälle des gröbstens Undankes ausgenommen⁶²⁾; — des Erziehungs- und Vormundschaftsrechtes⁶³⁾. — Ihre Wiederverheiratung gilt überdies als vorzeitig, ist demnach der Wiederverheiratung binnen der Trauerzeit gleichgestellt und deren Strafen (S. 683) unterworfen, wenn sie bereits Vormünderin war, und ohne Gesuch um einen neuen Vormund, ohne Rechnungslegung und Zahlung ihrer vormundshaftlichen Rückstände zur zweiten Ehe schreitet⁶⁴⁾.

Von der Dos.

D. de iure dotum 23, 3. C. eod. 5, 12.

§. 472.

Begriff.

Dos ist eine Gabe, welche um einer Ehe willen gegeben, durch den Geber des Mannes oder seines Gewalthabers, von Rechts- und Staatswegen aber zugleich der Frau wird (§. 469 S. 676)¹⁾.

I. Wer eine „Dos“ gibt, spricht schon durch dieses Wort

der Parens von einem Ascendenten onerirt sei, fallen lässt. S. übrigens auch hier oben §. 428 Anm. 22, und andererseits Windscheid, Pand. III §. 648 Anm. 13

62) I. 7 C. revoc. don. 8, 55 (56). Nov. 22 c. 35.

63) Nov. 22 c. 38. cf. I. 1 pr. C. ubi pup. educ. 5, 49, oben S. 610 fg. Nov. 94 c. 2.

64) Nov. 22 c. 40.

1) Dotis causa — cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit — und: Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere — heißt es neben einander und in den zwei ersten das Dotalrecht eröffnenden Stellen: I. 1. I. 2 D. h. t. 23, 3. cf. I. 18 D. reb. auct. iud. 42, 5. I. 1 D. sol. matrim. 24, 3. Zu I. 2 D. cit. s. Bechmann, Dotalr. I. §§. 169. 170. — Zur Frage, ob Dos auch ipso iure erworben werden, insofern „Gabe“ auch nicht sein könne, nämlich bei der Manusehe, s. Voigt, XII Tafeln §. 162 Anm. 5 und vgl. unten §. 482 Anm. 17. Wegen einer anderen, seltneren Bedeutung von dos s. Dirksen s. h. v. nebst I. 2 §. 1 D. de iunctu 33, 7, und wegen der Ethymologie des Wortes Cynthiarz, Dotalr. S. 11 Anm. 10.

aus, daß er um einer Ehe willen gegeben haben will²). Die Ehe bildet den (von der Gabe selbst äußerlich geschiedenen) Zweck der Gabe, mithin causam ob quam³), so daß die Gabe als solche noch vor der Ehe perfect, aber causa non secuta condicirt werden kann⁴). Nur die Gabe als solche kann nach Absicht der Handelnden noch vor dem Eintritt der Ehe perfect werden: das selbst wird sie vor diesem und überhaupt ohne rechtl. wirksame Ehe niemals⁵); der Gabe gegenüber ist die Ehe Zweck, der Dotaleigenschaft gegenüber zugleich Bedingung, iuris conditio. Zugleich Bedingung kann sie selbst der Gabe gegenüber sein, wosfern die Parteien wollen⁶); ja wenn die Gabe in einer bloßen promissio, oder in einer acceptilatio besteht, wird diese als eine stillschweigend unter der Bedingung „si nuptiae secutae fuerint“ abgeschlossene betrachtet⁷).

Fraglich ist neuestens, ob lediglich das Zustandekommen und Dasein der Ehe, oder ob überdies ein gewisses Verhältniß des Gegebenen zur Ehe Bedingung der Dos sei. Denn ist es gleich sicher, daß die Dos nicht gerade in derjenigen Form und Gestalt, in welcher sie der Mann empfängt, auch für die Ehe

2) I. 3 D. h. t. 23, 3: *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest* — cf. I. 1 §. 3. § 4 D. pro dote 41, 9, und daher kann umgekehrt nach dem Zusammenhang matrimonium statt dos für den Zweck des Gebens stehen z. B. I. 43 pr. cf. §. 1 D. h. t. 23, 3, vgl. I. 5 pr. D. cond. sine causa 12, 7, Lotmar, über Causa S. 42. — Wegen des ersten Theils von I. 3 eit. j. Czylilarz, Dotalr. S. 78 fg.*

3) Bd. II §. 303 unter 1a, bei S. 534 Anm. 7 — 9 u 11. Die Ehe bildet den Zweck der Gabe bedeutet, daß die Dos fast wie Zweckvermögen und zwar wie Stiftungsvermögen der Ehe zu gut kommen soll. Jedoch gegen Scheurl's (M. Vierteljahresschr. VI S. 4) „Fonds zur Bestreitung der ehelichen Lasten“ (ähnlich Dernburg, Pand. III §. 13 Biff. 2) j. Czylilarz a. a. D. S. 17. Vgl. u. §. 475 Text bei Anm. 14.

4) I. 9 pr. D. h. t. 23, 3.

5) I. 3 D. cit. Anm. 2.

6) I. 9 pr. D. cit. Anm. 4 — *interest qua condicione dedi, utrum ut statim fiant accipientis an secutis nuptiis* —

7) I. 68 D. h. t. 23, 3 — *cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicitionem accipiat*. I. 21. I. 22. I. 41 §. 1. I. 80. I. 83 eod.; bezüglich der acceptilatio §. I. 43 pr. eod. gegen I. 10 D. cond. causa data 12, 4, dazu Lotmar a. a. D. S. 160 (in der letzten Zeile I. zusammengefügten jt. einfachen) S. 161, und über den Grund Scheurl, M. Vierteljahresschr. XI S. 109. Die dispositiv. Natur des obigen Rechtsatzes betont Czylilarz a. a. D. S. 145. 149.

nutzbar werden müsse, so wird in den Quellen doch sehr allgemein und entschieden verlangt, daß sie den Lasten der Ehe steuern müsse und daß außerdem keine Dos sei⁸⁾. Nichtsdestoweniger bestreitet Bechmann, röm. Dotalr. §§. 1—6, daß eine derartige Beziehung der Dos zu den Lasten der Ehe mit zu den Bedingungen oder dem Begriffe der Dos gehöre. Allein ist es schon schwer zu sagen, warum denn die Dos eine Ehe zur Bedingung und zum Zwecke habe, wenn sie nicht für eben diese Ehe nutzbar werden soll, so wird es vollends unverständlich, warum dann wenigstens der fructus dotis stets dem Manne verbleiben muß, warum die dos für den Mann nicht „steril“ sein darf⁹⁾. War einmal die Dos — wie Bechmann (a. a. D. bes. §. 14) glaubt, wir aber bezweifeln — reines Frauengut, dann war sie, scheint es, in ihrem ganzen Umfange Beitrag zu den Lasten der Ehe; das verstand sich dann von selbst. Wurde sie aber, erst später oder gleich anfänglich, was sie in historischer Zeit sicher ist: res uxoria, Frauengut: so fragte sich, ob sie bloßes Frauengut sein soll. Wenn ja, so mochte der Mann für die Zeit der Ehe in römischem Stil immerhin Eigentümer werden oder bleiben; allein er mußte dann der einst die Dos sammelt dem Fructus restituiren, war lediglich Fiduciar, Depositär der Zwischenzeit, und hatte für die onera matrimonii aus der Dos nichts. Sagt also Bechmann, daß die Dos mit den onera matrimonii nichts zu schaffen habe, so behauptet er, daß sie in ihrer zweiten, angeblichen Entwicklungsphase bloßes Frauengut war, materiell selbst dem Fructus nach dem Manne nicht gehörte. Das will und kann er aber nicht behaupten. Daß der Fructus dotis dem Manne verbleibe, ist unumstößlich; will ja Bechmann, daß ihm einst alles verblieben sei. Seiner eigenen Entwick-

8) — nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est. l. 76 D. h. t. 23, 3; ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separat — l. 11 D. pact. dot. 23, 4; — dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus — confertur. l. 16 pr. D. castr. pec. 49, 17. cf. l. 65 §. 16 D. pro soc. lntn §. 473. Ann. 7 u. 16.

9) l. 7 pr. D. h. t. 23, 3: Dotis fructum ad maritum pertinere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere. l. 20 C. h. t. 5, 12.

lung nach ist dem Manne wenigstens der Fructus verblieben; das ist aber identisch damit, daß die Dos ein Beitrag zu den Lasten der Ehe gewesen, und aller Wandlungen ungeteilt auch geblieben sei. Das sprechen die Quellen aus und müßten sie aussprechen; denn sonst hätte der Mann in rei uxoriae und ex stipulatu actione den fructus dotis mit herausgeben müssen, was hier und dort nicht der Fall war¹⁰⁾.

§. 473.

Fortsetzung.

II. Die Dos ist eine Gabe an den Mann, und kommt denn auch, woferne nur die Ehe, um derentwillen sie gegeben wird, existent ist oder wird, in das Vermögen des Mannes¹⁾. Dieser Satz erleidet

1. eine Modification wenn der Mann noch Hausssohn ist. Denn dann kommt die Dos fürs erste in das Vermögen des Hausvaters, gleichviel ob die Bestellung an diesen oder an den Sohn erfolgt²⁾. Daß der Vater letzterenfalls nur die Dotalsachen, nicht die Dos bekommen habe (Bechmann, II S. 46 fg.), ist unbegründet³⁾; denn auch hier geht die Dotalklage

10) I. un. §. 9 C. de rei ux aet. 5, 13. Entgegen den einzelnen Bechmann'schen Argumenten und überhaupt vgl. Scheurl, M. Vierteljahrsschr. VI S. 3—10. Czylarz, Dotalr. S. 15—29. Windscheid, Band. §. 492 Anm. 1. Arndts, Band. §. 395 Anm. 2. Dernburg, Band. III §. 13 Anm. 5 fg.; dann sofort §. 473 unter 1, S. 693 fg.

1) Gai. II, 63. Ulp. VI, 5. I. 1 D. h. t. 23, 3. I. 21 §. 4 D. ad municip. 50, 1 etc.

2) — quod si filio data sit non iusu patris, Sabinus et Cassius responderunt nihilo minus cum patre agi oportere: videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium I. 22 §. 12 D sol matr. 24, 3. Mandry, Familiengüterr. I S. 291 Anm. 4 a E. findet es „nicht ganz richtig“, daß der angeführte Satz hier „in den Vordergrund“ gestellt ist. Diese Kritik beruht auf der Annahme, daß jener Satz „eine von der späteren Jurisprudenz verworfene Meinung der Sabinianer enthält.“ Dafür sollen die unmittelbar folgenden Worte (sufficit autem etc.) sprechen. Allein dieselben verwerfen nicht, schränken nur insofern ein, als sie das Maß der Haftung bestimmen, während sie die von den Sabinianern aufgestellte Thatfache der Haftung und deren Begründung unangeschaut lassen; vgl. auch I. 20 §. 2 in f. D. fam. erc. 10, 2.*

3) davider auch Mandry, a. a. D. S. 290 Anm. 2,

wider den Vater, und fraglich kann höchstens das gewesen sein, ob sie lediglich wider ihn⁴⁾, oder auch gegen den Sohn gehe⁵⁾.

Der Grund aber weshalb hier die Dos an den Vater kommt, ist nicht mehr blos der alte, gemeine, weil an ihn Alles kommt, was der Sohn erwirbt⁶⁾, oder für diesen gegeben wird (§. 457 Ziff. 4. §. 465 eingangs), oder der, daß der Vater „das juristische Haupt der Ehe“ sei (Bechmann, II S. 46), sondern der Satz, daß ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt⁷⁾. Wäre dem nicht so, so müßte die dos, welche ein filiusfamilias miles von seiner Frau empfängt, nicht minder als deren Nachlaß in sein peculium castrense fallen (§. 462 Anm. 2); das ist aber nicht der Fall; die Erbschaft erwirbt er, adventicio iure, lediglich für sich; die dos aber nur in Verbindung mit der Ehe und deren Lasten, darum dem Vater⁸⁾. Dann wäre auch nicht abzusehen wie so denn der verheiratete Haussohn ohne weiteres die Dos zurück behalten darf, wenn ihn der Vater zum Erben eingesetzt und mit einem Universal fideicommis beschwert hat⁹⁾. Endlich wäre nicht zu

4) de peculio vel quod in rem versum est: I. 22 §. 12 eit. cf. I. 36 D. pecul. 15, I. I. 10 C. sol. matr. 5, 18. S. auch Mandry a. a. D. S. 291.

5) quatenus facere potest: I. 53 D. sol. matr. 24, 3.

6) jo Čžyhlarž, Dotalr. S. 26.

7) I. 56 §. 1 D. h. t. 23, 3. arg. §. 2 eod. I. 7 pr. eod. I. 20 §. 2 D. fam. excisc. 10, 2 — dotem — etiam filii sui uxor, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet, quia filii onera et nurus ipse adgnoscere necesse habet. Zustimmend Mandry a. a. D. S. 289. 290.

8) I. 16 pr. D. castr. pec. 49, 17: Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse — hereditatem (sc. uxor) in castrense peculium habuisse. Nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur. Fitting, Castr. Pecul. S. 72. 73.

9) I. 2 pr. in fin. D. dot. prael. 33, 4: quia matrimonii causa id lucratus est, non ex patris iudicio. Am Ende aus dem gleichen Grund bringt er bei Bemessung der Erbschaft in der falcidischen Rechnung die Dos unter den Schulden's (in aere alieno) in Abzug: aliter enim videbitur indotatam uxorem habere (I. 85 D. leg. Falc. 35, 2, vgl. oben §. 417 I, 2), ingleichen thut dies sein Mäterbe so lange das Präceptionssrecht (Anm. 11—13) noch nicht geltend gemacht ist (I. 85 eit.). Ist dem Sohne die Dos prälegirt, so unterliegt zwar auch dieses Legat der Falcidia, allein auf den Belang des Abzugs hat er dann wieder Präceptionssrecht: I. 1 §. 13 D. dote prael. 33, 4. Mandry a. a. D. S. 294. — Das im Text Folgende ist auf einen Wink des Verfassers von seinem

verstehen, warum auch über den Tod des Vaters hinaus, so lange die Ehe des Sohnes dauert, die Dos mit dieser Ehe verbunden und für deren Lasten bestimmt bleibt. Consequenterweise nämlich, nicht blos billigkeitshalber¹⁰⁾ bekommt sie der Sohn beim Tode des Vaters als Præcipuum¹¹⁾, ohne daß ihm ein solches vermacht wäre¹²⁾, ja selbst ohne daß er Erbe wird¹³⁾. Die dos ist unter den Dingen, welche beim Tode des Vaters den Söhnen noch vor dem Erbgang zufallen: wie das matrimonium (seine sämmtlichen Rechte und Lasten), die Kinder und die Tutel¹⁴⁾. Nach alldem sind Bechmann (II. S. 48. 49. S. 283 unten) und Scheurl (a. a. D. Bd. XI, S. 114 oben)¹⁵⁾, auch nicht im Rechte, wenn sie glauben, daß jener Erwerb des Vaters (S. 692) dem späteren Sondereigenthum des Kindes am Adventizgute (§. 463 fg.)

früheren Platz (S. 1231 der ersten Aufl.) um etwa zehn Zeilen vorgerückt worden. Zu diesem Behuf sind die Übergänge etwas verändert, namentlich ist am Anfang ein Wenig weggelassen worden.

10) Bechmann a. a. D. II S. 282 und Czylarz a. a. D. S. 26—29. Dagegen auch Mandry a. a. D. S. 303 Anm. 14.

11) vorausgesetzt daß beim Tode des Vaters die Ehe noch besteht (I. 20 §. 2. 1. 46. I. 51 pr. D. fam. erc. 10, 2 u. a. Mandry a. a. D. S. 294) und nur soweit als der Vater de dote belangt præstiren müßte, auch hinsichtlich der Zeit (Mandry a. a. D. S. 296).

12) I. 20 §. 2. 1. 46 in fin. I. 51 pr. D. fam. ercisc. 10, 2 citt. 1. 85 in fin. D. leg. Falc. 35, 2. 1. 1 §. 9. I. 7 §. 3 D. dot. prael. 33, 4. I. unie. §. 10 C. rei ux. act. 5, 13, nach der letzten Stelle mit der Auflage einer Caution an die Miterben nur im Falle der dos stipulata; wegen der Literatur über diesen bestrittenen Punkt s. Mandry, a. a. D. S. 297 Anm. 11; vgl. auch unten §. 485 Anm. 16. — Was bei der Erbtheilung gilt auch bei der Gesellschaftstheilung und aus dem nämlichen Grunde: Si unus ex sociis maritus sit et distrahatur societas manente matrimonio, dotem maritus præcipere debet, quia apud eum esse debet qui onera sustinet. I. 65 §. 16 D. pro soc. 17, 2, s. oben Bd. II §. 335 Anm. 59. Czylarz, Dotalr. S. 25 sieht in diesem Präceptionrecht nur eine Folge der Societät.*

13) es sei nun, daß er enterbt ist (I. 1 §. 9 in med. D. dot. prael. 33, 4), oder daß die Bedingung seiner Erbteinsetzung schwächt (I. 46 D. fam. erc. 10, 2). Nur die Verfolgung der Dos ist in Ermangelung des Erbganges eine indirekte (utilis familiae erciscundae actio — I. 1 §. 9 D. dote prael. 33, 4, oben §. 407 Anm. 12, vgl. Mandry a. a. D. S. 293 Anm. 6); der Anfall des Rechtes selbst ist hier so direct wie sonst. — Was für Rechtsmittel hat der ff. im Falle der Emancipation, oder sein unmehriger Adoptivvater? Beim „Schweigen der Quellen“ verschiedene Meinungen der Neueren, worüber Mandry a. a. D. S. 303. 304.

14) I. 46 cit. in fin. — mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. cf. I. 4. I. 22 §. 1. I. 29. I. 51 D. operis lib. 38, 1.

15) ebenso Dernburg, Band. III §. 16 Anm. 1.

gewichen, und also neuestens die Dos schlechthin im Vermögen des Mannes sei. Ob der verheiratete Sohn eigenes Vermögen hat oder nicht: die Last seiner Ehe liegt gleichmäßig auf dem Vater, wosfern er nur noch in dessen Gewalt ist¹⁶⁾. Auch müßten wir den Compilatoren ein Versehen zur Last legen, wenn sie das Eigenthum an der Dos einerseits (im Codex) dem Sohne, anderseits (in den Pandekten) aber dem Vater gewährt hätten¹⁷⁾.

2. In einem weiteren Sinne des Wortes kannemand empfangen, ohne daß im körperlichen Sinne des Wortes ihm gegeben wird¹⁸⁾. So wird es möglich, daß der Mann oder sein Gewalthaber die Dos empfängt, während die Dotal Sachen einem Anderen gegeben werden, einem Anderen cedit, delegirt, promittirt &c. wird: nicht etwa blos so, daß dieser Andere nur Stellvertreter oder Gewaltsunterthäniger¹⁹⁾ des Mannes &c. ist, sondern so, daß er selbst Eigenthümer, Gläubiger &c. ist und bleiben kann; wohl aber überall nur so, daß er es mit Wissen und Willen des Mannes wird²⁰⁾, also doch anstatt seiner wird. —

Dem Manne oder seinem Gewalthaber steht, mit Ausnahme von Dotalgrundstücken (fundus dotalis), auch die volle Disposition über das Dotalvermögen zu. An Dotalgrundstücken

16) arg. I. 56 §. 2 D. h. t. 23, 3: Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxori. Hier ist eine der rechtlichen Bedeutungen des Satzes, daß die Dos ad onera matrimonii da sei, worin Mandry a. a. D. SS. 299, 302, 303 Ann. 14 blos die „materielle Bestimmung“ der Dos im Gegensatz zum „juristischen Wesen“ erblickt. Vgl. oben §. 472 Ann. 8 u. 10. Auch z. B. beint utendum dare ist utendum ebenso materielle Bestimmung wie juristisches Wesen des Commodats.*

17) Diesem Satz ist in einem Handexemplar des Verfassers wohl von ihm selbst ein Fragezeichen beigesetzt worden. Wahrscheinlich richtet sich der Satz gegen die Meinung von Bechmann, daß im Fall der Dosbestellung an den Haussohn die Präception nach Justinianischem Adventienierrecht „für antiquirt“ zu halten sei, „obichon sie in den Pandekten noch erwähnt wird.“

18) vgl. Bd. II §. 296 Ann. 9 §. 300 Ann. 28, §. 304 Ann. 44.

19) I. 46 pr. D. h. t. 23, 3.

20) I. 19 D. h. t. 23, 3: Etiam si alii iussu mariti dos detur, nihil minus maritus de dote obligatur. I. 59 pr. eod. I. 14 pr. D. fundo dot. 23, 5. I. 22 §. 12 D. sol. matr. 24, 3. Bechmann a. a. D. II §. 59. Scheurl a. a. D. XI, SS. 112, 113. Czylilarz a. a. D. §. 52. Lotmar, Causa S. 128/9.

aber entbehrt er, freilich erst auf Grund einer (Singular-)Gesetzgebung²¹⁾, und nur soferne die Dos zugleich wahres Frauengut, also nicht recepticisch ist²²⁾, des Veräußerungs und Verpfändungsrechtes. Dieses Veräußerungsverbot ist auch auf die bloße Minderung des Eigenthums²³⁾, ja selbst auf Entäußerung durch Erbszung, die nach der Dotirung begänne²⁴⁾, gleichviel ob ihr eine Veräußerung des Mannes selbst vorausgeht oder nicht²⁵⁾ — und von der Veräußerung durch den Ehemann auch auf die durch den Bräutigam, sowie auf die nach der Ehe bis zur Restitution der Dos erstreckt werden²⁶⁾. Für Fälle, da die Veräußerung ohne den Willen des Mannes oder seines Universalsuccessors geschieht, gilt das Verbot nicht²⁷⁾; ist aber dieser Wille da, so kommt darauf, ob die Frau, geschweige denn ob der Schwiegervater will oder nicht will, nach neuestem Rechte nie mehr (auch bei der Veräußerung, nicht blos bei der Verpfändung) etwas an²⁸⁾. Allein gegen ihre eidliche Versicherung, die Veräußerung ic. nicht anzusehen zu wollen, kommt die Frau nicht auf²⁹⁾. Ob dem Manne, wenn er vindicirt, nicht ohnedies eine ex-

21) pr. J. quib. alien. licet. 2, 8. Dig. de fundo dotali 23, 5. Cod. eod. tit. 5, 23. l. un. §. 15 C. rei ux. act 5, 13. Bd. I §. 25. §. 134 Anm. 29.

22) 1. 3 §. 1 D. h. t. 23, 5: Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est. S. unten §. 478 unter b und Eyzhlarz, Dotalrecht S. 199 a — c.

23) Bd. I §. 130 Anm. 5, z. B. durch Aufgebung, oder Auflegung von Servituten: 1. 5. l. 6 D. h. t. 23, 5.

24) 1. 16 D. h. t. 23, 5 und dazu Arndts, Pand. §. 402 Anm. 3. Oben Bd. I §. 156 Anm. 39. 40.

25) Eyzhlarz, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XXII, S. 420 Anm. 37, Dotalr. §§. 201. 202 und Bechmann, Dotalr. II §§. 452—4 gegen Savigny, Syst. IV, S. 566 fg. und Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47. S. 140 fg.

26) 1. 4 D. h. t. 23, 5. — 1. 12 pr. eod.

27) 1. 1 pr. D. h. 23, 5 (missio in poss. damni inf. nomine). 1. 78 §. 4 D. de iure dot. 23, 3 (adiudicatio im iudicium com. div.), cf. I. 18 §. 2 D. castr. pec. 49, 17; arg. l. 1 §. 1. l. 2 D. h. t. 23, 5. Eyzhlarz, Dotalr. S. 202 fg.

28) 1. 12 D. h. t. 23, 5. l. un. §. 15 C. rei ux. act. 5, 13. pr. J. quib. alien. 2, 8. cf. l. 1 pr. D. h. t. 23, 5. Gai. II, 63. Paul. R.S. II, 21b §. 2.

29) cap. 28 X. iureiur. 2, 24. cap. 2 in VI^o iureiur. 2, 11;

ceptio entgegenstehe, ist streitig³⁰⁾. Der Umstand, daß „venditio non valet“³¹⁾, scheint uns die Verneinung der Frage noch nicht zu rechtfertigen; er macht nur exceptionem rei venditae et traditae, nicht auch schon exceptionem doli überhaupt unmöglich. Zwar verwirft Czylarz (§. 430 fg., citirt in Anm. 25 init.) auch diese; allein sollte nicht schon darin, daßemand seine eigene Handlung, sein eigenes Wort ansieht, gleichviel ob dieses rechtswirksam ist oder nicht, insolange eine Unredlichkeit liegen, als dies nicht (durch Irrthum usw.) entschuldigt wird³²⁾. Ferner wird in I. 77 §. 5 D. leg. II. die venditio erst nachträglich, und zwar durch die Frau, richtig (irrita). Dann wird der Mann, welcher das Totalgrundstück veräußert, dem Verkäufer einer res furtiva zur Seite gestellt³³⁾; ein solcher kann aber ohne Zweifel selbst nicht vindiciren. Endlich soll die Veräußerung unanfechtbar werden dadurch, daß der Mann die dos lucirt³⁴⁾. Ein sicherer Schluß läßt sich aus diesem letzten Satze nun zwar allerdings weder für noch gegen das Vindicationsrecht des Mannes ziehen³⁵⁾.

„gemeinrechtlich genügt deren Zustimmung“: Dernburg, Pand. III §. 18 Anm. 10, mit Hinweis auf ältere Doctrin, und I §. 121 Anm. 5 daselbst.

30) i. Bd. I §. 134 g. E. §§. 491, 492 und die dort Anm. 39 Genannten (wo es heißen soll Czylarz, Totalr. §. 204 fg.), dazu Brandis, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VII, S. 191—194. Windscheid, Pand. §. 497 Anm. 13. Dernburg Pand. III. §. 18 Anm. 11.

31) I. 42 D. de usurp. 41, 3, von Arndts, Pand. §. 402 Anm. 2 betont, während Brandis a. a. D. S. 193 Anm. 3, darin nicht auch den Contract für richtig erklärt findet, sondern nur die alienatio, und daher auf die von den Meisten anerkannte Evictionshaftung des Mannes verweist, vgl. I. 9 C. praed. min. 5, 71.

32) vgl. das factum in I. 31 C. evict. 8, 44 (45), das ut ex suo mendacio arguatur in I. 41 D. pign. act. 13, 7, und improbe enim rem a se distractam evincere conatur in I. 17 D. evict. 21, 2, dazu das factum suum und daß dagegen nicht aufzukommen sei durch Berufung auf mangelndes ius (emancipationis — nämlich auf formale Mängel) in I. 25 pr. D. adopt. et eman. 1, 7, endlich I. 12 §. 2 D. ratam rem hab. 46, 8, wo exceptio doli gegen den, der seiner immerhin verspäteten und darum ipso iure nichtigen ratihabitio entgegen flagt. S. jedoch auch Brandis a. a. D. S. 131 Anm. 4. S. 184 fg.

33) I. 42 D. usurp. 41, 3 cit.

34) I. 17 D. h. t. 23, 5. I. 42 cit., über diese Bd. I S. 491 und Enneckerus, Rechtsgeschäft S. 302.

35) Czylarz a. a. D. S. 434. Brandis a. a. D. S. 193, der daraus zu Gunsten des Vindicationsrechts schließt, supponirt den rationellen Grund (S. 194), es könnte sonst constante matrimonio von Niemanden vindizirt,

Allein bemerkt muß doch werden, daß der Mann gerade hierin dem Verkäufer des res furtiva in l. 42 cit. ausdrücklich an die Seite gestellt ist. Wenn nun dieser jetzt erst, nachdem er den Eigentümer beerbt, vindiciren könnte, allein von wegen seiner Verkaufshandlung nicht vindiciren darf, so dürfte doch auch bezüglich des Mannes gemeint sein, daß jetzt erst, nachdem er das ehefräuleiche Dotaleigenthum erworben, an eine Vindication zu denken, allein eine solche auch jetzt, wegen des Conflicts mit der eigenen That nicht zuzugeben sei. Daher die nunmehrige Convalescenz der Veräußerung³⁶⁾.

§. 474.

Fortsetzung.

III. Die dos ist zugleich Frauengut, res uxoria¹⁾; durch die dos wird auch die Frau begabt, ausgestattet (dotata)²⁾, nicht blos insoweit, als ihr in Gestalt des Unterhaltes die

also der Deterioration des fundus nicht vorgebeugt worden: eher sei der Mann zur Vindication sogar verpflichtet.

36) confirmari convenit — 1. 42 cit. Wider die letzte Argumentation Arndts Band. §. 402 Ann. 2 a. E.

1) Gell. N. A. IV, 3, 1 u. 2. Rubr. C. de rei uxoriae act. 5, 13 (vgl. Voigt, Lex Maenia Ann. 55 a. E.), dos mulieris est: l. 75 D. h. t. 23, 3. l. 71 D. evict. 21, 2, mulieri adquiritur: l. 33 in f. D. h. t. 23, 3. l. 7 D. pact. dot. 23, 4. l. 9 pr. D. cond. causa data 12, 4. l. 4 §. 22 D. doli mali. exc. 44, 4, in matrisfamilias bonis: l. 4 D. coll. 37, 6 und demgemäß vom Vater der Frau: in bonis eius non est: l. 1 in fin. D. dot. coll. 37, 7 (andererseits in bonis mariti: l. 75 D. h. t. 23, 3. l. 21 §. 4 D. ad munic. 50, 1. Boeth. in Cic. top. 6, 17, 65. cf. l. 7 §. 3 D. h. t. 23, 3. l. 9 §. 3 D. qui potiores 20, 4. l. 2 C. Greg. inoff. test. 2, 6), patrimonium mulieris: l. 16 D. relig. 11, 7. l. 4 C. in quib. eau. pignus 8, 14 (15). Val. Max. VIII, 2, 3, dos ipsius filiae proprium patrimonium est: l. 3 §. 5 D. min. 4, 4; vgl. auch l. un. §. 14 C. rei ux. act. 5, 13 (quasi proprium patrimonium). l. 81 §. 1 D. leg. Falc. 35, 2 (suam rem). l. 24 §. 5 D. sol. matr. 24, 3 (in alienis h. e. in dotalibus). l. 7 §. 12 in f. eod. (in alieno). l. 24 D. rer. am. 25, 2 (proprios viri vel etiam dotales).

2) d. B. l. 1 pr. D. qui potiores 20, 4. l. 24. l. 71 D. evict. 21, 2. l. 25 §. 1 in f. D. quae in fraud. cred. 42, 8. l. 9 §. 1. l. 40. l. 63. l. 78 §. 2. D. h. t. 23, 3. l. 37 D. sol. matr. 24, 3. l. 4 §. 21 D. de doli mali exc. 44, 4. l. 85 D. leg. Falc. 35, 2. l. 4. l. 12 §. 1 in f. D. pact. dot. 23, 4. l. 69 §. 2 D. leg. I 30. l. 77 §. 9 D. leg. II 31.

dos zu statten kommt, sondern so daß sie eine dos hat³⁾, im Momente der Bestellung von ihr „erworben“ wird⁴⁾.

Damit will nicht gesagt sein, daß der Frau noch während der Ehe eine Besitznß oder Macht über die Dotaliachen zustehet, denn diese ist ausschließlich beim Manne⁵⁾; oder daß der Frau eine Proprietät an denselben im rechtsförmlichen Sinne (legum subtilitate) oder mit dem Manne zustehet, denn auch diese gehört lediglich dem Manne⁶⁾. Allein anderseits will auch nicht blos gesagt sein, daß der Frau ein Forderungsrecht, ein der-einstiges, bedingtes, zustehet⁷⁾, oder gar, daß die Frau von der dos genährt und gefleidet werde⁸⁾; allerdings wird der Frau das emolumentum dotis zugeschrieben; allein nicht als Ursache sondern als Folge des dotem habere⁹⁾. Zwar zählt auch in bonis, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, und scheint ipsam rem zu haben, wer „actionem ad rem recuperandam“ hat¹⁰⁾; allein demungeachtet heißt es von blos stipulirten, ja selbst von gekauften Sachen nirgends, daß sie des Stipulators, Käufers seien; sie mögen bei der Computa-

3) §. B. 1. 22 §. 1 D. evict. 21, 2. I. 71 §. 3 D. cond. et dem. 35, 1. 1. 43 §. 1 D. administr. tut. 26, 7.

4) 1. 33 in f. D. h. t. 23, 3. 1. 7 D. pact. dot. 23, 4. 1. 4 §. 22 D. de doli mali exc. 44, 4.

5) §. B. 1. 23 C. h. t. 5, 12 Nov. 97 c. 6 pr. — si vero nullius alterius domina consistit illa, nisi actionum, quae contra maritum sunt —

6) 1. 30 C. h. t. 5, 12 — legum subtilitate transitus earum (sc. rerum dotalium) in mariti patrimonium videtur fieri — secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse — 1. 3 §. 21 D. a. v. a p. 41, 2. 1. 7 § 3 1. 9 § 1. 1. 69 §. 8. 1. 75 D. h. t. 23, 3. 1. 7 C. servo pign. dato man. 7, 8.

7) §. B. Fein, Recht der Collation §. 148. §. 151 (vgl. hier oben §. 411 Anm. 22) und die Aelteren bei Glück, Comm. Bd. 25 §. 128 Anm. 12 (wegen des daselbst genannten Cujaz i. Dernburg, Pand. III §. 18 Anm. 1) — obwohl für obige Ansicht Nov. 97 c. 6 pr. cit. in unserer Anm. 5 zu sprechen scheint. Siehe aber auch 1. 1 §. 9. §. 13 D. dote prael. 33, 4. 1. 10 §. 1 D. leg. praest. 37, 5, wonach bei währender Ehe nicht ius actionis de dote besteht und dos nondum debeatur, andererseits 1. 14 in f. D. quae in fraud. cred. 42, 8.*

8) vgl. Haenel, dissensiones dominorum p. 438 g. vgl. Arndts, Pand. §. 404 Anm. 1.

9) 1. 71 §. 3 D. cond. 35, 1.

10) 1. 49 D. v. s. 50, 16. — 1. 15 D. r. j. 50, 17 u. a. St. vgl. Glück a. a. D. §. 146 Anm. 38. Meyerfeld, Schenkungen II, §. 41 fg.

tion des Vermögens z. B. aus Anlaß der lex Falcidia, städtischer Lasten v. ¹¹⁾) mit veranschlagt werden, bei der Verpfändung als eigene in Betracht kommen, wenn der Verpfänder nachher erwirbt ¹²⁾), und was den Kauf insonderheit anlangt, sich in Ansehung des periculum dem Eigenthum nähern (D. peric. et com. rei vend. 18, 6 Bd. II §. 319); von einer Rechtssprache, welche derlei Sachen als dem Gläubiger „erworben“, „eigenthümlich zugehörig“ u. s. f. bezeichnet, wie dieses bei der Dos in allen Wendungen, mit aller Bestimmtheit, und im bewußten Gegenfazze zu dem Rechte des Mannes der Fall ist, — findet sich nichts ¹³⁾): sonst würde ihr Vorkommen gerade bei der dos nicht so viel Aufsehen erregt haben. Ferner sind unter jenen actiones etc., die in bonis zählen, doch nur Forderungen gemeint, welche dem Gläubiger schon jetzt unbedingt zustehen; von der Dotalforderung der Frau aber sagt man, daß sie ein blos bedingtes nomen sei ¹⁴⁾.

Endlich fehlt es in den Quellen selbst an aller und jeder Andeutung, daß in dem fraglichen Rechte der Frau ein bloßes Forderungsrecht gemeint sei; umgekehrt ist in ihnen bezeugt, daß kein bloßes Forderungsrecht, geschweige denn ein blos eventuelles gemeint sei; und zwar nicht erst in Justinians vielseichmähter I. 30 C. j. d. (5, 12), welche von einem naturale dominium der Frau spricht und daraus ein Vindicationsrecht ableitet, sondern auch in der classischen Jurisprudenz; denn obwohl auch dem Vater der Frau ein eventuelles Dotalforderungsrecht zusteht, unterscheiden Africanus und Paulus diese Zuständigkeit mit aller Ausdrücklichkeit und practischer Folgerung von dem eius esse und in bonis habere der Frau ¹⁵⁾.

11) I. 21 §. 4 D. municip. 50, 1: — constante matrimonio dotem in bonis mariti esse: sed (et) si ad munera municipalia a certo modo substantiae vocentur, dotem non debere computari.

12) I. 1 pr. D. pign. 20, 1. Bd. II §. 351 Anm. 16 fg. §. 354 Anm. 7.

13) wohl das ausdrückliche Gegentheil in I. 34 pr. D. de auro leg. 34, 2 — (aurum) quod suum esset, non quod in actione haberet —. Aber freilich heißt es nur von der dos, daß sie mulieris sei, nicht von den in dote befindlichen Sachen, vom fundus dotalis u. s. w.; s. jedoch auch Anm. 1 a. E. und §. 475 bei Anm. 1.

14) Siein am Anm. 7 angef. D.

15) I. 4 D. coll. 37, 6 — non sicut in matrisfamilias bonis esse

So müssen wir uns in dieser seit der Glosse schwebenden Controverse: *Dotis dominium utrius sit, mariti an uxoris?* (Haenel, diss. dom. §. 266), zwar unbedenklich zu der gegenwärtig herrschenden Ansicht bekennen, daß das Eigenthum an den Dotalsachen ohne Unterschied beim Manne sei¹⁶), zugleich aber behaupten, daß dem anderen Befunde der Quellen, wonach die Dos doch auch der Frau gehört, — den einzigen Scheurl ausgenommen — nicht genügend Rechnung getragen werde¹⁷); daß die dos so wie die Quellen sagen, auch in Wirklichkeit und während der Ehe, sofort nach ihrer Bestellung für die Frau kein bloßer Gegenstand dureinstiger etwaiger Forderung, oder bloßen Bekommenwillens, sondern ein Gegenstand sofortigen, unbedingten, fertigen Habens sei. Vgl. hier oben S. 286. 287.

§. 475.

Fortsetzung.

Dieses Haben der Frau hat nun freilich, was zunächst

1. seine Art anlangt, zweierlei außergewöhnliches an sich.

a. Es ist in Wahrheit eine Habe, ein Vermögen der Frau, das zwar wie jedes Vermögen von mannigfaltigen und wechselnden Bestandtheilen ist (Bd. I §. 124), dessen Bestandtheile jedoch sämtlich Rechte nicht der Frau, sondern des Mannes,

dos intellegitur, ita et in patris, a quo sit profecta. I. 71 D. evict. 21, 2 — non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest — cf. I. 2 §. 1. 1. 22 §. 1 D. sol. matr. 24, 3.

16) Bechmann, Dotalr. §. 30. Czvylarz, Dotalr. §. 54.

17) §. 476 Anm. 25. Czvylarz, Dotalr. S. 190 veracht die Ansicht, daß der Ausdruck dos mulieris est „gar kein jachenrechtliches Verhältniß der Frau zur dos bezeichnet, sondern lediglich eine dotalrechtliche Bedeutung hat, indem er nur die bereits jetzt vorhandene Beziehung der dos auf die Frau betont“. Die Natur eben dieser Beziehung steht in Frage. S. auch Bechmann, Dotalr. I S. 184 Anm. 1. Dernburg, Pand. III §. 19 sagt die dos sei „nach der Auffassung des Lebens“ Frauenvermögen. Diese Auffassung wird als die ihrige von den römischen Juristen fundgegeben (oben Anm. 1), welche für den Pandecten die Auffassung des Rechts repräsentiren. Daher auch Dernburg, Pand. III §. 140 bei Anm. 12. Hingegen nach Wendt, Pand. §. 299 vergleicht sich im Fall die Frau nicht Paraphernen hat „die Rechtslage mehr, als gewöhnlich angenommen wird, der Gütereinheit des Sachenspiegels; denn die dos ist Frauenamt in der Hand des Mannes“. S. auch daselbst §. 301 a. E.**

und zwar, mit Ausnahme des fundus dotalis (S. 696), so vollkommen und unbeschränkt Rechte des Mannes sind, als nur irgendwem Vermögensrechte zustehen können. Und wie sonst wer das Einzelne, auch das Ganze hat, so wird dem Mann nicht blos das Recht der jeweiligen einzelnen Bestandtheile der Dos, sondern auch die Dos selbst zugeschrieben (S. 692 bei Anm. 3). Also darf man sich nicht etwa vorstellen¹⁾, „der Frau gehöre die Dos, dem Manne gehören die Dotalgegenstände“. Ebenso wenig läßt sich nach der ökonomischen und rechtlichen Seite des Vermögens (Bd. I §. 124) unterscheiden, und sagen, daß der Mann die Dos dem Rechte, die Frau dem Werthe nach habe, obwohl einiges schon vorgekommen ist oder noch vorkommen wird, was zu dieser Unterscheidung verführen könnte (S. 609 und §. 481 Anm. 14); denn jene beiden Seiten des Vermögens sind untrennbar; der Mann, der das Recht des Vermögens hat, hat damit nothwendig auch seinen Werth. Soweit stehen wir vor der gewiß außergewöhnlichen Erscheinung, daß die Frau in der Dos ein Vermögen hat, welches nach allen seinen Seiten der Mann hat²⁾. Dagegen muß nun geltend gemacht werden, daß der Mann die Dos nicht blos um seiner selbst willen hat. Sicher ist, daß er sie nur um der Ehe willen empfängt (§. 472). Weiterhin kann man aber nicht sagen, daß er die ganze Dos um der Ehe willen auch hat; denn dieses gilt näher betrachtet nur von dem fructus dotis (§. 473); daß er nicht auch die Substanz der dos für die Ehe hat, zeigt sich darin, daß er sie mit Aufhebung der Ehe sonst oft, jetzt regelmäßig wieder hinausgeben muß, jedenfalls aber erst von jetzt an für sich behalten kann („lucirt“) (§. 476 Anm. 4). Hat er die Substanz der Dos weder für die Ehe, noch für sich, so wird nichts übrig bleiben als daß er sie für die Frau hat, an oder für welche, von der dos recepticia und der Lucirung

1) mit dem Recensenten von Tigrström, röm. Totalr. I in den Erlanger Jahrb. d. jur. Lit. her. von Schunck Bd. 18 S. 134, nach einem Zuge der Gedanken, dem wir auf verschiedenen Punkten Widerstand geleistet haben: oben §. 357 Anm. 2 und S. 473 Z. 7 f. S. jedoch auch oben §. 473 nach Anm. 13. §. 474 Anm. 13 und Bd. I §. 168 bei Anm. 8.

2) vgl. Scheurl, M. Vierteljahresschr. VI S. 28.

der dos abgesehen, die Dos zu restituiren ist. Damit trifft das ständige Wort der Quellen, daß die Dos mulieris, filiae nomine gegeben werde, zusammen. Dieses wird von Einigen dahin verstanden, daß der Dritte stellvertretend, anstatt der Frau, gewissermaßen also die Frau selbst gebe³⁾). Allein nirgends finden wir das mulieris nomine mit loco eius dare, sondern nur mit pro ea dare, promittere umschrieben⁴⁾), einem Ausdrucke, in welchem an und für sich nur gesagt ist, daß zu Gunsten, nicht daß anstatt der Frau gegeben sei. Wohl aber gibt es Stellen, in welchen „Namens der Frau“ gegeben, und die Frau gleichzeitig als „erwerbend“ dargestellt wird⁵⁾). Hier nach wird Namens der Frau gegeben, weil der Mann anstatt ihrer oder für sie empfängt, nicht weil der Geber anstatt ihrer gibt⁶⁾). Nur so kann die Bestellung an den Mann zugleich Schenkung an die Frau sein (S. 708/9). Einmal nimmt in Verbindung mit einer dotis constitutio Ulpian eine brevi manu traditio an, gleich als ob brevi manu acceptum a muliere et marito datum sei (l. 43 §. 1 D. j. d. 23, 3); allein dies thut er nicht für den Fall, daß dotis constitutio als solche, sondern für den, daß sie (wegen Nichterfolgs der Ehe) als gemeine Schenkung an die Frau wirksam werden soll. Hiezu muß die Frau (damit sie conditionem erwerbe) als Geberin erscheinen; bei der Bewidmung mit einer Dos ist sie blos Empfängerin, Empfängerin durch den Mann, der in ihrem Namen empfängt. Wenn l. 9 C. pact. conv. 5, 14 eit. sie gleichwohl

3) Buchka, Stellvertretung S. 93 Anm. 2 und Thering, dogm. Jahrbb. II S. 96 fg. Dafür spricht auch buchstäblich die von beiden citirte l. 9 §. 4 C. pact. conv. tam sup. dote 5, 14 a. 468 — quoniam et alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offerre. Auch Donellus, comm. iur. civ. XIV, 4, 5 muß dieser Ansicht gewesen sein. Gleichwohl kann sie nicht richtig sein und ist auch von Beckmann a. a. D. II §. 58 mit guten Gründen verworfen; vgl. auch Cyhlarz a. a. D. §. 53.

4) z. B. l. 9 §. 4 eit. l. 9 pr. l. 29 D. h. t. 23, 3. S. auch Lotmar, über Caesa S. 114 g. E. S. 141 fg. und Schloßmann, Besitz erwerb durch Dritte S. 36.

5) l. 7 D. pact. dot. 23, 4: Cum dos filiae nomine datur — post datam — iam adquisita mulieri dos tum esset. l. 71 §. 3 D. cond. 35, 1. cf. l. 16 D. suis et leg. 38, 16.

6) vgl. die von Scheurl a. a. D. XI S. 112 oben angezogene l. 13 pr. D. a. r. d. 41, 1.

als Geberin darstellt, so beruht dies auf dem ganz äußerlichen Motive, etwas, das für den Fall vorgeschrieben ist, da die Frau wirklich selbst gibt, auch gelten zu lassen, da ein Anderer für sie gibt; die Absicht, eine verborum significatio aufzustellen, lag der Stelle nicht zu Grunde.

Damit, daß der Mann die Substanz der Dos oder die Dotalachen selbst für die Frau hat, trifft zusammen, was jetzt Scheurl (a. a. D. XI. S. 110) „bei mehrerer“ und fügen wir bei: wahrhaftiger „Vertiefung in die Quellen“ gefunden: daß es ihm „immer entschiedener als eine wesentliche Grundanschauung entgegentrete, daß die Dos eine dem Manne nur „anvertraute res uxoria ist, wie bei der fiducia cum amico „und cum creditore contracta die einzelne Sache, obwohl sie „formell Eigenthum des Depositars und Gläubigers ist, doch „durchweg nur als ein ihm anvertrautes fremdes Gut behandelt wird“⁷⁾.

Also empfängt, hat der Mann die Dos, so viel deren Substanz, oder die Dotalachen selbst anlangt, für die Frau; die Frau aber, sagen wir nunmehr, hat sie durch den Mann. Wir freuen uns ausgesprochen zu finden, daß die Dos nach „einer mehr natürlichen, sittlichen Betrachtung“ der Frau gehören⁸⁾, und damit ein Stück Wahrheit von dem auf ihm gelegenen Anathem erlöst zu sehen; allein mehr als die natürliche-sittliche Betrachtung scheint uns die natürliche Logik zur Anerkennung eines gewissen ehefrülichen Dotaleigenthums zu drängen. Ich habe durch den, der für mich hat. Ist dieses mein durch einen Anderen in der Gestalt von sein getragene Haben gleich anders als das seinige, passiv neben dem activen, formlos neben dem gesetzten, so ist es deswegen nicht nicht da; unwegdenk-

7) Treffend wird auch die Nebeneinanderstellung der res pignori dattae und res dotaes in I. 18 pr. in fin. D. commod. 13, 6 (welche selbst ohne die fiducia durch die Mancipation sich rechtfertigt, Bd. I §. 139 S. 518) hierherbezogen. Vgl. auch Nov. 97 c. 2. Gegen den Hinweis auf die fiducia Cynthiarz, Dotalr. S. 195.

8) Scheurl, M. Vierteljahrsschr. VI S. 28, ähnlich Windscheid, Pand. §. 496 Anm. 3, gegen Beilde Cynthiarz, Dotalr. S. 195, der „den Gegensatz der juristischen und natürlichen Auffassung“ erst in Justinian's I. 30 C h. t. 5, 12 (u. §. 476 Anm. 30) hervortreten sieht.

bar für den Gedanken hat es auch seine Wirkungen, und zwar seine praktisch-rechtlichen Wirkungen (Scheurl, a. a. D. S. 29. Unten §. 476).

Trotz aller Auffälligkeit ist also die Duplicität des Dotaleigenthums dennoch zu behaupten und aufrecht zu halten. Zwar ist es nicht das Gewöhnliche, daß derjenige welcher etwas für einen Anderen hat, und also dessen bloßer Vertreter ist, als Selbstberechtigter, Selbstgläubiger, Selbsteigentümer steht; allein so gar selten ist diese Erscheinung gleichwohl nicht⁹); auch daß der Vertretene daneben noch Inhaber bleibt kommt vor; so bleibt der suus heres noch quodammodo dominus inmitten der väterlichen Selbst- und Alleinberechtigung (§. 460), wird das adventicische Sondergut als ein Vermögen des Kindes schon in der Zeit bezeichnet, da dasselbe noch in der Proprietät des vertretenden Vaters steht („res ex matris successione ad filios devolutae etc.“ §. 463 S. 647), und in der selben Weise wohl auch der Erwerb der Kinder an den luera nuptialia bereits als ein Vermögen der Kinder gedacht, als die Proprietät noch bei dem Parens blieb (§. 471 bei Ann. 37 fg. 40 fg. S. 685. 686)¹⁰).

9) Bd. II §§. 252. 253. 258 besonders S. 169. S. 209. Bd. III §. 447 (S. 552. 553) §. 460 bei Ann. 25 fg. (S. 622). §. 463 nach Ann. 8 (S. 644). „Der Mann ist rechtlich unumströmter Herr der Dos, faktisch aber lediglich Verwalter des Frauenvermögens, wie der Vormund des Mündelgutes, der Hausherr des Familienvermögens“. Pernice, Labeo I S. 453.

10) Tigerström's procuratorisches Eigenthum (Dotalrecht I S. 201) war darum ein Gedanke, der all seiner Umgebung und Ausführung ungeachtet mehr Beachtung verdient hätte, als ihm geworden ist; s. Schunck's Jahrbb. d. jur. Lit. Bd. 18 S. 133 fg. Meijerfeld, Erbentfungen II S. 41 („nach der höchst abenteuerlichen Theorie, welche v. Tigerström die Effronterie gehabt hat als die einzige richtige hinzustellen“), Fein, Collation S. 153 Ann. 36, Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 65, Puchta, Vorlesungen II S. 283, Arndts, Pand. §. 404 Ann. 1 a. E. Zum procuratorischen Eigenthum vgl. I. 4 §. 3 D. alien. iud. mut. 4, 7 — per procuratores litigare dominio in eos plerumque ex iusta causa translato. Bd. I §. 62 Ann. 3. Auch daß der Verpfändner quo ad usucaptionem fortbesitzt (I. 16 I. 33 §. 4 D. usurp. 41, 3. Bd. I §. 139 Ann. 11), gehört hierher. Der Verpfändner bei der fiducia kann die fiducierte Sache, trotzdem sie ex iure Quiritium beim Gläubiger ist, per praceptionem vermachen (Gai. II, 220. Arndts bei Güld, Comm. Bd. 46 S. 34). Das Vermächtniß einer fiducierten, im condominium des Gläubigers und Testators geweheuen Sache galt wohl pro parte als ein legatum rei alienae: Arndts a. a. D. S. 185. Mandry, M. Vierteljahresschr. XII

b. Dieses Vermögen der Frau ist von einer ungewöhnlichen Persönlichkeit¹¹⁾). Einerseits bleibt es an der Person der Frau haften, wo sonstiges Vermögen unter-, oder auf andere Personen überginge¹²⁾; anderseits hört es mit der Person der Frau auf, während anderes Vermögen sie überdauern würde; so wenigstens nach classischem Rechte und bis auf Justinian¹³⁾. Es fehlt nicht viel, so könnte man die das als ein gestiftetes Vermögen bezeichnen, dessen Erträgniß zunächst für die Ehe und das im Uebrigen für die Frau gehört¹⁴⁾; Object oder Zweck statt Subject dieses Vermögens würde sie gewissen Schicksalen (der capitis deminutio), denen das Subject unterliegt, natürlicherweise nicht unterliegen; als Object würde sie auch keine Erben haben. Allein so sicher der Mann die das als Subject hat, wiewohl er sie nicht um seinetwillen hat, so bestimmt wird auch die Frau als persönliche und wirkliche Inhaberin dieses Vermögens betrachtet; wir müssen uns darauf beschränken zu sagen, daß hier einer der Fälle vorliegt, welche den Uebergang vom Personen- zum Zweckvermögen bilden¹⁵⁾. Daraus daß es sich hier und in verwandten Fällen um ein erst zu erwerbendes Vermögen handle (Bechmann, Totalr. §. 20), ließe sich bloß die Nichtvererbung vor der litis contestatio oder praeparatio der Klage erklären; allein wie kann man ein Klagrecht präpariren, contestiren, daß man nicht zuvor hat? wie ein Klagrecht haben, ohne eine Haftung (obligatio) oder ein dingliches Recht, das schon zuvor da wäre?

S. 504. 505 führt noch weitere Fälle von procuratorischem Eigenthum an, will aber keinen Schluß von solchem auf Doppelleigenthum zulassen.

11) was sich außer im Folgenden vorzüglich darin zeigt, daß die Frau, trotzdem sie unter väterlicher Gewalt steht, Inhaberin der Das ist, wovon §. 477 handelt. Eine äußere Verknüpfung des dort Gesagten mit der obigen Erörterung scheint vom Verf. beabsichtigt worden zu sein.

12) l. 8. l. 9 D. cap. min. 4, 5 — de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nibilo minus durat etiam post capitis deminutionem, ut quandoque emancipata agat. l. 5 §. 1 D. bou. damn. 48, 20.

13) Ulp. VI, 5. 7. l. un. §. 4 C. rei ux. act. 5, 13.

14) i. §. 472 Anm. 3.

15) i. neben Bd. I S. 234/5. Bd. III §. 472 Anm. 3. §. 477 nach Anm. 2. §. 415 Anm. 20 und S. 547 fg. auch in der ersten Aufl. S. 1021.

§. 476.

Fortsetzung.

2. Abgesehen von den Ausprüchen der Quellen bewährt sich das Dasein unseres ehefrülichen Dotaleigenthumes in seinen Folgen. Als eine solche muß vor allem die alte rei uxoriae actio bezeichnet werden. Das ist keine Klage, durch welche die Frau, wie man gemeinlich annimmt, erst zur Dos gelangt, sondern umgekehrt eine Klage zu welcher die Frau gelangt dadurch, daß sie die Dos hat. Die Dos führt zur Klage, nicht die Klage zur Dos. Ein Beleg hiefür liegt im Namen; es ist ihre Sache, die die Frau fordert und einflagt — res uxorius, uxoria¹⁾. Daß sie dies mit einer bloßen Forderungsklage thut, darf nicht irre machen; denn nicht nur kann man überhaupt seine Sachen auch mit bloßen Forderungsklagen (z. B. depositi, commodati etc.) heraus verlangen: unsere actio wird ausdrücklich nicht blos von Seneca Controv. I. 6, 5 als ein res repetere suas umschrieben²⁾, sondern auch in unseren Quellen als eine dotis sua recuperatio bezeichnet (l. 44 §. 1 D. sol. matr. 24, 3)³⁾. Eine Vindication aber war abgesehen von dem mangelnden formalen Eigenthum schon deswegen nicht möglich, weil die dos gar häufig schon beim Manne nicht mehr in den anfänglichen einzelnen bestimmten Sachen bestund.

Eine weitere Folge liegt darin, daß der Mann unter Umständen die dos „lucirt“⁴⁾ — so namentlich wenn er die Frau

1) vgl. Scheurl, M. Vierteljahreschr. VI S. 1.

2) Voigt, lex Maenia de dote S. 30 Anm. 50a.

3) In der Scheidungsformel „tuas res tibi habeto“ oder „tuas res tibi agito“ (l 2 §. 1 D. divort. 24, 2) bedeutet res Sachen, allein eher die eingebrachten überhaupt, als die Dotalsachen insbesondere. Die Meinung, daß in Plaut. Amph. III, 2, 47 — tibi habeas res tuas, reddas meas die beiden letzten Worte „ein von Plant. des Worthspiels halber gewählter untechnischer Zusatz“ seien (Voigt, lex Maenia S. 26 Anm. 39), kann nur insofern gelten, als die herkömmliche Formel diese Worte nicht enthielt. Dagegen die Ansicht, daß in der Formel „res nicht den Begriff von Sachen, sondern von Angelegenheiten vertritt“, scheint Voigt, XII Tafeln §. 35 Num. 1 aufgegeben zu haben. Bei Plaut. haben habeas und reddas das Wort res im nämlichen Sinn zum Object. — Vor dem folgenden Satz des Textes steht in der ersten Aufl. ein in dieser weggelassener, welcher Gegenstände gegenwärtiger Num. betrifft.

4) z. B. l. 2 pr. in fin. D. dot. prael. 33, 4. l. 5 D. divort. 24, 2.

überlebt und die Dos nicht weil profecticisch zum Vater heimkehrt⁵⁾, und später zur Strafe verschuldeter Scheidung (§. 471 Ziff. 1). Als etwas gedacht, das der Mann hatte, „verblieb“ ihm die dos (Ulp. cit.); als etwas das der Frau gehörte, verlor sie die Frau, „gewann“ sie der Mann⁶⁾. Wie der Mann gewinnt unter Umständen positiv und wahrhaft aber auch der Vater die Dos⁷⁾, und zwar in demselben Falle, da er den Mann ausschließt.

Ferner beruht der Satz, daß die Kosten des Begräbnisses der Frau vor allem auf ihrer Dos lasten, unverkennbar auf der Meinung, daß diese der Frau noch während der Ehe gehören⁸⁾.

Schwieriger ist es, zu sagen, ob die Bestellung einer dos, wenn sie von einem extraneus d. i. weder von der Frau selbst noch von deren Gewalthaber ausging, und auch nicht recepticisch war, als eine förmliche Schenkung an die Frau betrachtet⁹⁾ und darum bis auf Justinian (l. 31 pr. C. jure dot. 5, 12) von dem gewissen Betrage an der Insinuation unterworfen, oder ob sie nur Schenkung im weiteren Sinn und das Insinuationserforderniß auf den in l. 31 pr. cit. genannten Fall, da der Dritte die Frau stipuliren ließ, eingeschränkt war¹⁰⁾.

1. 62. l. 78 pr. (emolumentum ob dotem) D. h. t. 23, 3. l. 17 D. fundo dot. 23, 5. l. 11 §. 4 cf. §. 3 D. quod falso tut. 27, 6. l. 16. l. 20 §. 1. l. 27 §. 2. l. 29 pr. l. 30 §. 1 D. relig. 11, 7. l. 42 D. usurp. 41, 3. l. 10 §. 1 D. sol. matr. 24, 3. cf. l. 78 pr. D. h. t. 23, 3. l. 12 (11) §. 3 D. leg. Jul. de adult. 48, 5, überhaupt C. sec. nupt. 5, 9. Nov. 2 c. 2. c. 3. Nov. 22 c. 20—26.

5) Ulp. VI, 4. 5. 7.

6) Außerdem müßte man mit Bechmann, Dotalr. I S. 119 gegen l. 12 §. 8 (2) C. qui pot. in pign. 8, 17 (18) das lucrari zu bloßem Nichtverlust abschwächen. Kein lucrum ist es, wenn der Mann die donatio propter nuptias behält.

7) l. 16 D. relig. 11, 7 cit. und unten §. 477, wogegen Bechmann a. a. D. S. 120 Anm. 1.

8) — aequissimum enim visum est veteribus mulieres quasi de patrimonii suis ita de dotibus funerari — l. 16 cit. und Bd. II §. 321a Anm. 11—13.

9) gegen die Möglichkeit einer solchen (s. auch Anm. 13) Betrachtung und über die Möglichkeit mittelst Dosbestellung an den Mann eine Schenkung an die Frau zu machen Dotmar, Causa S. 144 fg.

10) für das Letztere Bechmann, Dotalr. I S. 216, wogegen Cyhlarz, Dotalr. S. 71.

Allein wenn sie gleich nicht alle Wirkungen einer Schenkung gehabt haben sollte, so wird sie dennoch geradezu als Schenkung an die Frau bezeichnet¹¹⁾, und hat sie wenigstens in einem Falle die charakteristische Wirkung einer solchen¹²⁾; ja l. 5 §. 5 D. doli mali exc. 44, 4 enthält ein starkes Argument dafür, daß sie auch ohne Stipulation der Frau dem modus donationum und darnach auch der Insinuation unterworfen worden sei. Nach l. 43 §. 1 D. j. d. 23, 3 ist die Frau durch die Bestellung der dos durch einen extraneus absolut beschenkt. Denn wenn sie nur deswegen nicht „in totum“ beschenkt ist, weil die Ehe noch nicht erfolgt ist, so ist sie nuptiis secutis in totum oder schlechthin beschenkt¹³⁾. Mag nun die Frau im engeren oder weiteren Sinne beschenkt sein: wenn sie es sofort mit der Bestellung ist, kann ihr Recht zum mindesten in keinem bedingten nomen bestehen. Weiteres noch unten §. 478 unter a.

Stünde ferner die Frau dem Manne während der Ehe „rein“ als Gläubiger gegenüber¹⁴⁾, so sieht man nicht ab, wie sie durch den fundus dotalis neben und gleich dem Manne zum possessor (cautionsfrei) wird; oder wie dem Manne an dem von ihm auf dem fundus dotalis gefundenen Schätze nur die Finderhälften (Bd. I §. 148 Anm. 44), die Eigentümerhälften dagegen der Frau gehört; beides ist aber der Fall¹⁵⁾.

Wäre die dos für die Frau eine blos eventuelle Forderung, so könnte es dieser nicht schaden, wenn eine bonorum

11) l. 9 §. 1. l. 33 in f. l. 43 §. 1 D. h. t. 23, 3.

12) l. 25 §. 1 D. quae in fr. cred. 42, 8. Die Dosbestellung scheint hier vom Gewaltherber der Frau ausgegangen zu sein.*

13) andere Deutung der Stelle bei Lotmar, Causa S. 149 fg. — Savigny, Synt. IV S. 124, not. s zweifelt nicht im geringsten, daß in unserer Bestellung stets eine Schenkung an die Frau enthalten gewesen sei, und Scheurl hält gegen Bechmann, Dotalr. §. 48 wenigstens im ersten Theile seiner Recension (a. a. D. VI S. 38) noch unbedingt daran fest. Ausführlich über die Frage, ob in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau „liege“, auch Cythlarz, Dotalr. S. 65—73. S. auch oben Anm. 9 und unten §. 478 Anm. 4.

14) Puchta, Vorlesungen II S. 282. Vgl. oben §. 474 Anm. 7 a. E.

15) l. 15 §. 3 D. qui satisd. cog. 2, 8, worüber Bechmann, Dotalr. I, S. 141 fg. — l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24, 3.

publicatio noch während der Ehe einträte: das Gegentheil enthält I. 24 §. ult. D. sol. matr. 24, 3. l. 3 D. bon. damn. 48, 20. cf. I. 36 D. sol. matr. 24, 3; — oder wie könnte dann das Dotationsvermächtniß, wonach der Erbe dem Manne dotis nomine geben soll, ein Vermächtniß nicht nur an den Mann, sondern zugleich an die Frau, ja vor allem an die Frau und zwar ein „pures“ sein? ¹⁶⁾

Wo die Frau das periculum der Dotsachen trägt, da geschieht dies nach dem Gesichtspunkt nicht der Forderungen oder dessen was ein Schuldner an und für sich zu prästirens schuldig sein kann (Bd. II §. 276. §. 277), sondern nach dem des Erwerbes der Dotsachen oder des Eigenthums ¹⁷⁾.

Eine weitere auffällige Folge davon, daß die Frau sofort mit der Bestellung eine dos hat, nicht erst bekommen soll, zeigt sich in der collatio dotis (§. 409 bes. Ann. 15. §. 411 Ann. 18 fg.): denn diese Collation geschieht nicht etwa blos, wenn zur Zeit des Erbgangs die Ehe bereits getrennt und dotis actio begründet oder gar die dos bereits restituit ist ¹⁸⁾, sondern ebensowohl noch während der Ehe, und darum meistens während der Ehe ¹⁹⁾; und zwar direct und unbedingt und ohne Caution: eine Vermittlung wird erst nothwendig, wenn die dos unter einer Bedingung bestellt ist, die noch schwebt ²⁰⁾.

Ebenso schließt die für die Frau bestellte Dos, sobald sie

16) I. 71 §. 3 D. cond. 35, 1 — ambo legati petitionem habuerunt. I. 69 §. 2 D. leg. 30 — filia habet actionem, cuius maxime interest indotatam non esse. I. 48 §. 1 D. h. t. 23, 3.

17) I. 33 i. fin. D. h. t. 23, 3. cf. I. 10 pr. §§ 4. 5 eod. I. 28 pr. D. don. i. v. et u. 24, 1; jedoch handelt I. 33 cit. vom nomen dotale, nicht von Dotsachen. Unten §. 484 nach Ann. 12.

18) I. 1 §. 6. I. 5 §. 1 D. dotis coll. 37, 7. Bgl. oben §. 297.

19) §. 409 Ann. 12. Czylarz, Dotationsrecht §. 193 Ann. 7. Windscheid, Pand. §. 498 Ann. 2. Argg. I. 1 §. 6 cit. I. 9 eod. I. 43 §. 1 D. adm. tut. 26, 7 — et poterit dici etiam manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem sic ut in collatione bonorum dicitur — so daß dieses habere dotem mit aller Reflexion und in Folge gemeinsamer Discussion angenommen ward; es häf tet nämlich die Frau dem Curator, der nicht donandi animo dotem für sie promittirt hat, und zwar manente matrimonio. I. 71 D. eviet. 21, 2 — nec conferre fratribus cogitur (sc. pater) dotem a se profectam manente matrimonio. cf. I. 4 D. coll. bon. 37, 6 (vgl. §. 474 Ann. 15).

20) I. 1 §. 7 D. dotis coll. 37, 7. Bgl. oben §. 411 Ann. 18 fg.

bestellt, nicht etwa erst nachdem sie ihr restituirt ist, die querela inofficiosi testamenti aus²¹⁾.

Endlich kann die Frau noch während der Ehe wegen Eviction klagen, wenn die von ihr gekaufte und dem Manne in dotem gegebene Sache evincirt wird; und zwar nicht etwa erst auf Grund eines vorgängigen Regresses von Seite des Mannes gegen sie selbst²²⁾, sondern sofort (statim) um desswillen, weil sie minorem dotem habere coepisset vel etiam nullam, si tantum maritus obtulisset, quanti fundus esset²³⁾.

Soweit die Folgen²⁴⁾. Modificationen bei der dos recepticia §. u. §. 478 b.

21) I. un. §. 12 C. rei ux. act. 5, 13. Oben §. 405 Anm. 13.

22) I. 75 D. h. t. 23, 3 — ipsa (sc. mulier) evictionem pati creditur ob id, quod eum (sc. fundum) in dotem habere desiit — cf. I. 69 §. 7 D. h. t. 23, 3. I. 71 D. evict. 21, 2. Bd. II §. 280 Anm. 13 und unten §. 482 Anm. 40 und 53.

23) I. 22 §. 1 D. evict. 21, 2. Windscheid, Pand. 498 Anm. 2 sieht in dieser Evictionsslage der Frau „nichts Besonderes“, unter Verweisung auf §. 391 Anm. 31 dagebst, wonach der Käufer, welcher weiter verkauft hat, von der seinen Käufer treffenden Eviction mitbetroffen wird. Allein dies folgt aus seiner eigenen Evictionshaftung. In den citirten I. 69 §. 7. I. 75 D. h. t. 23, 3 (Anm. 22) und I. 22 §. 1 D. evict. 21, 2 wird Evictionshaftung der Frau gegenüber dem Manne deutlich nicht vorausgesetzt. Liegt ihr solche bei der gemeinen dotis datio nicht ob, (worüber unten §. 482 Anm. 53), so ist ihr sofortiger Evictionsregress etwas Besonderes. Zur Erklärung desselben auf das Interesse der Frau (am Behalten seitens des Mannes) verweisen unterscheidet sich nicht wesentlich von der im Text gegebenen Ableitung.**

24) Dazu kommt, daß wenn gegen den Mann wegen eines fundus dotalis die rei vindicatio angestellt wird, die Frau als Prozeßbürgie fungiren kann, weil sie damit in rem suam bürgt (I. 8 §. 1 D. qui satis dare cog. 2, 8). S. ferner I. 25 §. 2 D. quae in fraudem credid. 42, 8, wo der Vater blos für den Fall der Restitution der Dos an ihn, die Frau dagegen sofort haftet. I. 13 §. 10 D. her. pet. 5, 3, wonach, wenn die Frau eine Erbschaft zur Dos gibt, hereditatis petitione der Mann utiliter, die Frau aber direct haftet; ganz besonders aber I. 19 §. 1 D. pecul. 15, 1, wonach der servus dotalis ein doppeltes oder peculium duplicitis iuris haben kann, eines quod ad maritum und eines quod ad uxorem respicit, welche Duplicität des Peculiums nicht für die Peculiarhaftung gegenüber Dritten gilt (simpliciter eum se. maritum de peculio teneri), daher nur „um seiner schlichtlichen Bestimmung willen“ angenommen wird von Mandry, Pecul. duplicitis iuris in Zeitschr. f. Rechtsgech. VIII §. 414. Endlich vgl. noch I. 77 §. 12 D. leg. 31. I. 81 §. 1. I. 85 D. leg. Falc. 35, 2. I. 10 §. 3. I. 69 §. 9 D. h. t. 23, 3 (in Ansehung des partus wird der Mann obwohl dominus ancillae und danach ihres Kindes wie ein Fructuar behandelt). I. 4 §. 22 D. doli mali exc. 44, 4. I. 21 §. 4 D. municip. 50, 1. Paul. r. s. IV, 1, 1 und unten §. 490 g. E.*

Nach all dem ist es weder eine unnütze noch eine unromische Meinung (Puchta, Vorl. II. S. 283), wenn man ein gleichzeitiges Dotaleigenthum beider Eheleute annimmt²⁵⁾. Hätte die classische Jurisprudenz es nicht selbst gesagt, daß die dos eine res uxorii sei, wir müßten das Dasein und die Realität dieses Eigenthums an seinen Folgen erkennen. Auch ist es sehr unwahrscheinlich (oben S. 609), daß die Dos jemals lediglich des Mannes gewesen, und das Recht der Frau nur äußerlich angewachsen sei (Bechmann I. §. 14). Bereits Plautus durfte dem römischen Publikum Dotalachen als Eigenthum der Frau vorführen (Miles glor. Act. IV. sc. 4. v. 30: — hasce esse aedis dicas dotalis tuas). Die griechische dos ($\pi\varrho\sigma\tau\varsigma$) war nur in der Herrschaft, nicht im Eigenthum des Mannes²⁶⁾, und erscheint so auch in dem Edicte eines römischen Statthalters in Aegypten (Bechmann, I. S. 112); dies berechtigt zu der Vermuthung, daß ehefräuliches Eigenthum der Grundgedanke des Heirathsgutes in der alten Welt, und daß nur die Verkleidung der eheherrlichen Vertretung in Gestalt der Selbstberechtigung specifisch römisch gewesen sei. Paulus in seinen Responsen I. 21 §. 4 D. ad munic. 50, 1 hatte darum gerade so guten Grund, die Dos von der Besteuerung des Mannes auszunehmen, als jener ägyptische Statthalter in seinem Edicte²⁷⁾; es waren keine ägyptischen Gedanken, denen

25) Nach Mandry, M. Vierteljahrsschr. XII S. 503 ist in Obigem der Beweis, daß die Anschauung der Quellen (s. §. 474 Anm. 1 fg.), in welchen die Dos als Vermögen der Frau erscheint, „von Bedeutung für die rechtliche Gestaltung selbst geworden ist“, „vollständig erbracht“. Indessen sollen sich nach S. 505 die Quellenausdrücke „nicht auf das rechtliche Angehören der Dos an die Ehefrau“ beziehen, daher nicht von Duplicität des Dotaleigenthums zu sprechen sei. Vielmehr gehöre die Dos der Frau nur insofern, als sie für die Frau (ihre Interessen) bestimmt sei, was in Rechtsfolgen hervortrete. Als solche ist aber Familiengüter. I S. 21—3 (auch S. 305 fg.), wo die gleiche Ansicht entwickelt wird, nur die dotis obligatio (S. 22 unten) angeführt und doch wieder S. 309 betont, daß das fragliche „Angehören nicht zusammenfällt mit der Unwertschaft auf die Dos.“ — Angesichts der dotis collatio (Anm. 18 fg.) möchte man fragen: Wie kann Einer conferiren, dem blos „materiell“ angehört?

26) Wachsmuth, hell. Alterthumskunde, 2. Aufl. II §. 103 S. 178 not. 102 b. Meier und Schömann, d. attische Proceß S. 419.

27) vielleicht auch das attische Recht, doch s. Böck, Staatshaush. d. Athener. 2. Aufl. II S. 665 fg.

Justinian und erst Justinian Einlaß gewährte (Bechmann I. S. 113).

Dafür daß die dos ursprünglich schlechthin dem Manne gehört habe, scheint noch am ehesten l. 1 D. j. d. 23, 3 zu sprechen: *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit* (Bechmann I. §. 7). Allein der erste Satz: *dotis causa perpetua est* — besagt nur, daß die dos kein blos vorübergehender Act, etwa bloßes Geben, sondern ein dauerndes²⁸⁾ Rechtsverhältniß sei; wem sie gehöre, ist damit noch nicht gesagt; ihre Dauerhaftigkeit aber bewährt sich gerade in der Person der Frau; dieser folgt sie, wie sich theils schon gezeigt hat (§. 475. 1 b.), theils noch zeigen wird über die Ehe hinaus und bis an's Grab (oben S. 706; unten §. 477). Der zweite Satz aber (*et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*) kann auch sagen wollen: es werde so contrahirt, daß die dos immer beim Manne bleiben möge — nicht blos: es werde so contrahirt, daß sie immer beim Manne sei. Da die Erwähnung eines bei der Dosbestellung vorkommenden Wunsches des Gebers (*cum voto eius*) legt das „möge“ näher. Wie man hierlands dem Käufer wünscht, daß er das Gefäuste gesund gebrauchen möge, kann sich an die Bestellung der Dos der Wunsch gereiht haben, daß sie dem Manne stets verbleiben, d. h. weder durch Scheidung, noch Tod (vor der Frau) entzogen werden möge; jedenfalls möchte etwas derartiges in der gewöhnlichen Intention des Bestellers liegen (vgl. Orelli, inserr. Nr. 460). Auch soll die Dos nur beim Manne, nicht des Mannes sein²⁹⁾.

28) deswegen aber kein „ewiges“ — dem *perpetuum* steht in derselben Stelle bezeichnend *semper* gegenüber und entgegen. — Nach Cujacins, *paratitl. ad Cod. l. t. 5, 12* ist mit obigem Satze auf die der Dosbringabe mit Kauf und Schenkung gemeinsame Ueberzeugung hingewiesen, die sie von den temporären causae wie Miethe, Commodat und Pignus unterscheidet. Wieder mehr im Einklang mit der unirigen die Deutung, „daß die Dos nicht eine Gabe auf Zeit, sondern geradezu eine definitive Gabe sei“: Czylilarz, *Dotat.* §. 3, wo auch anderer Auffassungen gedacht ist.

29) etwas anders Scheurl, *M. Vierteljahrsschr.* XI S 115. Nach Voigt, *Lex Maenia* S. 33 hatte die Parömie *dotis causa perpetua est* lediglich auf das im Todesfalle, nicht auf das im Scheidungsfalle geltende Recht Bezug, was aus ihrer Stellung in den Digesten erhelle an der Spitze

Immerhin war es nicht erst Justinian, der ein ehefräuliches Dotaleigenthum aufgestellt hat. Er weicht nur von der Form, nicht von Geist und Inhalt des alten Rechts ab, wenn er in l. 30 pr. C. j. d. 5, 12 der Frau nach Auflösung der Ehe sofortiges Vindicationsrecht an den Dotal Sachen einräumt, und dieses damit begründet, daß sie natürlicherweise auch während der Ehe im Eigenthum derselben gewesen oder geblieben sei³⁰). Nach unserer Auffassung bleibt Justinian im Zusammenhange mit dem alten Rechte; und das dürfte ihr mehr zu statthen kommen, als der entgegengesetzten Ansicht die Geringschätzung und der Unmuth, mit der man von ihr aus l. 30 eit. behandelt³¹).

§. 477.

Fortsetzung.

3. Der Satz, daß die Dos Frauengut sei, wird selbst durch die väterliche Gewalt nicht wesentlich verändert; die Frau erscheint¹⁾ trotzdem, daß sie in väterlicher Gewalt steht, als Inhaberin der Dos²⁾. Denn in ihrer Beziehung auf die Frau fällt die Dos in jene Kategorie des Gehörens, welche das Subject schon halbwegs als Zweck erfaßt (§. 475. 1. b.), in eine Art des Habens, welche durch keine *capitis deminutio* überwunden, durch väterliche Gewalt nicht ausgeschlossen wird³⁾, in ein Haben, welches mit der Frau als

von tit. de iure dot. (23, 3), während das Dotalrecht für die Scheidung in titt de div. et rep. und sol. matr. (24, 2 u. 3) stehe.

30) — cum eaedem res et ab initio uxorius fuerant et naturaliter in eius permanerunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.

31) z. B. Schweppé, röm. Privatr. §. 682 Text nach Ann. 1. Bechmann, Dotalr. I §. 32. Vgl. dagegen Scheurl a. a. D. VI S. 30.

1) zur Rechtfertigung Scheurls gegen Bechmann, Dotalr. II S. 36 Ann. 1 unten. Zustimmend Cytharaz, Dotalr. S. 68 Ann. 10 mit Hinweis auf l. 35 in f. D. fami. exc. 10, 2, und Mandry, Familiengüterr. I S. 305.

2) s. §. 475 Ann. 11.

3) vgl. Savigny, System II S. 95 fg. S. 100 not. q. S. 103. S. 113 fg. Bechmann, Dotalr. I §. 20 und siehe oben §. 409 Ann. 15, wonach „die Haustochter . . . in Anziehung der dos gewissermaßen emancipirt war“; hiegegen Mandry a. a. D. S. 307 oben, S. 310 in med.

Frau zusammenhängt, in der Person des Vaters gar nicht denkbar, darum auch nicht durch die Tochter für ihn möglich ist⁴⁾.

Auch nach Auflösung der Ehe verbleibt die dos — wosfern sie nur nicht recepticisch ist (§. 478. b.) — der Tochter, wenngleich die väterliche Gewalt fortdauert. Allerdings ist sie da nicht allein berechtigt; von jetzt an patris et filiae dos est (l. 2 §. 1 D. sol. matr. 24, 3), communis est patris et filiae (l. 3 eod.); allein diese communio bedeutet⁵⁾ nicht die gemeine mit ideellen Theilen, keine dominii sondern eine petendi et exigendi communio. Die gerichtliche Verfolgung, Sicherstellung, Quittirung, Novation ist in der Regel nur dem Vater, dem Vater aber in der Regel nur in Gemeinschaft mit der Tochter möglich⁶⁾; hierin, in der Activität der Forderung (dotis actio, obligatio) ist und heißt die Tochter *socia patris*⁷⁾; ja ist der Vater Hauptperson, die Tochter nur particeps. Während er das sonstige Vermögen des Hauses allein vertritt aber mit den Kindern hat (§. 460), hat er nur die Vertretung der Dos mit der Tochter, die Dos selbst aber gar nicht; diese gehört nach wie vor nur der Tochter; die Mitberechtigung des Vaters ist auch hier nur eine Form der Vertretung⁸⁾.

4) Non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest — sagen und verwerthen darum Africanus und Paulus in l. 71 D. evict. 21, 2 und l. 4 D. coll. 37, 6. Der Vater, welcher seine Tochter dotirt hat, hat diese dos (profecticia) nicht mehr im Vermögen, wenngleich er die Tochter in der Gewalt, und die Tochter die dos hat; er braucht diese darum nicht zu conferiren (l. 4 cit. und l. 1 §. 1 D. dot. coll. 37, 7), und hat den Regress wegen Eviction noch während der Ehe ausdrücklich nicht als ob ihm die Dos gehöre, ja nicht einmal deswegen, weil er sie dereinst bekommen kann, sondern deswegen, weil die Dos seiner Tochter gehört, und das väterliche Verlangen die Tochter nicht undotirt zu lassen, Anerkennung verdient (l. 71 cit. — quod magis paterna affectio inducit).

5) wie längst Donellus, comm. de jure civ. lib. 14 c. 6 §. 14. §. 25 bemerkt hat; übereinstimmend Cynthiarz, Totalr. S. 303. Ueber den Ausdruck dieser Theilhaberschaft in der Klagformel Lenel, Edictum S. 244 Anm. 2.

6) Ulp. VI, 6. l. 2 §. 1. §. 2. l. 3. arg. l. 4 D. sol. matr. 24, 3. Weitere Quellenangabe bei Voigt, lex Maenia Anm. 128.

7) l. 34 §. 6 D. sol. 46, 3: Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus, sed condicere socero potest, nisi ratum filia habuisse. Et propemodum similis est gener ei, qui absentis procuratori solveret, quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset.

8) Vgl. auch §. 488 nach Anm. 9. — Ueber das Subject der actio Brinz, Pandeten III. 2. 2. Aufl.

Darum ist, wenn bei der restitutio dotis eine captio unterläuft, nur die Tochter geschädigt und nur sie zu restituiren⁹⁾, darum in Fällen der Noth, oder wo vom Vater Mißbrauch seines Rechtes und Vergendung der Dos zu fürchten ist, die Tochter allenfalls selbst und allein zur exactio dotis zuzulassen¹⁰⁾.

Die Verwaltung und Verwendung der Dos ist nach deren Eintreibung zwar ordentlicherweise beim Vater¹¹⁾; im Falle der Wiederverheirathung aber muß er sie der Tochter herausgeben¹²⁾. Der Behauptung, daß die vom Vater mit der Tochter beigetriebene Dos sich lediglich im Vermögen des ersten auflöse, oder der, daß sie lediglich dem Vater gehöre¹³⁾, ist

de dote besteht Meinungsverschiedenheit. Mandry, Familiengüterrecht I, S. 311 f., der dieselbe beleuchtet, vertheidigt im Gegensatz zum Text die Ansicht, daß der Hausvater alleiniges Subject sei. Er folgert dies namentlich daraus, daß der pf. hier nicht wie anderwärts als nomine ff. agens bezeichnet wird, wobei aber übersehen ist, daß die ff. hier mit flagt. Ferner ist dort (S. 314 vgl. 322) nicht erwogen, daß die dos, wenn die Frau vor der exactio stirbt, dem pf. verbleibt, der pf. also ein materielles Interesse an der dos hat, so sehr auch dieselbe bei Lebzeiten der Frau ihr gehört. S. auch Ann. 10.

9) — quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est. I. 3 §. 5 D. min. 4, 4.

10) I. 22 §. 4. §. 10. §. 11; §. 6 D. sol. matr. 24, 3 l. 8 pr. D. procur. 3, 3; die dabei der Tochter obliegende cautio de rato erklärt sich, wenn der Vater auch nur zum Theil Interessent („dos communis“) ist. Auch Czchlarz, Dotalr. S. 305 Ann. 4 läßt „die Tochter vermöge der geschilderten communio aus eigenem Rechte“ klagen. Dagegen andere Auffassungen bei Mandry, Familiengüterr. I, S. 325 f. Daß die actio de dote, wenn die Frau als ff. stirbt, dem Vater unbeschränkt verbleibt (z. B. I. 25 pr. D. ratam rem 46, 8), ist nach Mandry ein Grund den Restitutionsanspruch nicht als Anspruch der Frau zu betrachten. Allein auch das pecul. castr. fiel morte filii an den Vater (§. 462 Ann. 27 vgl. Ann. 29—32), ebenso nach der herrschenden Meinung anfänglich das Adventizgut (§. 463 Ann. 19 f.). S. ferner oben §. 476 Ann. 7: in I. 16 D. relig. 11, 7 erscheint der pater mulieris neben dem maritus als Ge- mand, qui morte mulieris dotem lucratur. Daß nach Lösung der Gewalt der Anspruch der Tochter zusteht (hier unten Ann. 18), wird von M. anerkannt und dabei zugestanden (S. 328): „Die Klagebefugniß der gewesenen Haustochter würde ihre einfachste Erklärung in der Annahme finden, daß schon während der Dauer der Gewalt sie, die Tochter, die Gläubigerin, der Vater aber nur iure potestatis zur Anstellung der Klage berufen und befähigt sei“.

11) arg. I. 22 §. 1. §. 6 D. sol. matr. 24, 3 citt.

12) Nov. 97 c. 5 — was Mandry a. a. D. S. 245 schon für das alte Recht annimmt; s. jedoch auch daselbst S. 335.

13) Francke, civ. Abhandlungen S. 188. 2 und Fein, Recht der Collation S. 149. 1a. — Bangerow, Pand. §. 220 Ann. 1b. Wegen

also mit nichten beizutreten. Unrichtig ist denn auch die Folgerung, daß die Tochter hier¹⁴⁾ nach dem Tode des Vaters weder præceptionsberechtigt, noch von Collation zu reden sei. Zur Collation kam es freilich nicht in dem buchstäblichen Sinn, wornach ein von der Erbschaft äußerlich geschiedenes Vermögen in jene eingerechnet wird, sondern so, daß ein mit jener vermengtes Vermögen, anstatt aus ihr als Voraus herausgenommen zu werden, in ihr belassen wurde — quasi paternae facta substantiae¹⁵⁾. Seit l. 12 C. comm. utr. jud. 3, 38 cit. gilt die Collation auch im Falle testamentarischer Einsetzung der Tochter neben anderen Geschwistern. — Auch aus dieser Collation erhellt, daß die dos an sich der Tochter gehöre. Darum muß überall, wo jene nicht statt hat, ein Præceptionrecht platzgreifen, mit oder ohne Prælegat¹⁶⁾, namentlich auch im Falle der Enterbung¹⁷⁾.

Zeigt sich so die dos überall als ein Gut der auch in väterlicher Gewalt befindlichen Frau, so leuchtet ein, daß wenn diese noch vor der Zurückgabe der Dos gewaltfrei wird, damit auch die Beteiligung des Vaters hinwegfalle¹⁸⁾; denn sein Anteil beruhte lediglich in der väterlichen Gewalt.

Der Umschwung, welcher mit Constantin d. Gr. in dem Hausgutrechte beginnt (§. 463), konnte das Dotalrecht der Haustochter nicht wesentlich verändern. War ja die Dos so lange

weiterer Anhänger dieser auch von ihm selbst für das classische Recht vertretenen Meinung s. Mandry, Familiengüterr. I S. 317 Anm. 4 u. vgl. S. 333—339. — Einige von ihm in Randglossen angedeutete Zweifel lassen vermuthen, daß der Berl. bei einer neuen Bearbeitung am Folgenden geändert haben würde. Daraufhin ist hier in Anm. 15 vom früheren Text etwas weggelassen worden.

14) hier, wo die Dos bereits restituirt war. — Wangerow a. a. D. nimmt „unter Umständen“ Præception an, Mandry a. a. D. erst fürs Justinianische Recht.

15) ein Wort der l. 12 C. communia utr. ind. 3, 38. Diese Collation gilt nach neuerem Recht nur bei der dos profecticia (oben S. 290 fg.), wegen der dos adventicia s. unten S. 718.

16) l. 12 C. cit. cf. l. 2 §. ult. in fin. D. dot. prael. 33, 4. 1. 29 C. inoff. 3, 28.

17) cf. l. unic. §. 11 C. rei ux. act. 5, 13, welche Stelle sich nicht auf den Fall der geschehenen Heimzahlung der Dos zu beziehen scheint.*

18) Ulp. VI, 6. l. 42 pr. D. sol. matr. 24, 3. l. un. §. 11 (etsi fuerat exheredata). §. 14 C. rei ux. act. 5, 13. vgl. l. 14 pr. D. leg. Falc. 35, 2 (iure proprio). l. 81 v. fin. D. pro soc. 17, 2 (iure suo).

wir sie kennen ein Eigen der Frau, ein Sondereigen der in väterlicher Gewalt befindlichen Frau, und jener Umschwung nichts anderes als Uebergang des alten Hausgutsystems in das des Sondervermögens auch an gemeinem Erwerbe und für Kinder auch des gemeinen (nicht blos des militärischen und quasimilitärischen) Standes. So war in der Dos längst da, was im übrigen Vermögen erst spät erfolgte; ja was zum Theil auch im neuesten Rechte nicht erreicht ist. Denn während es auf dem Gebiete des gemeinen Vermögens noch immer keinen Erwerb des Kindes vom Hausvater oder aus dem Vermögen des Hausvaters gibt (§. 466 ad 2), wird die dos profecticia nicht minder Eigen der Tochter als die dos adventicia. Selbstverständlich wird sie dieses noch immer: l. 2 C. bon. quae lib. 6, 61 sichert nur das alte Recht, welches der Vater an der dos profecticia hat, si casus tulerit, d. i. wenn die Tochter in der Ehe verstirbt; dagegen der Tochter ihr altes Recht zu schmälern fällt dieser blos interpretirenden Constitution nicht bei¹⁹⁾.

Eine mehr äußerliche Veränderung in dem Dotaleigenthum der Haustochter muß das neue Recht allerdings mit sich gebracht haben: bezüglich der dos adventicia nämlich. Warum diese nach Trennung der Ehe vordem nicht ebenso filiae et patris communis gewesen sein sollte wie die dos profecticia, ist nicht abzusehen²⁰⁾. Nachdem dagegen dem Vater an dem adventiciischen Sondergute der Kinder die Proprietät entzogen (§. 646), und in jenes aller adventiciische Erwerb, die dos nicht ausgenommen, aufgenommen worden war²¹⁾, war jene communio zwischen Vater und Tochter in der alten Form bezüglich der dos adventicia nicht mehr haltbar; vielmehr die Tochter Alleineigenthümerin, und der Vater wie bei sonstigem Adventizgut auf Verwaltung und Niefsbrauch beschränkt. Jetzt erst bestand jene communio nur mehr bei der dos profecticia²²⁾.

19) s. dagegen Bangorow, Pand. §. 220 Anm. 1. 1, b.

20) l. 34 §. 6 D. sol. et lib. 46, 3 und l. un. §. 14 C. rei ux. act. 5, 13 machen darin auch keinen Unterschied.

21) l. 6 C. bon. quae lib. 6, 61, zum Theil schon l. 1, nicht l. 2 — l. 5 eod., wo von der dos nur soweit sie der Mann erwirbt die Rede ist.

22) wir halten darum die Worte et dos ab eo profecta sit in l. 2

Nach heutigem Rechte nun aber gilt die Verheiratung der Töchter der herrschenden Meinung zufolge stets als Emancipation²³⁾, gibt es nach der Heirat mithin nurmehr Hausfrauen, nicht auch Haustöchter. Praktischen Werth aber hat dieses antiquirte Dotalrecht der Haustochter noch insofern, als in ihm das Dotaleigenthum der Frau seine schwierigste Probe besteht.

§. 478.

Schluß.

4. Den Grund oder die Quelle des chefräulichen Dotaleigenthums anlangend fragt sich, ob es lediglich der voluntas contrahentium (cf. I. 12 §. 1 D. pact. dot. 23, 4), oder einem über dem Willen der Contrahenten stehenden Rechte seinen Ursprung verdanke. Nun ist es aber sogar für den Fall, da die Frau selbst eine Dos gibt, schwer anzunehmen, daß ihr Wille allein ausgereicht habe, einerseits den Mann zum förmlichen Eigentümer zu machen, und daneben die dos als ihr Eigen zu behalten; um so weniger einleuchtend ist es, daß ein Dritter, ohne in irgend einem Stellvertretungsverhältnisse zur Frau zu stehen, und ohne jede Mitwirkung derselben, ein derartiges Doppeleigenthum zu bewirken vermocht habe¹⁾. Zwar der Idee von einer dos und der Absicht des Gebers mochte dies von jeher wenigstens überall da entsprechen, wo nicht recepticisch gegeben wurde: allein es zu bewirken, war bloßer Privatwille doch wohl nicht im Stande. Jergend eine Vermittlung oder Gewährung von Seite des Rechts scheint hiezu so nothwendig, wie zu dem Urzate, daß alles für den Vater, und doch quodammodo zugleich für das Kind erworben werde. Hiezu kommt, daß innerhalb des Dotalrechtes sich ein derart höheres Recht (ius publicum) mehrfach geltend macht

§. 1 D. sol. matr. 24, 3 für eine Interpolation. Ebenso Bechmann, Dotalr. Bd II S. 318 Anm. 1.

23); doch s. Windscheid, Pand. §. 525 Anm. 20 Ziff. 3. — Oben Bd. I §. 49 Anm. 6.

1) vgl. Bechmann, Dotalr. II S. 34—35 und wegen Entbehrlichkeit der Mitwirkung besonders dessen Bemerkungen zu Vat. fr. §. 269 S. 38 fg.

(l. cit.), so wie daß l. 2 D. i. d. 23, 3 und l. 1 D. sol. matr. 24, 3 das öffentliche Interesse an der Erhaltung unseres Frauengutes hervorheben²⁾.

Wie Bechmann (Bd. 2. S. 35) seine Dotalsforderung halten wir darum den Erwerb des chefrälichen Dotaleigenthums aus dem Geschäfte eines Dritten für kein bloßes Werk seines Willens. In diesem Sinne ist oben (§. 472) die dos als etwas definiert worden, das von Rechtswegen Sache der Frau werde (oder bleibe). Es ist begriffliche Nothwendigkeit und durch das Recht vermittelte Möglichkeit, daß dem überall so sei; von Begriffswegen muß, von Rechtswegen kann der Geber die dos überall zur res mulieris machen. Eine Nothwendigkeit nun aber

a. hindert nicht, daß ein extraneus³⁾, trotzdem er nicht anders kann, die Frau gleichwohl so ganz mit seinem Willen bereichere, wie wenn er lediglich ihr und auch äußerlich ihr gäbe, während es denkbar ist, daß er ein andermal diese Absicht nicht habe und die Bereicherung der Frau nur mehr unwillkürliche Folge der dotis constitutio sei — wie wenn er lediglich dem Manne das Heiraten ermöglicht haben wollte, die Restipulirung der dos aber versäumt hätte. Vielleicht daß mit diesem Unterschied in der Absicht ein Unterschied von Schenkung engeren und weiteren Sinnes begründet ist (S. 708/9)⁴⁾.

b. Trotzdem bei jeder Bestellung einer Dos durch Dritte der Frau die Dos zugewendet wird, kann doch der dritte Besteller, wenn er nicht geschenkt haben will⁵⁾, diese Bereicherung paralysiren, dadurch daß er die Dos in omnem casum für sich selbst zurückbedingt (*dos recepticia*)⁶⁾; dies kann, weil auch

2) *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere — . — publice interest dotes mulieribus conservari — cf. l. 18 D. reb. anct. 42, 5.*

3) l. unic. §. 18 c. C. *rei ux. act. 5, 13.* Diese Stelle versteht unter *extraneus* auch denjenigen väterlichen Ascendenten der Frau, welcher nicht die väterliche Gewalt über dieselbe hat; vgl. S. 708 Abf. 2.

4) Scheurl, M. *Bierteljahresschr. XI* S. 110 macht das Dasein der Schenkung von der Acceptation der Frau abhängig, ebenso Eyzhlarz, *Dotat.* §. 19 Ann. 5 a u. 6. Lotmar, *Causa* S. 146 unten. Vgl. oben §. 476 Ann. 13.

5) cf. l. 33 in f. D. h. t. 23, 3 vv. *scilicet donaturus.* Der Dritte kann z. B. auch solvendi causa (gegenüber der Frau) die Dosbestellung an den Mann vornehmen: Lotmar a. a. D. S. 141 unten.

6) Ulp. VI, 5. l. un. §. 13 C. *rei ux. act. 5, 13.*

die filia familias Dotaleigenthümerin wird, auch der Vater bei der dos profecticia⁷⁾). Hier fallen denn auch jene praktischen Folgen weg, welche das Dotaleigenthum der Frau sonst hat⁸⁾; die dos recepticia unterliegt keiner Collation, schon vor Justinian keiner Insinuation, hat keine rei uxoriae actio zur Folge, kann vom Manne nicht „lucirt“ und von der Frau mit keiner Regressklage wegen Eviction verfolgt werden.

§. 479.

Gegenstand.

Gegenstand einer Dos kann alles werden, was einen Vermögenswerth hat: res corporales¹⁾ und incorporales, zu denen nicht nur iura in re²⁾, der juristischen Denkbarkeit nach auch Prädialservituten³⁾, ferner Forderungen⁴⁾, und ganze Vermögenscomplexe, ja Vermögen⁵⁾, überhaupt Aktivrechte, sondern auch die Befreiung von Passivrechten⁶⁾ oder bloße Defensivrechte (§. 480) gehören.

Res corporales können in zweifacher Weise den Gegenstand der Dos bilden: als Species und als Quantitäten⁷⁾, während die res incorporales nur in individueller Bestimmtheit denkbar sind.

Ob im concreten Falle Species oder Quantitäten, und welche den Gegenstand der Dos bilden, wird wichtig wegen

7) I. 7 D. pact. dot. 23, 4. — I. 29 pr. D. sol. matr. 24, 3. I. 6 C. h. t. 5, 12. I. 9. I. 23 D. pact. dot. 23, 4.

8) s. oben §. 476 und die Belegstellen zum Folgenden in §. 409 Anm. 13 (wo statt 1. 23 vielleicht zu lesen ist 1. 22 §. 1, vgl. §. 476 bei Anm. 23) und 14, sowie oben §. 473 Anm. 22. Wendt, Pand. §. 302: dos recepticia „begründet in Wahrheit keine echte res uxoria“. S. ferner unten §. 488 Nr. 4 und §. 765, jedoch auch §. 487 Anm. 17.

1) res schlechthin, corpora: I. 7 §§. 3 sqq. I. 42 D. h. t. 23, 3. Ertragfähigkeit ist nicht erforderlich: Czylilarz, Dotalr. §. 25.

2) z. B. I. 7 §. 2. I. 66. I. 78 pr. — §. 3 eod.

3) vgl. Beckmann, Dotalr. II §. 62 fg., dagegen Scheuri, M. Vierteljahrsschr. XI §. 116 unten fg.

4) I. 2 C. de o. et a. 4, 10. I. 69 §. 1 D. h. t. 23, 3.

5) I. 72 pr. D. h. t. 23, 3. I. 13 §. 10 D. de h. p. 5, 3. I. 4 C. h. t. 5, 12.

6) Schulden: z. B. I. 12 §. 2. I. 41 §. 2 D. h. t. 23, 3. Servituten: I. 78 pr. eod.

7) z. B. I. 42. I. 10 §. 4 eod.

der möglichen Mehrung oder Minderung der Dos (§. 481), wegen des periculum (§. 483) und wegen der restitutio dotis (§§. 484. 486).

Darum ist zu bemerken, daß wenn fungible Sachen in dotem gegeben werden, nicht diese selbst, sondern ihre Quantitäten den Gegenstand der Dos bilden⁸⁾; daß wenn zwar species, diese jedoch mit Aestimation hingegeben werden, die schätzungsmaßigen Quantitäten, nicht die species den Gegenstand der Dos bilden⁹⁾; daß dagegen (durch Vermittlung der dotis obligatio: §. 483) die in dotem gegebene Species Gegenstand der dos bleibt, wenn der Mann ihre Restitution durch eigene Schuld unmöglich gemacht hat¹⁰⁾.

Wird dem Manne gegeben „was er dem Geber schuldig ist,“ so kann beides gemeint sein, daß der Gegenstand jener Schuld, oder liberatio obligationis gegeben sei¹¹⁾. Beides, die Forderung oder ihr Gegenstand, kann auch gemeint sein, wenn eine Forderung durch Cession, Delegation oder Vermächtniß gegeben ist; doch scheint uns im Zweifel bei der Cession die Forderung¹²⁾, bei Delegation und Vermächtniß der Gegen-

8) l. 42 cit.

9) l. 10 §. 4. §. 5. l. 14. l. 15. l. 16 D. h. t. 23, 3. l. 78 §. 6 D. leg. 32. l. 49 §. 1 D. sol. matr. 24, 3. l. 69 §. 7 D. h. t. 23, 3 — reddi placuit —. l. 21 C. eod. 5, 12 — in placitis reddendarum specierum —. l. 5 C. eod. — si itaque non convenit, ut soluto matrimonio res restituerentur —. l. 50 D. sol. matr. 24, 3 — pactum intercessit, ut . . . ipsae res restituerentur —. l. 10 §. 6 D. h. t. 23, 3: Si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum convenierit, ut aut aestimatio aut res praestentur —. Im Text ist gesagt und im Vorstehenden belegt, daß der von Bechmann, Dotalr. II S. 217 unten f. g. Aestimationsvertrag mit der aestimatio geschlossen ist d. h. nicht der Abrede bedarf, daß die Quantitäten statt der Species in dote sein sollen; es bedarf vielmehr einer Abrede, wenn die aestimatio nicht als venditionis gratia geschehen gelten soll. Bechmann a. a. D. S. 225. S. 226. Seuffert, Pand. §. 459 Anm. 5 vgl. 7. Dagegen verficht Wendt in Thier. Jahrbb. Bd. 22 S. 387 a priori die Ansicht, daß die aestimatio im Zweifel als taxationis gratia erfolgt anzusehen sei.*

10) will sagen, daß der Mann bei species in dotem datae zwar nicht das periculum (l. 10 pr. D. h. t. 23, 3), wohl aber dolum et culpam (l. 17 pr. eod.) präfert.

11) l. 58 §. 1. l. 12 §. 2. l. 43 §. 1 D. h. t. 23, 3. Nach Bechmann, Dotalr. S. 78 und Czehlarz, Dotalr. S. 36 entscheidet sich die im Text angegebene Alternative zunächst danach, ob liberatorische dictio, oder pactum, oder aber acceptatio statt gefunden hat.

12) vgl. l. 2 C. de o. et a. 4, 10.

stand des Vermächtnisses oder der Delegation näher zu liegen¹³⁾. Ist aber bestellt lediglich durch ein Versprechen des Bestellers, so bildet entschieden das was, nicht das daß versprochen ist, also das Versprochene, nicht die Forderung den Gegenstand der Dos¹⁴⁾. Gibt die Frau ihr ganzes Vermögen als Dos hin, so ist zwar nicht mehr in dote, als was nach Abzug der Schulden übrig bleibt; allein daraus folgt noch nicht, daß etwas anderes in dote sei, als die einzelnen versprochenen oder verabsolgte Vermögensbestandtheile¹⁵⁾.

Hinwiederum wird der anfängliche Gegenstand der Dos nachträglich verändert: durch Uebereinkommen (dotis permutatio), woferne dies der Frau nicht schadet¹⁶⁾; durch Anschaffungen aus der dotalis pecunia, indem hier die geflausten Sachen an Stelle des Geldes treten¹⁷⁾; durch Verkauf der in dote gegebenen Species, wofern ein solcher Verkauf überhaupt zulässig (§. 473. S. 696), und mit Zustimmung der Frau erfolgt ist, indem hier umgekehrt, durch eine besondere Art von permutatio, pecunia anstatt res dotal wird¹⁸⁾; durch den Theilungsrichter¹⁹⁾.

13) vgl. I. 56 pr. I. 48 §. 1 D. h. t. 23, 3. I. 71 §. 3 D. cond. 35, 1: quoniam pecunia dotis efficeretur. Vgl. oben §. 415 Anm. 58 fg. Ausdrücklich ist auch die vermachte Sache Gegenstand der Dos, wenn diese durch Ausschlagung des Vermächtnisses bestellt ist: I. 14 §. 3 D. fundo dot. 23, 5.

14) vgl. I. 49. I. 33. I. 41 §. 4 I. 59 §. 1 D. h. t. 23, 3. Buchta, Pand. u. Vorles. §. 415. Bechmann, Dotalr. I S. 11, Dernburg, Pand. III S. 30 oben, minder scharf Arndts, Pand. §§. 397. 398. 406. Windscheid, Pand. §§. 494. 500, doch s. auch daselbst §. 495 Anm. 1. Wäre das nomen Gegenstand der dos, so würde die numeratio dotis eine dotis permutatio sein; I. 21 D. pact. dot. 23, 4 spricht eher dagegen, als dafür.*

15) I. 72 pr. D. h. t. 23, 3. cf. I. 59 §. 1 eod. — (ut) fideicommissi praestet aestimationem. Huic ego consentire non possum —.

16) I. 21 D. pact. dot. 23 4. I. 25 in. f. I. 26. I. 27 D. h. t. 23, 3. — Zuwachs des ususfructus zu der in dote gegebenen nuda proprietas macht nicht aliam dote: I. 4 eod.

17) I. 54 eod. I. 22 in f. D. sol. matr. 24, 3.

18) I. 32. I. 61 §. 1 D. h. t. 23, 3.

19) I. 78 §. 4 eod.

§. 480.

Form.

Der Mann hat die Dos überall in Gestalt von Rechten. Was der Mann blos factisch hätte, könnte, wenugleich es von Vermögenswerth wäre (§. 479), niemals Dos sein; die Dos muß ein „in der Hand des Mannes ruhendes Vermögen“ sein¹⁾, zu dem Ende aber nothwendig in Rechten bestehen. Bd. I §. 124.

Diese Rechte nun aber sind entweder solche, die dem Manne auch eine Offensive gewähren (Eigenthum, iura in re, Forderungen — Offensivrechte); oder solche, die nur in einer Defensive bestehen (Defensivrechte), sei es nun, daß diese ipso iure, oder nur ope exceptionis möglich ist.

Erstere bestehen entweder an den Dingen, welche den Gegenstand der Dos (§. 479) bilden (Eigenthum an den res dotales); — oder auf die Dinge, welche den Gegenstand der Dos bilden (als Forderung, wenn einmal der Gegenstand einer Forderung, nicht die Forderung selbst zur Dos gegeben sein sollte — §. 479 Anm. 12 sg.); oder in denselben, so daß hier Form und Gegenstand zusammenfallen; dies wenn ein ius in re²⁾ oder eine Forderung selbst zur Dos gegeben ist.

Letztere bestehen durchweg in dem Dinge, welches den Gegenstand der Dos bildet, indem eben ein Defensionsrecht (gegen eine Forderung an den Mann, oder gegen eine Servitut an dem Grundstück des Mannes) d. i. die Befreiung von einer Schuld (obligationis liberatio)³⁾ oder einer Servitut gegeben ist.

Die Frau hat die Dos überall so wie der Mann, nur überall durch den Mann (S. 704).

1) Scheurl, M. Vierteljahrsschr. XI, S. 116. Bechmann, Dotalr. §. 63 und dazu Czylilarz, Dotalr. S. 85 Anm. 7.

2) l. 66. l. 78 pr. — §. 3 D. h. t. 23, 3.

3) in Gestalt einer exceptio: l. 12 §. 2. l. 44 §. 1, cf. l. 77 D. h. t. 23, 3, eines ipso iure bestehenden Defensionsrechtes: durch Acceptilation in l. 41 §. 2. l. 43 pr. §. 1 D. eod., Expronission in l. 55 eod. S. auch die §. 479 Anm. 11 gemachten Verweisungen.

§. 481.

U m f a n g.

Wie das peculum (§. 461 a. E.), und das Vermögen überhaupt, so ist auch die dos eines Zuwachses und einer Minderung fähig, dadurch daß ihr Gegenstand (§. 479) einen Zuwachs oder eine Minderung erfährt.

Der Zuwachs (incrementum dotis)¹⁾ erfolgt durch körperliche Accession (Bd. I §. 146), wenn res corporales, — durch Accession des ususfructus, wenn eine nuda proprietas den Gegenstand der Dos bildet²⁾; — durch die natürliche und civile Frucht der Dotalzache, soweit sie zwar nach der Bestellung der Dos, aber noch vor der Ehe anfällt³⁾, durch die selbst während der Ehe sich ergebende Frucht, wenn dies bedungen (ut fructus in dotem converterentur), und dafür der Aufwand auf die Frau von dieser selbst übernommen⁴⁾, oder etwa nur die Frucht nach einiger Zeit zum Kapital geschlagen ist⁵⁾. Außerdem ist nur noch möglich, daß ein fructus die dos selbst, nicht daß er Zuwachs zu dieser sei⁶⁾.

Eine Minderung der Dos liegt in jeder Minderung, welche der Gegenstand der Dos nicht etwa durch Schuld des Mannes erfährt; derart unverschuldet ist blos diejenige Minderung, welche durch keine dem Manne obliegende Fürsorge abgewendet werden konnte. Zu dieser Fürsorge gehört aber ein Aufgebot von nicht blos moralischen Kräften (diligentia — §. 484 Ann. 11. 12), sondern auch von Geldkräften. Denjenigen Aufwand nämlich, ohne welchen die Sache mehr entwertet würde, als sie, nach Abschlag der auf sie verwendeten Kosten, werth

1) untechnisch gebraucht diesen Ausdruck I. 2 C. dote cauta 5, 15.

2) I. 4 D. h. t. 23, 3, dazu §. 479 Ann. 16. S. auch Bd. I §. 198 Ann. 12.

3) I. 7 §. 1. l. 47 D. h. t. 23, 3. Unten §. 484 Ann. 19.

4) I. 4 in fin. cf. I. 12 §. 1 D. pact. dot. 23, 4. Oben S. 678.

5) I. 69 §. 1 D. h. t. 23, 3.

6) I. 4 D. pact. dot. 23, 4. I. 69 §. 1 eit. Nicht als fructus gilt auch hier der partus ancillae (I. 10 §. 2. l. 69 §. ult. D. h. t. 23, 3, vgl. oben §. 476 Ann. 24 a. E.); auch der Gewinn aus einer Eviction (duplum) wird nicht als Frucht, sondern als Accession behandelt (I. 16. l. 52 eod.); der aus dem Erwerb eines Sklaven konnte das eine oder andere sein (I. 65. l. 47 eod. vgl. I. 19 §. 1 D. pec. 15, 1 und dazu §. 476 Ann. 24).

ist, impensas necessarias⁷⁾), muß der Mann machen, wenn er nicht den weiteren Verfall oder gänzlichen Ruin der Sache prästire soll⁸⁾.

Aber nur das Aufgebot jener nothwendigen Kosten, nicht diese selbst, — nur den weiteren Schaden, der aus dem Nichtaufwande der impensae necessariae entstände, nicht den Schaden oder die Minderung oder das Bedürfniß, welcher den Aufwand nothwendig macht, prästirt der Mann; denn dieser Schade, diese Minderung ist von der Sache selbst und ihrer Hinfälligkeit, nicht vom Manne verschuldet. Die Sache selbst aber gehört in Wahrheit der Frau; sie selbst, ihre Substanz hat der Mann nur für sie; folgerecht trifft die in der Sache selbst liegende Minderung die Frau; die durch sie nothwendig gewordenen Kosten leistet der Mann nur vertretungs- und vorschußweise, sie müssen ihm ersetzt werden.

Erscheinen so die nothwendigen Kosten als bloße Folge einer in der Sache selbst liegenden Minderung, so sind sie nach dem alten Spruche: impensas necessarias dotem minuere⁹⁾, umgekehrt Ursache einer Minderung der Dos. Dies ist wirklich und überall der Fall, wenn man die Dos als ein Vermögen für sich¹⁰⁾ und die der Frau von wegen der nothwendigen Auslagen obliegende Erstattungspflicht als ein zu diesem Vermögen gehöriges Passivum oder Minus denkt¹¹⁾; denn nothwendig ist um dieses Passivum der reine Werth des Totalvermögens verkleinert¹²⁾. In welcher Weise die Erstattungspflicht realisiert wird, ist hiebei gleichgültig; ob mit der Minderung des Totalvermögenswerthes überdies eine Minderung des Total gegen-

7) I. 79 pr. D. v. s. 50, 16: Impensae necessariae sunt. quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. Ulp. VI, 15.

8) I. 4 D. imp. in res dot. fact. 25, 1 (necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit, eas impensas fieri) — so daß hiermit den Namen necessariae impensae in Verbindung bringt Dernburg, Compensation, 2. Aufl. S. 107, vgl. I. 1 §. 1 eod., wogegen I. 14 eod. I. 79 pr. D. v. s. 50, 16 cit. Ulp. VI, 15 cit. und der Name utiles impensae.

9) d. B. I. 1 §. 2 D. imp. 25, 1.

10) vgl. Kunze, Cursus des röm. Rechts §. 783. I. 1 §. 4 D. dote prael. 33, 4: ad universitatem erit referendum.

11) Dernburg, Compensation, 2. Aufl. S. 113.

12) cf. I. 39 §. 1 D. v. s. 50, 16: Bd. I. §. 124 zu Ann. 1.

standes concurreire, bleibt noch außer Betracht; vielleicht daß eine solche hinzukommt, vielleicht auch nicht. — In diesem Sinne kann jener Spruch mithin ununterschiedlich für jedwede Dos vorkommen, gleichviel was ihren Gegenstand bilde; und kommt er derart allgemein denn auch wirklich vor¹³⁾. Besteht dann aber, gegebenen Falles, die Dos in körperlichen Sachen oder doch etwas anderem als Geld (Geldquantitäten), so wird die Minderung ausdrücklich auf den Dotalvermögenswerth (im Gegensatz zu den einzelnen Sachen) restringirt¹⁴⁾; daran daß die Dotalkörper kleiner werden, oder sich körperlich verkleinern, ist nicht zu denken¹⁵⁾. Die Bezahlung der Erbschuld geschieht nicht etwa von selbst, oder durch Compensation, sondern durch wirkliche Bezahlung, welche der Mann durch Retention, oder aber durch actio erzwingen kann¹⁶⁾; ist aber gezahlt, so ist die bisherige Dotsache nicht mehr in ihrem ganzen Umfange dotal; nicht mehr ihr ganzer Werth Dotalvermögen, z. B. nicht ihr ganzer Werth zu conferiren, wenn es zur Collation kommt, sondern blos ihr Werth weniger die nothwendigen Kosten¹⁷⁾. — Der Spruch kann aber auch bedeuten sollen, daß nicht blos das Dotalvermögen, sondern zugleich auch der Dotalgegenstand kleiner wird. In diesem Sinne ist er nicht mehr allgemein, sondern nur für den Fall wahr, als Geld, allein oder neben anderen Sachen, — oder zwar Sachen aber mit Schäzung den Gegenstand der Dos bilden¹⁸⁾. Hier bleibt das Passivum

13) z. B. 1. un. §. 5 e. C. rei ux. act. 5, 13. 1. 1 §. 2 D. imp. 25, 1.

14) — non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. I. 5 pr. eod. — non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum. 1. 1 §. 4 D. dote prael. 33, 4.

15) man streitet darüber, ob Ulp. in I. 5 pr. cit. diesen Gedanken als absurd zurückgewiesen habe, Bechmann, Dotalr. II S. 272 und dagegen Czehlarsz, Dotalr. S. 283 Anm. 9.

16) I. 5 pr. cit. I. 56 §. 3 D. iure dot. 23, 3. 1. 5 D. dote prael. 33, 4. I. 7 §. 16 in f. D. sol. matr. 24, 3 — pariuntque marito actionem. cf. I. 5 §. 2 D. imp. 25, 1. Glüd, Commentar Bd. 27 S. 426.

17) Nach I. 1 §. 5 D. dot. coll. 37, 7: Cum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non — scheint die Subtraction Statt zu finden, auch wenn noch nicht gezahlt ist.*

18) f. §. 479 Anm. 9 — Man kann sich nicht leicht vorstellen, wie es zu impensae nec. kommen könne, wann Geld allein den Gegenstand der

der Frau neben dem Activum des Dotalgegenstandes nicht stehen, sondern hebt sich gegen dieses bis zur treffenden Quantität von selbst auf; mit der Minderung des Dotalvermögens concurrirt die Bezahlung des bezüglichen Passivums, und zwar dessen sofortige von selbst eintretende Bezahlung; das impensas necessarias dotem minuere wird hier zu einem impensas necessarias ipso iure dotem minuere¹⁹⁾; der Mann, welcher wissenschaftlich die ursprüngliche Quantität der Dos restituirt, sollte strenge genommen keine Rückforderung haben²⁰⁾; billigkeitsshalber ist ihm doch eine verwilligt²¹⁾; die Frau, welche nebstdem, daß die Quantität ihrer Dos verringert ist, die Kosten gleichwohl noch zahlt, sollte wiederum weder Rückforderung noch eine Dotalklage auf mehr als die geminderte dos haben; allein man nimmt an, daß letztere in Folge der Zahlung wieder angewachsen sei²²⁾.

In einem Falle findet unser Spruch in dieser letzteren engeren Bedeutung selbst dann Anwendung, wenn lediglich corpora den Gegenstand der dos bilden: dann nämlich, wenn die Kosten den Werth derselben erreichen. Hier schlägt das sonstige Recht der blos einstweiligen Retention²³⁾ in das der definitiven Retention, d. i. in das Recht der Compensation²⁴⁾

Dos bildet, zumal nach l. 5 pr. D. imp. 25, 1 die Impensen in dotem ipsam, nicht extrinsecus gemacht sein müssen; eher denkbar wären solche wo Geldforderungen in dote sind. Die gleiche Schwierigkeit bietet der Fall der res aestimatae, weil nicht die abgeschätzten Species, sondern das Geld, zu dem sie abgeschätzt worden, in dote ist. Darum ist nach Beckmann, Dotat. II §. 268 Anm. 1 und Cyphalaz, Dotat. S. 283 Anm. 7 die l. 5 pr. cit. „natürlich“ dahin zu verstehen, daß neben den ästimirten noch unästimirte Sachen vorhanden, und die Impesen auf die Letzteren gemacht sind, obwohl die Stelle sagt: ubi non sunt corpora.**

19) l. 5 pr. §. 1. §. 2 D. imp. 25, 1. l. 56 §. 3 D. h. t. 23, 3. l. 1 §. 4. l. 2 pr. 1. 5. D. dote prael. 33, 4. l. 61 D. r. n. 23, 2. l. 5 §. 2 D. pact. dot. 23, 4. §. 37 J. act. 4, 6. cf. l. 21 D. sol. matr. 24, 3 (actio dotis evanescit). Langfeld, Retentionsrecht §§. 18. 19. 42. Oben Bd. II §. 287 Anm. 2 a. E.

20) Bd. II §. 304 Anm. 17 fg. vgl. §. 287 Anm. 7.

21) l. 5 §. 2 D. imp. 25, 1 (propter aequitatem).

22) l. 5 §. 1 eod.: Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat an vero dicimus ex integro videri dotem? et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri creuisse.

23) Retentionsrecht in l. 5 pr. eod.: Manebit igitur maritus in rerum detentioinem, donec ei satisfiat.

24) Bd. II §. 287 Anm. 4.

um; einer Compensation, welche sich zwischen dem Betrag der Sache und der auf sie verwendeten Kosten von selbst und mit der Wirkung ergibt, daß die Sache nunmehr Gegenstand der Dos zu sein aufhört und so viel auf sie ankommt, eine Dos überhaupt nicht mehr existirt²⁵⁾). Doch soll, wenn ein fundus den Gegenstand der dos bildete, derselbe wiederum dotalis werden, falls innerhalb eines Jahres der Mann die Impensen ersezt bekommt, nicht wird das zum Ersatz gezahlte Geld dotal; interim bleibt der fundus unveräußerlich²⁶⁾).

Von den Kosten auf die Sache selbst muß auch hier der Aufwand auf den Fruchtbezug unterschieden werden. Letzterer mindert nicht die dos, sondern den fructus dotis²⁷⁾). Aber zum Aufwand auf den Fruchtbezug kann auch einer gehören, der auf die Sache selbst gemacht wird und gemacht werden muß²⁸⁾; soll diesen nun der Mann tragen, weil ihm der fructus (l. 7 pr. D. i. d. 23, 3), oder die Frau, weil ihr die Substanz der dos gehört? Es wird unterschieden: in l. 7 §. 16 cit. nach Fällen, in l. 3 §. 1 cit. nach einem gemeinsamen Gesichtspunkte, und zwar nach dem der perpetua oder praesens utilitas.

25) ein Fingerzeig des Verfassers verweist den letzten Absatz des dem vorliegenden entsprechenden §. 271 der ersten Auflage in den obigen Zusammenhang. Daraufhin ist am Folgenden einiges geändert worden.

26) l. 56 §. 3 D. de iure dot. 23, 3. über deren Verhältniß zu 1. 5 pr. D. imp. 25, 1 handelt Czylarz, Dotalr. S. 285 sq. — Die Unstirgen pflegen zwischen den Säzen impensae necessariae dotem minuere und impensae necessariae ipso iure dotem minuere nicht weiter zu unterscheiden, dann aber dem ipso iure irgend eine andere, ungewöhnliche Bedeutung zu geben: Dernburg a. a. D. S. 115 („Consequenz des Rechts“, anscheinnd anders Pand. III §. 22 Ziff. 6 „von Rechtswegen“). Bechmann, Dotalr. II S. 265 vgl. 275 Anm. 2 („begriffliche Notwendigkeit“) und dagegen Ihering Geist d. r. R. III Anm. 56. Gegen diese und mit der im Text gegebenen Deutung übereinstimmend Czylarz a. a. D. S. 281, 282. Wegen ipso iure vgl. Lenel, Exceptionen S. 88 sq. Weitere Literatur über die Wirkung der impensae nec. bei Windscheid, Pand. §. 505 Anm. 2.

27) — ex fructibus prius impensis satisfaciendum est: l. 7 §. 16 D. sol. matr. 24, 3; — cum fructibus hoc compensandum: l. 3 §. 1 D. imp. 25, 1.

28) — quodque (sc. impensum est) in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percepiebantur. l. 7 §. 16 cit.

§. 482.

B e s t e l l u n g .

Die Bestellung der Dos (dotis constitutio) ist

I. in allen den Formen möglich, in welchen man im weitesten Sinne des Wortes „geben“ (§. 472), d. i. Femanden an oder in einem Gegenstande von Vermögenswerth (§. 479) berechtigen (§. 470) kann; mithin

1. durch dotis promissio, zufolge deren die versprochenen körperlichen oder unkörperlichen Sachen Gegenstand der Dos werden, mit nichten die durch die promissio erzeugte Forderung¹⁾. Eine solenne Form für dieses Versprechen ist schon nach Justinianischem Rechte nicht mehr nothwendig²⁾; Acceptation, wenn auch stillschweigende, immerhin nothwendig³⁾.

2. durch dotis datio, welche jede Bestellung mit Ausnahme der dotis promissio in sich begreift⁴⁾, also nicht blos die durch Vereschaffung von Eigenthum und Servituten, sondern auch die, durch Vereschaffung von Forderungen (an Dritte), durch Vermächtniß⁵⁾, Cession und Delegation⁶⁾, die durch Ex-

1) §. 479 Anm. 14.

2) I. 6 C. de dotis promissione vel nuda pollicitatione 5, 11. cf. c. 4 C. Th. dot. 3, 13 (a. 428). Vgl. Voigt, Jus nat. III Anm. 695 und oben Bd. II §. 248 Anm. 13, §. 307 Anm. 2.

3) Rudorff gegen Puchta, Vorlesungen §. 415 Anm. 1; ferner Arndts. Pand. §. 397 Anm. 2. Windscheid, Pand. §. 495 Anm. 2. Bechmannr. Dotatlr. II §. 106 fg. Czylarz, Dotatlr. §. 123 fg. Dernburg, Pand. III §. 16 Anm. 11. — Wegen der antiquirten, jedoch nicht spurlos aus den codificirten Quellen vertilgten dotis dictio (Ulp. VI, 2. Vat. fr. §. 99. §. 100) j. Meikow, d. Diction d. röm. Brautgabe. 1830 und die übrigen bei Windscheid, Pand. §. 495 Anm. 3 Genannten, nebst Voigt, XII Tafeln §. 123. Ferner oben Bd. II §. 248 Anm. 36.

4) vgl. Rudorff zu Puchta, Pand. §. 415 Anm. a. gegen Czylarz, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XX §. 8 Anm. 3, und oben Bd. II §. 300 §. 509. — Ein Einwand bei Voigt, XII Tafeln §. 162 Anm. 10.

5) I. 48 §. 1 D. h. t. 23, 3. I. 71 §. 3 D. cond. 35, 1. cf. I. 69 §. 2 D. leg. 30. I. 77 §. 9 D. leg. 31. Schering, Jahrbb. f. Dogmatik Bd. 24 §. 134 fg. §. 151 fg. Oben §. 476 Anm. 16.

6) I. 2 C. o. et a. 4, 10. I. 69 §. 1 D. h. t. 23, 3. I. 49 pr. D. sol. matr. 24, 3. I. 36. I. 56 pr. D. h. t. 23, 3.

promise⁷), Schulderlaß⁸), Verzicht auf Servituten, Erbrecht oder Vermächtniß zu Gunsten des Mannes⁹).

II. Die Personen anlangend, ergab sich bereits aus dem Begriffe der Dos

1. an wen zu bestellen sei (§. 473), daß dieser nicht schlechthin der Mann (insb. §. 473 Nr. 1), und daß derjenige, welchem die Dos bestellt oder gegeben wird, nicht nothwendig auch der Empfänger der Dotal Sachen sei (§. 473 Nr. 2).

2. Die Frage, wer bestellen könne, entscheidet sich lediglich nach den Bedingungen der Handlungsfähigkeit¹⁰). Wer überall Besteller sei, hängt auch hier nicht von dem eigenen Geben, Versprechen, Einräumen der Dotalgegenstände, sondern davon ab, mit wessen Willen und auf wessen Kosten gegeben se. sei¹¹); denn auch anderwärts kann man geben ohne die eigene Hand zu rühren, oder die eigene Kasse zu öffnen¹²).

Uebrigens ist diejenige Dos, welche von dem „parens“ (Vater oder väterlichen Ascendenten, nicht nothwendig Gewaltherber¹³) der Frau, von diesem als solchem, und aus seinem eigenen Vermögen herrührt¹⁴), als dos profecticia ausgezeichnet¹⁵); jede

7) I. 55 D. h. t. 23, 3.

8) pactum de non petendo: I. 12 §. 2. I. 44 §. 1 D. eod. acceptatio: I. 41 §. 2. I. 43 pr. §. 1 eod. — I. 44 §. 1 cit. pflegt auf Schulderlaß durch dictio bezogen zu werden (z. B. Czhylarz, Dotahr. §. 128 fg.); aber warum dann pactum conventum, wenn dictio?

9) I. 78 pr. I. 5 §. 5 D. h. t. 23, 3. I. 14 §. 3 D. fundo dot. 23, 5.

10) z. B. I. 24 D. h. t. 23, 3; etwas Besonderes galt im vor-justinianischen Rechte nur für die dictio dotis; dare, promittere dotem omnes possunt: Ulp. VI, 2. I. 41 pr. D. h. t. 23, 3. Wegen I. 60 u. I. 61 pr. D. eod. s. Bd. I §. 55 Anm. 5 (3. Aufl. §. 213 verweist auf Czhylarz, Dotahr. §. 167 fg.).

11) I. 5 §. 1 — §. 4. §. 8 D. eod. I. 7 pr. I. 9 pr. D. cond. causa data 12, 4.

12) oben Bd. II §. 296 Anm. 10. 11. §. 300 Anm. 29. §. 304 Anm. 44, und einstweilen §. 368 Ziff. 3 der ersten Aufl.

13) I. 5 §. 11 D. h. t. 23, 3 — wie denn aber auch umgekehrt die der emancipirten Tochter vom Vater gegebene Dos nicht nothwendig profecticia ist, sondern nur dann si ut parens dederit, nicht auch dann si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, wo sie adventicia ist: I. cit.

14) I. 5 §. 6. §. 7 eod. — I. 5 §. 5 cf. §. 8. §. 9. I. 51 eod.

15) oben §. 476 Anm. 7. §. 477 Anm. 15. Ulp. IV, 4 und dazu Czhylarz Dotalrecht §. 393 fg.

andere, auch die von der Frau selbst gege'ene heißt adventicia¹⁶⁾; aber unpassend für die von der Frau selbst gegebene — ein Zeichen, daß die Eintheilung noch aus der Zeit der strengen Ehe herührt, wo von einer dotis constitutio durch die Frau noch keine Rede sein konnte¹⁷⁾.

III. Daß zu der Form der Bestellung auch überall der Wille eine dos zu constituiren hinzukommen müsse, ist an sich klar¹⁸⁾. Allein das ausdrückliche Wort, daß Dos halber gegeben werde, ist nicht nöthig¹⁹⁾; ja denkbar ist vielleicht, daß dieser Wille überhaupt nicht blos in Worten, sondern auch in concludenten Handlungen ausgedrückt sein könne²⁰⁾; kommt ja doch ein Fall vor, in welchem nicht blos der animus dotis constituenda, sondern dotis constitutio überhaupt aus gewissen anderweitigen Handlungen und Zuständen gefolgert wird: tacita dotis redintegratio im Falle der Wiederverheirathung mit demselben Manne und da die alte dotis obligatio noch besteht²¹⁾. Ob aber insonderheit das „Einbringen“ der Frau eine solche concludente Handlung, und das Eingebrachte sog. dos tacita, praesumta sei, ist eine alte Streitfrage²²⁾. Um das zu sein, müßte diese Handlung zweierlei schließen lassen: daß in das Vermögen des Mannes übergeben, und daß als Dos übergeben

16) Ulp. VI, 3. arg. l. 5 §. 11 eit. Adventicijsch ist möglicherweise selbst die durch den Vater der Frau constituirte Dos: l. 5 §. 9 in fin. §. 5 eod., vgl. Ann. 13. Andererseits vgl. l. 63 eod. „dos non ab ipsa (sc. muliere) profecta“.

17) Gai. III, 83. Nach Voigt (s. oben §. 472 Ann. 1) ist das Vermögen der Frau in manu Dos, aber nicht durch dotis constitutio.

18) und erhellt zum Überfluß z. B. aus l. 9 §. 2. §. 3. l. 43 §. 1 D. h. t. 23, 3.

19) z. B. l. 48 §. 1 eod. (filiae meae nomine — dare) cf. l. 71 §. 3 D. cond. 35, 1. l. 43 pr. D. h. t. 23, 3. l. 5 pr. D. cond. sine c. 12, 7 (matrimonii causa). Vgl. §. 472 Ann. 2 und s. des Weiteren Bechmann, Dotat. II S. 132 fg. Für die Beziehung von l. 23 D. h. t. 23, 3 spielt das Scholion zu Bas. XXIX, 1, 17 eine, aber nicht entscheidende Rolle.

20) Hafse, Güterrecht der Ehegatten S. 415. 416.

21) l. 30. l. 40. l. 64. l. 63 D. h. t. 23, 3. l. 19. l. 66 §. 5 D. sol. matr. 24, 3. Wäre die erste Dos stipulirt, so würde die mit Auflösung der Ehe begründete ex stipulatu actio nur ope exceptionis doli zu beseitigen, die Dos also nicht direct convertirt, redintegrirt sein: l. 13 D. h. t. 23, 3. — Bechmann, über die sog. dos tacita, Jahrb. d. gem. R. V S. 284 fg.

22) Hafse a. a. D. S. 412 Ann. 445.

worden sei²³⁾. Das läßt sich aus ihr weder nach der Natur der Dinge, noch nach römischem Rechte schließen, soll aber nach heutigem Rechte zu schließen sein²⁴⁾.

IV. Der Zeit nach ist die Bestellung auch vor der Ehe möglich, desfalls jedoch nur bedingt, unter der iuris conditio nämlich, daß die gemeinte Ehe wirklich erfolge (§. 472. I.). Aber nur die Bestellung der Dos, d. i. das Geben und Versprechen von körperlichen und unförperlichen Dingen als einer dos, nicht dieses Geben und Versprechen an sich ist nothwendig oder von Rechtswegen bedingt. So kann namentlich bei der dotis datio engsten Sinnes die Eigenthumsübertragung schon jetzt und unbedingt stattfinden und greift dann im Falle, da die Bedingung unter welcher diese Gabe zur Dos werden soll, deficirt, nur conductio causa data causa non secuta Platz²⁵⁾; ja daß dies gewollt sei, wird hier vermuthet²⁶⁾. Umgekehrt ist es bei der dotis promissio eine praesumtio iuris et de iure²⁷⁾, daß auch das Versprechen an sich bedingt sei; ebenso wird die Bestellung durch Delegation behandelt²⁸⁾; nicht so die durch das Damnationslegat²⁹⁾. Die Hingabe mit Schätzung gilt, wenn überhaupt als Verkauf, wieder schlechthin als bedingter³⁰⁾.

V. Die Bestellung ist kein bloßes Geben, sondern zugleich eine Obligirung, und zwar

1. des Bestellers. Diese liegt

a. offen vor bei der dotis promissio (I. 1). Das Nähere dieser Verpflichtung betrifft

23) vgl. I. 9 §. 3 D. h. t. 23, 3. Bechmann a. a. D. S. 272.

24) Windscheid, Band. §. 494 Anm. 13 und die dort Angeführten; hingegen Seuffert, Band. §. 462c Note 3, Arndts, Band. §. 398 Anm. 7, Dernburg, Band. III §. 11 Anm. 4.

25) I. 7 §. 3 in fin. I. 9 pr. §. 1. 1. 59 §. 2 D. h. t. 23, 3. Bd. II §. 303 Anm. 7—11. Wendt, conductio ex poenit. §. 9. Oben §. 472 bei Anm. 4.

26) I. 8 eod.

27) I. 21. I. 41 §. 1. 1. 80 eod. Oben §. 472 Anm. 7.

28) I. 37. I. 80. I. 83 eod.

29) I. 71 §. 3 D. cond. 35, 1 — quia purum legatum est, peti potest —.

30) §. 479 Anm. 9. I. 10 §. 4. §. 5 D. h. t. 23, 3. I. 17 §. 1 eod. — id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur —. Wegen der acceptilatio s. oben §. 472 Anm. 7 und Arndts Band. §. 399 Anm. 2.

erstens die Streitfrage, ob sie ohne jedwede Angabe eines Gegenstandes, durch das bloße Versprechen eine Dos geben zu wollen, möglich sei? l. 1 C. de dot. prom. 5, 11 verneint es³¹⁾; l. 3 eod. bejaht es unter der Voraussetzung, daß Promittent die Bestimmung des Gegenstandes seinem späteren Ermeessen (arbitrium) vorbehalten habe (— videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse —); l. 69 §. 4 D. i. d. 23, 3 bejaht es unter derselben Voraussetzung und überdies für den Fall, da der Vater promittirt hat (— dotis enim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest). Also nur der für den Vater auch ohne Versprechen geltende Maßstab (§. 492 Anm. 61), oder ein Zusatz zu dem Versprechen, der dieses an sich strikte iudicium gewissermaßen in ein bona fide iudicium verwandelte, befreite von der Notwendigkeit bestimmter Angaben des Gegenstandes sofort beim Versprechen; Antinomie dürfte kaum vorliegen³²⁾; eher läßt sich behaupten, daß heute das Totalversprechen auch ohne jenen Zusatz als b. f. iudicium zu behandeln sei³³⁾. — Eine weitere Streitfrage betrifft

zweitens den Evictionsfall. Es fragt sich nämlich, ob wenn die promissio auf ein dare gegangen³⁴⁾, zufolge dessen gegeben und nun evincirt ist, blos wegen Eviction, oder auch wegen Eviction anstatt auf Erfüllung, oder blos auf Erfüllung, oder nach Umständen weder auf dies noch auf das geflagt werden kann³⁵⁾. Nach der älteren³⁶⁾ Ansicht, wonach die Evictionshaft als etwas neben der Erfüllungshaft gedacht wird, könnte von einem Evictionsregresse hier keine, sondern

31) s. jedoch auch Anm. 32.

32) ähnlich Scheurl, M. Vierteljahresschr. XI, S. 117. 118, anders Bechmann, Totalr. §. 66, welcher mit Älteren l. 1 cit. von dem Fall versteht, daß in den Ehepartnern ein Totalversprechen als geleistet erwähnt, aber in Wirklichkeit nicht versprochen worden ist. Auch Czylharz, Totalr. S. 103 erklärt sich primär für diese Auslegung, während Windscheid, Band. §. 495 Anm. 4 Antinomie annimmt.

33) Windscheid a. a. D. Anders Wächter, Band. II S. 565. Dernburg, Band. III §. 16 Anm. 12.

34) cf. l. 2 pr. D. v. o. 45, 1.

35) vgl. Windscheid, Band. §. 495 Anm. 5.

36) — auch von uns noch in der 1. Aufl. §. 113 I. a. b. vgl. §. 137. 3 getheilten —

nur davon die Rede sein, daß nicht erfüllt ist; denn: non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt³⁷⁾). Nach der neueren Befker'schen Ansicht³⁸⁾ dagegen, wornach die Eviction nur ein Fall der Nichterfüllung des Versprechens ist, kommt alles darauf an, ob hier im Falle der Eviction wegen Nichterfüllung geklagt werden kann. Dies nimmt man nun neuerdings, entgegen der früher verbreiteten Meinung, hauptsächlich wegen I. 1 C. j. d. 5, 12 (si pollicitatio vel promissio fuerit interposita), mehr und mehr an³⁹⁾. Uns scheint immer noch mehr im Auge behalten werden zu müssen, daß dotis promissio eine dotis constitutio, als daß sie promissio sei. Ist die dotis constitutio als dotis datio nicht schlechthin wegen Eviction verpflichtend (s. unten b.), so läßt sich nicht einsehen, warum dies bei dotis promissio schlechthin der Fall sein soll⁴⁰⁾; mehr als eine dos geben will auch der

37) I. 167 pr. D. r. i. 50, 17. vgl. I. 11 §. 2 in fin. D. a. e. v. 19, 1. Arndts, Pand. §. 403 „nicht gehörig erfüllt worden ist.“

38) Jahrb. d. gem. Rechts Bd. VI Nr. 8, bes. S. 231—235 und zu den auf S. 234 citirten Stellen auch I. 57 pr. D. sol. 46, 3. Von der Befker'schen Ansicht hieß es hier in der vorigen Auflage (S. 1261): „so viel uns dünt richtig“. Dieser Zusatz ist im Hinblick auf Bd. II §. 280, namentlich Anm. 4, gestrichen worden, denn danach gibt es bei rein obligatorischen Geschäften gerade nicht Evictionshaft, sondern nur obligatio dandi. Dies ändert jedoch nichts an dem, worauf es nach dem folgenden Text „ankommt“.

39) Wangerow, Pand. §. 217 Anm. 2 (unter Berufung auf favor dotis). Arndts, Pand. §. 403 Anm. 1. Windscheid, Pand. §. 495 Anm. 5. Befker a. a. D. S. 262. Bechmann, Dotatrl. II S. 229 unten. Günzler, Dotatrl. S. 209.

40) Dennoch scheint Letzteres durch I. 98 pr. D. sol. 46, 3 und I. 23 D. evict. 21, 2 außer Zweifel gesetzt zu werden. Für die Beweiskraft der I. 98 pr. cit. ist es gleichgültig, daß, wie es scheint, in ihrem ersten Fall aus der dotis promissio nicht solutio, sondern datio in solutum statt findet; vgl. Bd. II §. 280 Anm. 12. Das Gewicht von I. 23 cit. wird verstärkt, wenn man die Begründung (quia ex promissione maritus agere potest) mit der Begründung der von dotis datio handelnden I. 22 §. 1 eod. (quasi minorem dotem habere coepisset vel etiam nullam), mit I. 75 D. h. t. 23, 3 (quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit) und mit I. 71 D. evict. 21, 2 vergleicht. S. auch oben §. 476 Anm. 22 u. 23. Ohne triftigen Grund vermutet Gradenwitz, Interpolationen S. 83, daß I. 23 cit. interpolirt, nämlich regressus erit ad duplae stipulationem eingehoben sei. I. 22 §. 1 eod. und I. 23 eitt. haben verschiedene Verfasser und behandeln verschiedene Fälle. Der Eingang sed et si etc. besagt somit nicht, daß im vorhergehenden Falle auch regressus ad duplae stipulationem Platz greift. Die Weglassung der verdächtigten Worte nimmt dem ex stipulatu agere den Boden, vgl. I. 75 cit. Die Darstellung ist unanschaulich, wenn man vor quia Punkt oder

Promittent nicht; der favor dotis würde zum Odium gegen deren Geber. Daß l. 1 C. cit. von einer „dotis“ promissio vel pollicitatio spreche, ist wenigstens in soweit unrichtig, als das entscheidende Wort dotis in l. 1 cit. nicht vorkommt; auch daß diese Stelle eine „dotis promissio etc. voraussehe“⁴¹⁾, trifft nicht zu; vielmehr bezeichnet sie die pollicitatio vel promissio als etwas das bei der zuvorgenannten dotis datio „interponirt“ werde. Dieser letztere Umstand spricht für die früher gangbare Meinung, daß hier von feiner dotis promissio, sondern von einem der dotis datio beigefügten ausdrücklichen pactum de evictione praestanda die Rede sei⁴²⁾; denn ließe sich noch denken, daß man da, wo eine dos ohnedies blos versprochen werden will, eine pollicitatio oder promissio „einlege“, so läßt sich doch der Fall wo res in dotem fuerit data⁴³⁾ nicht mehr als einer denken, wo lediglich versprochen wurde. Bangero w a. a. O. meint zwar, zu einem pactum de evictione praestanda würde eine bloße pollicitatio niemals hingereicht haben. Allein wenn in einer ganzen Reihe von Contracten die Evictionshaft plazgreift ohne daß irgend eine Zusage gemacht wird⁴⁴⁾, dürfte da wo sie nicht schon an und für sich plazgreift, jedwede Zusage genügt haben. Uebrigens ist pollicitatio entweder eine zwar einseitige, aber feierliche, darum auch dem Prätor in den Mund gelegte Form der Gelobung⁴⁵⁾, oder aber ein zwar formloses aber nicht einseitiges Versprechen⁴⁶⁾. Soweit kommt der Ausdruck in dem „si neque pollicitatio neque stipulatio intercessit“ der l. 13 C. h. t. 5, 12 noch einmal vor, und zwar abermals im Gefolge einer dotis datio und so, daß er als pactum de evictione praestanda einen natürlichen und leichten, von den älteren Auslegern allenthal-

Semikolon (wie Torelli und Kriegel) und damit, wie auch G. will, et ipsi — possunt zum Nachsatz macht.**

41) Arndts, Pand. §. 403 Anm. 1.

42) so auch Dernburg, Pand. III §. 16 Anm. 16, der dennoch wiederum annimmt, statt pollicitatio habe ursprünglich dictio gestanden.

43) l. 1 pr. C. cit.

44) Bd. II §. 280 Anm. 8—12.

45) Dirksen, manuale s. h. v. Oben Bd. II §. 248 Ziff. 4.

46) z. B. l. 6 §. 8 D. a. e. v. 19, 1, vgl. Wedmann, Dotat., der sie §. 75 durchweg für zweiteilig hält.

ben angenommenen Sinn gibt⁴⁷⁾, außerdem einen schwerfaßlichen, gefälschten. Endlich würde nach der modernen Auslegung sowohl in l. 1 als in l. 13 eit. bei Bestimmung der Evictionshaft aus dotis datio gerade derjenige Fall fehlen, den man zuerst und am sichersten erwartet: das pactum de evictione praestanda; in l. 13 wäre er sogar positiv ausgeschlossen⁴⁸⁾.

Dritten endlich ist die durch l. 31 §. 5 sqq. (2) C. i. d. 5, 12 begründete Verpflichtung zu Zinsen, Früchten, omnis causa nach Umfluß von 2 Jahren weder „erst“⁴⁹⁾, noch schon⁵⁰⁾, sondern ohne weiteres (illico) begründet, also gesetzliche Zins-rc. Pflicht, die selbstverständlich die Möglichkeit einer früheren Verjährung durch Interpellation und Litiscontestation nicht ausschließt⁵¹⁾.

Nach Obigem (§. „zweitens“) ist die dotis promissio in Ansehung der Eviction nicht anders zu behandeln, als die dotis datio⁵²⁾. Daß nun aber

47) Brunnemann, Comm. in Cod. ad h. 1.

48) Gegen die moderne Auslegung spricht auch der §. 1 der l. 1 eit. Denn die Worte pollicitatio vel promissio von dotis promissio verstanden sind gegenüber der dort behandelten dos venditionis gratia aestimata müßig, während sie auf pactum de praestanda evictione bezogen sehr am Platze sind. — Nach dem Verzeichniß der „Verichtigungen von §. 979 an“ (der 1. Aufl.) und nach der Angabe eines Handexemplars sollte oben folgen der nun zu Ann. 52 gehörige Satz. Da aber durch diese Versezung die Ueberleitung zu b, fortfallen würde, so ist nach Maßgabe eines anderen Handexemplars der Satz an seiner früheren Stelle belassen und nur am Anfang unwesentlich geändert worden.

49) Arndts, Pand. §. 397 a. E. (der 6. Aufl., anders in den neueren Auflagen).

50) Bechmann, Dotatrl. §. 67.

51) Sintenis, Civilr. §. 132 Ann. 68. Bechmann a. a. D. Scheurl, M. Vierteljahrsschr. XI, S. 118. Cyhlarz, Dotatrl. S. 107. — Nach einer Handbemerkung des Verfassers hat er wohl einmal die Absicht gehabt in der obigen Reihe viertens zu behandeln „die Frage nach dem benef. competentiae, daß l. 33 D. b. t. 23, 3 auch dem extraneus promittens einzuräumen scheint, wenn er ex liberalitate promittirt, während l. 84 eod. ihm dasselbe für alle Fälle abspricht“. Den daselbst gegebenen, mit einigen kritischen Lichtern versehenen Hinweis auf Quellen und Literatur für diese Frage glaubt der Herausgeber angeichts der höchst wahrscheinlich neuerer Zeit angehörigen Besprechung und Entscheidung im Bd. II §. 286 Ann. 36 nicht mittheilen zu sollen. An der letzteren Stelle ist zu lesen Windisch, §. 267 Ann. 12.

52) Mit diesem Ergebniß und großentheils mit seiner Begründung übereinstimmend Dernburg, Pand. III §. 16 S. 30 und Ann. 16.

b. die dotis datio den Geber ohne weiteres evictionspflichtig mache, also stillschweigend das Versprechen des habere licere enthalte, wird zwar von Windischeid a. a. D. angenommen, hat aber unseres Erachtens weder die Doctrin, noch die Quellen, noch die Natur der Sache für sich⁵³⁾. Denn von Seite dessen, der nicht dotationspflichtig ist, stellt sich dotis datio auch dem Manne gegenüber wo nicht als Schenkung so doch als Liberalität dar, kann also dieser ihrer Natur nach eine Evictionshaft nicht nach sich ziehen⁵⁴⁾; soll um eben deswillen ja doch auch in anderer Beziehung auf den Besteller Rücksicht genommen werden⁵⁵⁾. Nach l. 1 C. h. t. 5, 12 cit. aber muß zu der dotis datio entweder ein ausdrückliches Versprechen (cf. l. 13 eod.) oder die in der rerum aestimatarum datio liegende venditio, oder ein dolus von Seite des Gebers hinzukommen. Der Fall, von dem man außerdem noch sprechen zu dürfen meint, nämlich der der gesetzlichen Dotationspflicht, ist nicht genannt, und gewiß mit Recht; denn dann kommt es wohl zu keiner Klage wegen Nichterfüllung eines ausdrücklich oder stillschweigend gegebenen Versprechens, sondern zur Klage auf eine noch immer unerfüllte gesetzliche Pflicht⁵⁶⁾.

An den Moment der Bestellung knüpfen sich nun aber auch noch

2. Obligationen des Empfängers. Innerhalb dieser muß jedoch wohl unterschieden werden zwischen

a. einer Obligation des Empfängers an den Besteller im Falle der dos recepticia (§. 478, b.). Diese Obligation hat gleich den obigen die gemeine contractliche Grundlage, beruht auf Stipulation oder pactum⁵⁷⁾ und wird durch die gemeine

53) Bd. II §. 280 Anm. 13 nebst l. 52 D. h. t. 23, 3. l. 52 §. 1 D. a. e. v. 19, 1, ferner l. 34 D. h. t. 23, 3, wo die Eviction und entsprechende actio sicher, daß Warum unsicher ist; die Glossa nimmi in erster Linie Aestimation an. Andere verweisen auf den Dolus des Bestellers, oder auf dessen Batereignenschaft. S. auch Windischeid, Band. §. 495 Anm. 5 g. E.

54) — ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur. l. 62 D. aed. ed. 21, 1. Bd. II §. 280 Anm. 14.

55) — parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem — l. 33 D. h. t. 23, 3.

56) dagegen Mandry, Familiengüterr. I §. 243. 244, andererseits Arndt, Band. §. 403 Anm. 2. S. unten §. 492 Anm. 63.

57) l. 6 C. h. t. 5, 12. l. unic. §. 13 C. rei ux. act. 5, 13.

actio ex stipulatu, oder die realcontractliche conditio oder praescriptis v. actio geltend gemacht⁵⁸⁾;

b. einer Obligation des Empfängers an die Frau, wenn die Rückgabe nicht pactirt ist, mag die Frau nun selbst bestellt haben oder nicht. Diese Obligation des Mannes, der dann auch gewisse Verbindlichkeiten der Frau entsprechen, ist die eigentliche Dotalobligation, indem ihr keinerlei Vertrag oder Contract, sondern einzig der Begriff und das Wesen der Dos zu Grunde liegt. Sie benennen und behandeln wir eigens als dotis obligatio.

. . .
§. 483.

Dotis obligatio.



D. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. 24, 3.

C. eod. 5, 18.

Diese Obligation des Mannes (oder seines Gewalthabers) an die Frau hat

I. ihren Grund lediglich darin, daß eine Dos vorhanden also res uxorii in Mannes Händen ist, er in der Dos ein Gut der Frau, oder daß er sie der Substanz nach nur für die Frau hat¹⁾. Er hat fremdes²⁾, anvertrautes Gut in Händen, und eben darin die Verpflichtung zur dereinstigen Restitution: zur Restitution nämlich, wenn der einzige Grund, aus dem er die Dos in Händen hat³⁾, die Ehe, hinweggefallen sein wird.

1. Daß die „Dotalforderung erst in Folge der Aufhebung

58) — l. 6 cit. I. 1 C. pact. conv. tam sup. dote 5, 14 und unten §. 485. IV. — ausnahmsweise, utiliter, auch von Dritten, die selbst nicht stipulirt haben: I. 45 D. sol. matr. 24, 3. I. 7 C. pact. conv. tam sup. dote 5, 14 und einstweilen §. 375 der 1. Aufl. Unger, Vertr. z. Gunsten Dritter in Zher. Jahrb. X S. 38. — l. 6 cit. (a. 236) ist eine von den vorjustinianischen a. praeser. verbis bietenden Codexstellen, welche Gradenwicklungen, Interpolationen S. 123—145 bei seinem Nachweis, daß „actio praeser. verbis“, noch der spätclassischen Zeit fremd, erst von den Compilatoren erfunden und in die Pandekten gebracht worden sei, nicht in Betracht gezogen hat.*

1) dagegen Bechmann, Dotalr. I S. 47 fg. 78 fg. 150 fg. II S. 146 fg. und im Anschluß daran Mandry, Familiengüterr. I S. 318. II, ferner Cyhlarz, Dotalr. §. 64 S. 214 fg.

2) — wie selbst Bechmann einmal sagt (Dotalr. II S. 259) —

3) cf. I. 17 §. 1 D. i. d. 23, 3.

der Ehe entstehe“⁴⁾ ist mithin eine der unsrigen direct entgegengesetzte Ansicht. Unseres Erachtens ist sie vor Aufhebung der Ehe gemeinhin nicht flagbar, begründet dagegen allerdings sofort mit der Bestellung⁵⁾; die Dotalsforderung wird unter gewissen Eventualitäten nicht erworben, sondern verloren. Ihre sofortige Begründung bestätigt allerdings auch l. 73 pr. D. i. d. 23, 3⁶⁾. Ferner muß sie nach unserer Auffassung aufhören, wenn die Dos aufhört Frauengut zu sein. Nach classischem Rechte war dies, von der dos recepticia abgesehen, bis auf l. unic. C. rei ux. act. 5, 13 der Fall, wenn die Frau binnen der Ehe verstarb, und nicht etwa der parens wegen prosecutischen Ursprungs der Dos an die Stelle der Frau trat, oder wenn die Frau zwar erst nach Trennung der Ehe, aber noch vor Geltendmachung ihres Rechtes verstarb; in beiden Fällen gewann nunmehr der Mann die Dos⁷⁾ und mußte demnach seine Haftung erlöschten. Falsch ist es zu sagen, daß er vornherein nur für den entgegengesetzten Fall obligirt war. Beide Erlösungegründe sind nun aber durch l. unic. cit. §. 4 und

4) Bechmann, Dotalr. II S. 35 I S. 194, vgl. auch die Ann. 1 bemerkten Seiten. Czylarz, Dotalr. S. 213 – 223. S. jerner Windisch eid, Pand. §. 496 Ann. 4. Mandru, Familiengütern. I S. 309. 328. 331 Ann. 13. Der Widerspruch der beiden Erstgenannten kommt hauptsächlich daher, daß sie nicht mit Bd. II §. 214 – §. 218 Haftung, Verbindlichkeit und Schuld unterscheiden, insbesondere z. B. Bechmann, S. 157 die Novirbarkeit der Dotalobligation (durante matrim.) vermißt, während jene nach Bd. II §. 217 a. E. und §. 282 Ann. 17 nur bei Schulden anzutreffen ist, ja S. 187 „eine Haftung ohne Obligation“ annimmt. Die dotis obligatio ist hier als Haftung gemeint, was deutlicher im folgenden §. 484 hervortritt und in §. 486 besonders bei Ann. 1 ausdrücklich gesagt ist, indem die Ausdrucksweise des vorliegenden §. vernünftlich vom Verfasser selbst seiner erwähnten Lehre mehr und durchgängig angepaßt worden sein würde. Wenn Bechmann S. 183 vom Manne sagt: „er kann es nicht mehr hindern, daß er dereinst Schuldner wird“ und Czylarz S. 220 (s. auch 223 unten): „der Mann ist jetzt bereits gebunden, und kann sich der Entstehung der Dotalobligation gar nicht mehr entziehen“: so ist damit die dotis obligatio im Sinne der Bd. II entwickelten „Haftung“ als vor der Eheauflösung bestehende anerkannt.

5) Mit Unrecht ist Scheurl von seinen richtigen Auffstellungen in M. Vierteljahrsschr. Bd. VI S. 34 in Bd. XI S. 127 zurückgewichen.

6) Mutus surdus caecus dotis nomine obligantur —. l. 19 D. i. d. 23, 3: Etiam si alii iussu mariti dos detur, nihil minus maritus de dote obligatur. l. 59 pr. eod. — de dote virum teneri, quemadmodum si Titio iussisset dari.

7) oben §. 476 Ann. 4 und 5.

§. 6 hinweggefallen. Das lucrum mariti aus dem Tode der Frau noch binnen der Ehe kann jetzt zwar durch ein pactum erzielt werden (§. 6 cit., Anm. 15); strenger genommen dauert hier aber das ehefräuleiche Vermögen ipso iure fort, und ist nur die Forderung auf dasselbe einer exceptio unterworfen⁸⁾.

2. Die Obligation kommt vornherein nicht auf, wenn die Dos noch von einem Dritten bestellt und zurückbedungen ist. Denn dann erscheint sie auch in allen übrigen praktischen Beziehungen nicht als Gut der Frau⁹⁾. Auch wenn die Frau, statt sich mit ihrer rei uxoriae obligatio, actio zu begnügen, die Dos stipulirt oder eigens zurückbedingt, bekommt die Obligation einen neuen Grund. Ja nachdem neuestens eine Stipulation der Frau überall angenommen werden soll, auch wo sie in Wirklichkeit nicht stipulirt und auch kein Dritter stipulirt oder pactirt¹⁰⁾, wird fraglich, ob die alte dotis obligatio überhaupt noch existire? Indessen ist in l. unic. cit. nur das ius der rei uxoriae actio, d. i. das Eigenthümliche in Zeit, Gegenstand, Defension u. c., nicht auch ihr Grund an die neue Klage aufgelassen worden¹¹⁾, ihr alter Grund ist für alle Fälle, da nicht wirklich stipulirt, pactirt wird, geblieben, wenngleich der Gesetzgeber vorschreibt: man solle sagen, daß sie ex stipulatu sei, — und annehmen, daß sie der Frau aus diesem Grunde zukomme¹²⁾; ward in Wirklichkeit nicht stipulirt, so ist das ehefräuleiche Eigenthum nach wie vor ihr einziger wirklicher Grund. Denn jene Unterstellung der Stipulation enthält keine bloße Präsumtion, sondern eine Fiction. Zweierlei Fictionen sind in l. unica cit. aufgestellt. Einmal die, daß stipulirt sei, wo in Wirklichkeit nicht stipulirt war: denn jegliche Dos sollte nur mehr mit einer ex stipulatu actio zurückgesfordert werden können¹³⁾. Dann die, daß überall da wo der dritte Besteller

8) Seit Theodosius d. J. (l. 8 C. repud. 5, 17) gibt es eine Liquidierung der dos wegen willkürlicher oder verschuldetter Scheidung, die (zum Theile) noch fortduert. §. 471 Anm. 7.

9) §. 478. b.

10) l. unic. pr. §. 13 C. rei ux. act. 5, 13.

11) — in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriae ius . . . concludentes. l. un. pr. cit.

12) — ut ei dos ex huiusmodi casu accedat. l. un. §. 13a cit.'

13) — omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta

nicht wirklich für sich stipulirt oder pactirt hätte, nicht etwa er, sondern die Frau als Stipulator zu betrachten sei¹⁴⁾. Also daß überall stipulirt sei, wird fingirt, und daß überall von der Frau stipulirt sei, wo nicht wirklich ein Dritter stipulirt hat. Ueber den wirklichen Grund der Klage ist mit all dem nicht abgesprochen oder vorgegriffen; überall, sagen wir, wo der Frau zuvor rei uxoriae actio zustand, hat sie nunmehr ex stipulatu actionem; ex stipulatu durch Fiction, actionem aus dem alten und wahrhaften Grunde ihres Dotaleigenthums.

Aber ex stipulatu actionem hat sie nicht blos da wo sonst rei uxoriae actionem, sondern zudem noch in einem Falle, wo diese der Frau, vielmehr deren Erben, bisher verloren ging: nämlich wo die Frau binnen der Ehe verstirbt¹⁵⁾; denn im Falle wirklicher Stipulationen war die dos hier der Frau verblieben, und eben diese Stipulation wird nun fingirt; ist nicht wenigstens hier die fingirte Stipulation der Grund unserer Obligation? Selbst hier nicht. Justinian hebt hier das lucrum mariti nicht auf, weil er die Stipulation fingirt, sondern er fingirt die Stipulation, weil er das lucrum aufheben will. Nachdem dieses be seitigt ist, wirkt das Dotaleigenthum auch hier als Grund der obligatio, actio.

§. 484.

Fortsetzung.

II. Inhalt unserer Obligation ist die Haftung für seinerzeitige Restitution alles dessen, was den Gegenstand der Dos (§. 469) bildet, sowie der Früchte, die weder als fructus dotis dem Manne gebühren (S. 691, 692), noch selbst zur Dos geworden sind (§. 481 Ann. 3 fg. und S. 745 fg.). Und zwar müssen Immobilien auch nach neuestem Rechte sofort nach Auflösung der

fuerit stipulatio sive non, ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. l. un. §. 1 cit.

14) Neque enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse, ne, quod pro mulieribus introduximus, hoc adversus mulieres convertatur. l. un. §. 13b. cit.

15) — si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad heredes mulieris ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur — l. un. §. 6 eod.

Ehe, alle anderen Sachen dagegen bei Vermeidung eines gesetzlich befohlenen Verzugszinses von 4% ihrer Schätzung nunmehr binnen Jahresfrist nach Auflösung der Ehe, restituiert werden¹⁾; das Recht der Früchte ist durch diesen Aufschub nicht verändert worden²⁾. Nur im Falle der Verarmung des Mannes, d. i. der entschiedenen Thatsache, daß sein Vermögen unter den Betrag der Dos sinkt, darf die Frau noch während der Ehe zurückfordern³⁾; dotal, d. i. für den Unterhalt der Familie bestimmt, bleibt das Restituirte auch in der Hand der Frau⁴⁾. Mißbrauch der Dos, wie z. B. Genuß ihrer Einkünfte ohne Unterhaltung der Frau, berechtigt noch nicht zur Rückforderung der Dos, sondern nur zur Klage auf Abstellung dieses Mißbrauchs, allenfalls auf Sequestration der Dos⁵⁾.

Vor den genannten Zeitpunkten oder Ereignissen⁶⁾ braucht der Mann nicht zu restituiriren; vor Aufhebung der Ehe oder vor der Verarmung aber darf er nicht restituiriren: es wäre denn aus einer der in I. 73 §. 1. 1. 85 D. i. d. 23, 3. l. 20 D. sol. matr. 24, 3 aufgezählten Ursachen⁷⁾; widrigenfalls ist dotis obligatio nicht soluta⁸⁾, die Restitution eine (verbogene)

1) I. unica §. 7. §. 9 C. rei ux. act. 5, 13.

2) I. un. §. 7b. §. 9 eitt.

3) I. 24 pr. D. h. t. 24, 3: Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. I. 29 C. i. d 5, 12. Ob die Zurückforderung der Frau auch bei dos recepticia zustehe, ist Streitfrage, s. Arndts, Band. §. 404 Ann. 3. Dernburg, Band. III §. 19 Ann. 3. Daß diese Frage S. 1281 der ersten Aufl. bejaht werde, wie Arndts zu verstehen gibt, trifft nicht zu.

4) — sed fructibus earum ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habeant, abutatur. I. 29 pr. eit.

5) I. 22 §. 8 D. h. t. 24, 3, zur Sequestration s. Bechmann, Dotalr. §§. 178 fg. Czyhlarz, Dotalr. S. 488; die Rückforderung in §. 9 eod. setzt Trennung der Ehe voraus.

6) Der Aufhebung der Ehe durch den Tod wird die durch Übergang zur vita religiosa gleichgeachtet: I. 52 (53) §. 15 C. episc. 1, 3 cf. I. 54 (56) §. 4 eod.

7) Nov. 22 cap. 39. I. 27 §. 1 D. relig. 11, 7. I. 1 §. 5 D. dote prael. 33, 4. S. Windscheid, Band. §. 502 Ann. 7 und wegen der Streitfrage, ob die Aufzählung der Ausnahmen in den Quellen erschöpfend sei, Arndts, Band. §. 404 Ann. 5.

8) cf. I. 20 eit. in fin.

Schenkung⁹⁾, und auf das iuerum dotis, wenn es ihm nur überhaupt zusteht, nicht verzichtet¹⁰⁾.

Demnach ist dotis obligatio eine Haftung nicht blos für Restitution, sondern auch für Nichtrestitution; der Mann haftet dafür, daß er vor dem gesetzlichen Zeitpunkte nicht restituire, oder aber den Schaden, der aus der vorzeitigen Restitution erwachsen ist, erzeuge; denn er sollte nicht blos die förmliche Berechtigung, sondern auch die Verantwortlichkeit des Frauen-gutes für die Zeit der Ehe allein haben.

Daß der Mann vor der Zeit restituirt, ist (von den ge-
setzlichen Entschuldigungsfällen abgesehen) stets eine Verschuldung;
nicht so der Umstand, daß er zur gesetzlichen Zeit nicht resti-
tuirt. Letzteres kann die Folge eines Unfalles sein, den er nicht
prästirt, während er die Nichtrestitution aus dolus und culpa
prästirt; namentlich prästirt er die Deterioration der Dotals-
sachen¹¹⁾, und, weil er auch seiner selbstwegen empfängt, auch
diligentiam, aber weil er sie nicht blos seiner selbstwegen hat,
nur diligentiam in suis¹²⁾. Bilden Quantitäten den Gegen-
stand der dos, so würde deren Untergang nach dem bloßen
Forderungsstandpunkte stets den Mann treffen; er also die Dos
schlechthin heimzahlen müssen, wenn z. B. die Dos durch pro-
missio bestellt, und das versprochene Geld ihr Gegenstand ist;
gleichviel ob die Forderung eingebracht ist, oder nicht; ob sie
einbringlich war oder nicht. Nun ist aber die Frau nicht blos
Gläubigerin, sondern auch Eigenerin der dos, und kann darum
deren Gegenstand, mag er fungibel sein oder nicht, ebensowohl

9) I. 1 C. si dos constante matrimonio soluta fuerit 5, 19. Nov. cit. Davider Behmann, Dotalr. I S. 165 sg., andererseits Windscheid, Pand. §. 502 Ann. 6.

10) s. die citirten Stellen. — Wie mit all dem vereinbar, daß der Mann iussu mulieris die von deren Schuldner ihm exprimitirte Forderung der Frau mit der Wirkung acceptoferieren kann, daß res mulieri perit? I. 36 D. L. d. 23, 3. Mit jcheinem dadurch, daß Ulpian selbst dieses iabinianische res mulieri perit als bisz mittelbaren, durch compensatio zu bewirkenden Untergang annimmt (I. 38 eod.) und auch in dotem conversio (ibid.). Für solche Conversion mit den Meisten, aber gegen gewöhnliche Compensation Kretschmar, secum pensare S. 70—78.

11) I. 7 §. 12 D. h. t. 24, 3. cf. I. 18 §. 1 eod., und oben §. 481 bei Ann. 8; die durch ihn bewirkt, nicht die Verschlechterung überhaupt: I. 11 D. i. d. 23, 3. Wegen I. 4 in f. D. imp. 25, 1 s. Bd. II §. 281 b. Ann. 10 a. E.

12) I. 17 pr. D. i. d. 23, 3. Bd. II §. 267 Ann. 34.

ihr als dem Manne zu Grunde gehen¹³⁾). Er geht aber in obigem Falle ihr überall dann zu Grunde, wo die Dos nicht eingebraucht werden kann, und man dem Manne daraus, daß er den Promittenten nicht gedrängt hat, keinen Vorwurf machen kann: wie wenn ein Dritter aus bloßer Liberalität, oder Vater oder Frau selbst promittirt¹⁴⁾, oder den dritten unfreiwilligen Promittenten (debitor) beerbt haben¹⁵⁾. Doch muß der Frau wenigstens die Klage ebdirt werden¹⁶⁾. Der gleiche Grundsatz gilt auch für den Fall, da die Dos durch Cession oder Delegation bestellt ist¹⁷⁾. — Bilden Quantitäten den Gegenstand der dos, weil die gegebenen corpora (venditionis causa) ästimirt oder fungibel waren (S. 722), so müßte nach obigem das periculum auch hier bei der Frau sein; allein in einer derartigen Bestellung erblickte man die vertragsmäßige Uebertragung der Gefahr auf den Mann¹⁸⁾.

Unsere Haftung erstreckt sich wie eingangs bemerkt auf die Restitution auch von Früchten. Da fragt sich nun: Was sind das für Früchte, welche bei der dotis restitutio als Nebengegenstand mit zur Restitution kommen? Es sind

1. nicht etwa welche noch vor der Ehe percipirte; denn diese sind eben zur Dos selbst und also mit zum Hauptgegenstand der Restitution geworden¹⁹⁾; —

2. keine, die zur Zeit der Restitution noch nicht percipierte, oder nicht noch vor dieser zu percipiiren waren²⁰⁾. Freilich müssen von den Früchten, welche zur Restitution kommen, un-

13) cf. I. 28 pr. D. don. i. v. et u. 24, 1.

14) I. 33 D. i. d. 23, 3 (wegen der Lesart propitiis vgl. Gell. VII, 5 §. 1). cf. I. 49. I. 71 eod. I. 20 §. 2 D. pact. dot. 23, 4.

15) I. 41 §. 4 D. i. d. 23, 3. I. 66 §. ult. D. h. t. 24, 3; indeß s. Julian in I. 33 D. cit. und I. 30 §. 1 D. h. t. 24, 3 (culpa viri... a socero).

16) I. 44 §. 1 D. h. t. 24, 3.

17) arg. I. 49 pr. eod. I. 56 pr. D. i. d. 23, 3.

18) cf. I. 42. I. 10 pr. §§. 4-6 D. i. d. 23, 3. I. unic. §. 9 in fin. C. rei ux. act. 5, 13. Zu Ann. 11-18 vgl. Ēzylarz, Totalr. S. 256-276.

19) I. 6 in f. D. h. t. 24, 3 — nam si ante nuptias traditus sit et fructus inde percepti, hi restituendi sunt quandoque divorcio facto quasi dotis facti. Oben §. 481 Ann. 3.

20) cf. I. unic. §. 7 in fin. C. rei ux. act. 5, 13.

terschieden werden die Früchte, welche bei der restitutionshalber anzustellenden Berechnung (hier unten b.) im Dividend in Ansatz kommen: unter diesen können allerdings auch noch nicht percipirte Früchte, — Früchte die zur Zeit der Auflösung der Ehe, ja selbst zur Zeit der Restitution noch nicht percipirt oder zu percipiren waren, in Ansatz kommen²¹⁾.

3. Zur Restitution können als Früchte (Nebensache) nur Früchte kommen, die noch während der Ehe, oder zwischen dieser und der Restitution percipirt sind, oder zu percipiren waren²²⁾. Umgekehrt sind diejenigen, welche der Mann noch nach der Ehe percipirt, nicht immer Gegenstand der Restitution. Selbstverständlich kommen von den während der Ehe percipirten vielen nicht zur Restitution; daß aber doch irgendwelche von ihnen zur Restitution kommen können, während die noch nach der Ehe percipirten manchmal nicht zur Restitution kommen, hat seinen Grund

a. vor allem in dem negativen Satze, daß hier über Retention und Restitution der Früchte nicht wie dies sonst wohl der Fall ist²³⁾ einfach der Anfall der Früchte, d. i. bei den natürlichen Separation und Perception, bei den civilen die Begründung oder der Anlauf von Preis und Zinsen entscheidet²⁴⁾. Weder also der Umstand, daß die Frucht noch während der Ehe anfiel, ist entscheidend dafür, daß der Mann sie sämmtlich behalte, noch der Umstand, daß sie ihm nachher anfiel, entscheidend dafür, daß er sie hinausgabe. — Hiezu kommt

b. der positive Satz, daß, entsprechend den Früchten, welche ihre Zeiten zu haben pflegen²⁵⁾, die Ehe selbst in Zeiten zu

21) I. 7 §. 2. §. 15 D. h. t. 24, 3: Interdum marito de fructibus a muliere cavetur et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet —.

22) I. un. §. 7 i. f. C. cit. S. 744 al. 2 und Ann. 20.

23) Bd. I §. 193 Ann. 13 und I. 8 in f. D. ann. leg. 33, 1.

24) I. 7 §. 1. §. 9 D. h. t. 24, 3 — nam et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. Die Meinung von Wendt, Band. S. 721, daß der „Grundsatz der Früchtesteilung“ „nur für jene Grundstücksfrüchte“ aufgestellt werde, widerstrebt der I. 7 §. 10 eod., s. auch S. 751 al.

25) I. 7 §. 9 cit.

fällen und nach diesem Maßstab an den Früchten zu betheiligen ist: so daß nur der ihre „Zeit“ (ihr Jahr) vollendenden Ehe auch alle in diese Zeit fallenden Früchte gehören, und da wo sie diese Zeit nicht zurücklegt, eine divisio fructuum nach Maßgabe desjenigen Zeittheiles eintritt, welchen sie wirklich durchmessen hat. Je nach dem Resultat dieser Rechnung kann dann von dem noch während der Ehe percipirten fructus etwelcher heraus- oder ein später percipirter noch hineintreffen.

Des Näheren betrachtet ist die Zeit von der ausgegangen wird meistens ein Jahr²⁶⁾, und zwar überall das Ehejahr, wenn zur Zeit der Verheiratung nicht blos die Dos bestellt, sondern die fruchttragende Dotalache auch schon ausgeantwortet ist²⁷⁾, entgegengesetzten Fälls das Dotaljahr²⁸⁾. Gegenüber von Früchten, welche einen zweimaligen Turnus im Jahre haben, gilt als Jahr das Semester²⁹⁾, gegenüber von denjenigen die nur einen mehrjährigen Turnus haben, ein Doppeljahr *zc.*³⁰⁾. — Gegenstand der Theilung (Dividend) ist gemeinlich aller fructus, der im annus novissimus, d. i. im letzten, allenfalls im ersten und letzten Ehe- oder Dotaljahr, vom Jahrestag der Ehe oder der Extradition der Dos bis zu demselben Tage des anderen Jahres gerechnet³¹⁾, bereits angefallen ist oder noch anfallen wird; Divisor aber der Bruch, welcher denjenigen Theil des annus novissimus angibt, durch welchen hindurch die Ehe noch gedauert hat³²⁾.

26) annus typisch in 1. 7 §. 6 D. h. t. 24, 3. I. 5 eod. (de divisione anni). 1. 6 eod. (computandus annus est). 1. 7 pr. eod. (inpendit in eundem annum). 1. 7 §. 10 eod. (anni ratio habetur). 1. 7 §. 12. 1. 11. 1. 31 §. 4 eod. (pro portione anni). 1. 7 §. 16 eod. (fructum totum anni). 1. 8 §. 1 eod. (totius anni unus fructus). 1. 31 D. pact. dot. 23, 4 (extremi anni matrimonii fructus). 1. 78 §. 2 D. i. d. 23, 3 (pro rata temporis eius anni dividantur fructus). 1. un. §. 9c C. rei ux. act. 5, 13 (novissimi anni fructus pro rata temporis portione). cf. 1. 42 D. usur. 22, 1 (maior pars anni). Paul. r. s. II, 22, 1 (pro rata anni eius, quo factum est divortium).

27) 1. 6 D. h. t. cit.

28) 1. 5 eod. cit.

29) 1. 7 §. 6 eod. cit.

30) 1. 7 §. 7. §. 8 eod.

31) 1. 5. 1. 6 eod.

32) 1. unic. §. 9c C. rei ux. act. 5, 13 — novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione debere utriusque parti adsignari — s. auch Ann. 26.

Zur Theilung können mithin auch Früchte kommen, welche zur Zeit der Restitution noch nicht angefallen sind, vorausgesetzt nur, daß sie innerhalb des annus novissimus noch angefallen³³⁾; also nicht blos derjenige fructus, welcher noch in dem „tempus matrimonii“ des annus novissimus angefallen ist, bildet den Gegenstand der Theilung.

Ferner ist es falsch zu sagen oder zu denken, daß ein Jahresertrag, d. h. bloß so viele Frucht als nach der Fruchperiode der Dotsache auf ein Jahr trifft, Gegenstand der Theilung sei³⁴⁾: in der vielbestrittenen l. 7 §. 1 D. h. t. 24, 3 sehen wir deutlich mehr als einen solchen Jahresertrag (einen Jahresertrag und $\frac{1}{4}$ Pachtzins) zum Dividenden werden³⁵⁾:

33) I. 7 §. 2 D. h. t. 24, 3 — pro modo temporis omnium mensum, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debetur portio nem retinebit. I. 7 §. 15 eod.: Interdum marito de fructibus a muliere cavetur et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet. cf. I. 7 §. 10. §. 11 eod.

34) Versteht man, wie hier oben S. 747 g. E. unter Gegenstand der Theilung den Dividenden (nicht überhaupt den Distribuenden), so spricht doch etwas dafür nur in einem Jahresertrag (im oben angegebenen Sinn) den Dividenden zu sehen, also unter fructus anni (Ann. 26), welcher zur Division kommt, den einem Jahr entsprechenden zu verstehen. Denn wenn mit annus ein Zeitraum gemeint ist, welchem ein Ertrag wirtschaftlich correspontiert („Umliebszeit“ S. 750), und nicht ein solcher, welcher nur Einnahmen zeitlich begrenzt, so erklärt sich leichter I. 7 § 6 eod.: quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur —, da hier ein wirtschaftliches Verhältniß der Frucht zum Zeitraum vorausgesetzt ist. Daß nur ein Jahresertrag Dividend ist, besagt nicht, daß das Plus vom Manne behalten, noch auch daß es nicht veranschlagt, in Rechnung gebracht werde. S. die folg. Ann.**

35) Hierbei ist vorausgesetzt, daß in den Worten ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur die Worte ex ea pecunia den Dividenden bezeichnen, von welchem tertia portio das Drittel wäre. Allein dieser Sinn sollte nach dem Sprachgebrauch durch eius pecuniae tertia portio ausgedrückt sein; j. z. B. das vorangehende quarta portio mercedis. Danach wäre mit ex ea pecunia eher der (dem Manne angefallene) Geldbetrag (Distribuend) gemeint, welchem das Drittel zu entnehmen ist, das sich durch Theilung eines anderen Betrages ergeben hat, gerade wie auch in I. 7 §. 2 in f. eod. mit ex mercede quae debetur portionem retinebit nicht Division der merces festgesetzt ist. Als jenen anderen Betrag, der den Dividenden für die Drittteilung abgibt, durfte der Jurist stillschweigend einen Jahresertrag (Ann. 26 u. 34) voraussehen. Daß er aber weder nur den Weinlesebetrag, noch nur den Jahrespachtzins, noch auch das Mittel aus diesen beiden sich als Dividenden dachte, ist daraus zu schließen, daß er confusio von vindemiae fructus und quarta portio mercedis instantis anni vorschrieb. Denn dies scheint darauf zu deuten, daß der zu dividirende Jahresertrag durch Reduction jener beiden Einnahmen (von $\frac{5}{4}$ Jahren) auf die eines Jahres ermittelt werden soll. Von diesem Verfahren ist eher die Billigkeit, als die Nothwendigkeit einzusehen, und wahrscheinlich ist auch keine solche, wenigstens keine rechnerische, mit debebunt gemeint. S. unten bei Ann. 40.**

wie denn überhaupt durch Verpachtung nach vorgängiger Ernte mehr als Ein Jahresertrag im annus novissimus anfallen kann, und in l. 7 §. 1 cit. nur das der dunkle Punkt ist, daß neben der vindemia nicht der ganze in den annus novissimus fallende Pachtzins ($\frac{11}{12}$) zum Dividend wird³⁶⁾.

Falsch endlich ist die Vorstellung, als ob die Früchte des letzten Jahres der Anwachung nach zu theilen seien, so daß der Mann all das, aber auch nur so viel zu behalten hätte oder bekäme, als während der Zeit der Ehe gewachsen ist; mithin bekäme: einen Anteil auch an dem fructus, der erst nach dem annus novissimus zur Perception kommt, aber zum Theil noch während desselben, der Ehe nämlich, gewachsen ist; — behielte: allen fructus der in der Zeit der Ehe nicht nur percipirt, sondern auch entstanden ist; — zurückgäbe: von dem noch in der Ehe percipirten fructus so viel als noch vor der Ehe oder Dotirung daran gewachsen ist. Nach dieser Regel käme also im directen Widerspruche mit l. unic. §. 9 cit. der fructus nicht des annus novissimus, sondern nur der Ehezeit selbst in Betracht; eine Restitution von Früchten fände nur nach rückwärts (wegen des Wachsthums, Anblums vor der Ehe) nie nach vorwärts (wegen der Vorwegnahme der Ernte für einen bloßen Theil des annus novissimus) statt, so daß der Mann wenn er im ersten Monat seiner zwölfmonatlichen Ehe erntet, zwar $\frac{11}{12}$ rückwärts restituiren müßte, für die ferneren

36) Uebereinstimmend Baron, Pand. §. 340 und Dernburg, Pand. III §. 22 Anm. 6 eingangs. S. jedoch auch unten bei Anm. 40. Banzerow, Pand. §. 220 Anm. 2, I scheint anfänglich wider Francke selber auszuführen, daß der Ertrag von mehr als Einem Jahre Dividend werden könne; allein am Schlusse gibt er in Rechtfertigung der Duaren'schen Ansicht dem Manne sein Theil doch nur an einem Jahresertrage, indem er anstatt in den von Papinian oder Ulpian statuirten Dividenden zu dividiren lediglich subtrahirt ($\frac{1}{12}$ von der bezogenen Weinlese). Francke dagegen hat seinerseits bestimmter und ausführlicher als sonst wer den Satz zur Geltung gebracht, daß „die Früchte des annus novissimus zur Theilung kommen“ (Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 Nr. 10, bes. SS. 282. 294. 297. 298. 310 §. 10 Nr. 3—6): nicht minder ist er vollkommen im Rechte, wenn er dafür eintritt, daß nur Früchte, die noch während des annus novissimus anfallen, von natürlichen Früchten also nur solche, die noch während desselben percipirt werden, getheilt werden (s. bes. S. 299); unvollständig scheint uns nur die Begründung, warum nicht auch in dem Falle der l. 7 §. 1 alle Früchte des annus novissimus zum Dividendus werden.

$\frac{11}{12}$ seiner Ehe aber nichts mehr, für ein volles Ehejahr also nur $\frac{1}{12}$ Ertrag bekäme, wenn im nächsten Jahre zufällig gar keine Ernte ist — im Widerspruche speciell mit l. 7 §. 1, wonach er in unserem Fall die ganze Ernte behielte³⁷⁾. Auch käme es nach dieser Regel zu keiner Theilung im Sinne einer arithmetischen Division, sondern nur zu einer Ausscheidung dessen was bereits und noch innerhalb der Ehe gewachsen ist, von dem was außerhalb der Ehe gewachsen ist; an die Stelle des in l. 7 §. 1. §. 9 ausdrücklich verworfenen Satzes, daß schlechthin nach dem Momente der Perception oder des Anfalls zu scheiden sei, wäre lediglich der gesetzt, daß nach dem Wachsthum zu scheiden sei — während l. 7 §. 1. §. 2. 1. unic. §. 9 citt. eine arithmetische Division und Proportion verlangen. Ein Anhalt für diese Regel ist aber außer dem Worte der l. 7 §. 9 eod. — *fructus totu[m] tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus* — in den Quellen nirgends zu finden. Jenes Wort selbst sagt aber nur, daß der Entscheid über die Früchte sich nicht nach dem zufälligen Momente des Anfalls, sondern nach ihrer ganzen Umtriebszeit richtet. Darüber wie er sich hiernach richtet ist nichts gesagt. In Wirklichkeit hat er sich aber insofern darnach gerichtet, daß der Theilung ein Jahr — als die Umtriebszeit der meisten Früchte — zu Grunde gelegt, und jedes Ehe- oder Dotaljahr an den dareinfallenden Früchten insoweit betheiligt wird, als in diesem Jahre die Ehe noch dauert³⁸⁾.

Der Satz, daß alle im letzten Ehe- oder Dotaljahr anfallenden oder zu percipiirenden Früchte nach Proportion der Dauer der Ehe in eben diesem Jahre zu theilen seien³⁹⁾, erleidet aber eine Modification für den Fall, daß die Ehe nur

37) cf. l. 7 §. 15 D. h. t. 24, 3.

38) Mit Recht sagt darum Francke a. a. O. S. 294, daß die (vielleicht auch der Duaren-Wangerow-Göschens-Böcking-Sintenis'schen Auslegung von l. 7 §. 1 zu Grunde liegende) Anwachstungstheorie den Quellen gänzlich unbekannt sei.

39) er findet sich bei Puchta, Pand. §. 421 not. f. Seuffert, Pand. (4. Aufl.) III S. 33. Windscheid, Pand. §. 501 Anm. 7. Cytharz, Dotalr. S. 241. Dernburg, Pand. III S. 41 in aller Bestimmtheit, nicht ganz so bei Arndts, Pand. §. 407 not. d und Keller, Pand. §. 401; für die Gegenmeinung Wächter, Pand. II S. 237 Anm. 30.

einen Theil des annus novissimus gedauert, der Mann aber schon in diesem Jahrestheil einen vollen Jahresbetrag oder mehr bezogen hat. Hier werden nicht auch noch die in dem noch übrigen Theil des Jahres entfallenden Früchte in den Dividendus mit aufgenommen, oder die Frau wegen Theilung auch noch dieser Früchte zur Caution verhalten. Aus diesem (nur nicht ausgesprochenen, aber gewiß nicht unbilligen) Grunde kommt in I. 7 §. 1 nur die noch in der Ehe entfallende Rate des Pachtshillings, keine weitere in Ansatz⁴⁰⁾.

Daß auch noch für den Fall, da fructus civiles aus der Vermietung von nichtfruchtragenden Sachen zur Vertheilung kommen, eine Modification unseres Sätze eintrete, und hier lediglich nach der Zeit des Anfalles vertheilt werde⁴¹⁾, darf nicht eingeräumt werden. Allerdings braucht hier lediglich nach der Zeit des Anfalles ausgeschieden, d. h. dem Manne so viel Nutzung oder Zins als noch in die Ehe fällt, belassen, das übrige hinausgegeben zu werden, und drückt sich I. 7 §. 10 D. h. t. 24, 3 in diesem Sinne aus⁴²⁾; allein diese Vertheilungsweise gibt hier überall dasselbe Resultat, wie die sonst nothwendige Division; darum kann gleich I. 7 §. 11 eod. sagen, daß bezüglich des Miethzinses von Häusern dasselbe gelte was von Pachtshillingen. Nur muß, wenn das Haus z. im letzten Jahr eine Zeitlang vom Manne selbst genutzt und nur im übrigen vermietet war, die Selbstnutzung neben dem Miethzins gewerthet und mit diesem getheilt werden, wenn das Re-

40) vgl. Anm. 35. Die verschiedenen anderweitigen, bald von dem Buchstaben der Stelle, bald von obigen Theilungsgrundzügen abweichenden Erklärungen s. bei Göschén, Vorlesungen 2. Aufl. §. 693. Wangerow, Band. §. 220 Anm. 2. Böcking, Band. Grundriss Buch 3 Kap. I §. 14 Anm. 8. Der unsrigen am ähnlichsen ist die von Puchta, Vorlesungen §. 421 (den hier Keller a. a. O. als „ganz verworren“ schilt) und wohl auch Dernburg, Band. III §. 22 Anm. 6 g. E. Auch Francke a. a. O. §. 8. §. 10 Ziff. 7 sieht in der Theilung der I. 7 §. 1 eine bloße Modification, Windscheid, Band. §. 501 Anm. 8 dagegen eine falsche Anwendung unseres Sätze; dorthebst und Anm. 3 (hinzuzufügen Huschke, Zeitschrift f. Rechtsgelehr. X §. 1–47, dem Wendt, Band. §. 721 beipflichtet) wie bei Arndts, Band. §. 407 Anm. findet sich Weiteres zur Literaturgeschichte der seit der vorigen Aufl. viel behandelten Stelle.

41) Francke a. a. O. §. 3.

42) cf. I. 25 §. 4 in f. eod.

sultat der Division dem der einfacheren Ausscheidung nach dem Anfall gleich sein soll. —

Diese Theilung der Früchte ist einer der Punkte, auf welchem sich, wie bei der Erstattung von Auslagen⁴³⁾ die Gegenseitigkeit der *dotis obligatio* geltend macht, indem es aus Anlaß derselben wie wir gesehen zu einer Caution und Praestation auch von Seite der Frau kommen kann⁴⁴⁾.

§. 485.

Fortsetzung.

III. Was die Personen anlangt, entsteht die Dotalobligation (verschieden von der wirklichen *ex stipulatu actio*) nicht außerhalb der Gatten und ihrer Gewalthaber¹⁾. Auch war sie, seitens der Frau, nicht schlechthin vererblich. Neuestens aber, unter Fingirung einer Stipulation, ist sie auch seitens der Frau schlechthin vererblich²⁾. Die Möglichkeit einer entgegengesetzten *Pactirung* ist damit nicht ausgeschlossen³⁾; zum Beweise aber, daß diese *obligatio* sammt der dazu gehörigen *actio* aus dem Eigenthum an der dos stammt, geht sie beim

43) I. 7 pr. §. 16 eod., oben S. 725 fg.

44) I. 7 §. 2. §. 15 eod.

1) An diesem Ort würde der Verf. vielleicht auf die Fragen eingegangen sein, von denen die beiden ersten in einem Handexemplar beim jetzigen §. 484 angedeutet sind, nämlich a) ob die Rücksforderung der dos prof. im Fall der Ehelösung durch den Tod der Frau nach justinianischem und nach heutigem Recht dem überlebenden Vater (Besteller) zusteht, j. Arndts, Band. §. 405 Anm. 4, neuestens Wendt, Band. §. 306 bei Anm. 4 und vgl. Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 22 S. 561/2, ferner oben §. 476 Anm. 5 u. 7, unten §. 488 Anm. 8. — b) ob — eine von Prof. E. A. Seuffert gegenüber dem Verf. aufgeworfene Frage — diese Rücksforderung der dos prof. mit dem Tode des Vaters auf dessen, oder auf der Frau Erben übergehe; auf den Fall der Ehelösung durch Scheidung bezieht sich l. un. §. 14 C. rei ux. act. 5, 13, wegen des ersteren Falles j. Scheurl, M. Vierteljahresschr. XI, S. 334. — c) ob die Rücksforderung der dos prof. auch dann den Erben der Frau versagt ist (j. unter a), wann der Vater zwar vor der Ehelösung durch den Tod der Frau gestorben ist, aber sich den Rücksfall der Dos vom Manne ausbedungen hatte. — Das durch das ihr. röm. Rechtsb. L. §. 29 (nebst den Parallelen, dazu Bruns S. 200 fg., S. 264 fg.) bekannt gewordene Ieroninische Gejz über das Schicksal der Dos beim Tode der Frau unterscheidet nicht nach der Herkunft der Dos.

2) I. unic. §. 4. §. 6 C. rei ux. 5, 13.

3) I. un. §. 6 cit. Nov. 22 c. 39 (*secundum pactum*). Unten
§. 487.

Tode des Vaters gleich der dos selbst, ganz anders als ex stipulatu actio, unmittelbar auf den verheiratheten Sohn, nicht auf die Erben des Vaters über⁴⁾). Und auch die Haustochter, welche sie bei Lebzeiten des Vaters mit diesem hatte, hatte sie nachher allein (S. 717).

IV. Was die der Haftung des Mannes entsprechende Klage betrifft, so war das von altersher die rei uxoriae actio. Diese brachte (theils wegen der besonderen Persönlichkeit des ehefräulichen Eigenthums, aus dem sie stammte — theils nach ihrer Natur als b. f. actio —) manchen Nachtheil für die Frau und deren Erben mit sich⁵⁾). Zwar gab es ein Mittel, das an und für sich geeignet war, diesen Nachtheilen vorzubeugen: Stipulirung der Dos und also Begründung der strengrechtlichen, vertragsmäßigen ex stipulatu actio. Allein dieser Stipulation konnte die Frau sich nur bedienen, wenn sie, gewaltfrei, die Dos selbst bestellte; that dies ein Anderer, so mußte sie froh sein, wenn dieser nicht selbst und für sich stipulirte, und ihr dadurch die Dos und rei uxoriae actionem entzog⁶⁾).

Das Recht der rei uxoriae actio hatte für die Frau aber auch nicht minder beträchtliche Vortheile, wiederum dadurch, daß es, dem ehefräulichen Dotaleigenthum entstammend, an dessen besonderer Persönlichkeit partzipirte und über capitis deminutio und väterliche Gewalt erhaben war (S. 706. 714. 3). Dies bewährte sich hauptsächlich da, wo die Frau bei der Verheirathung noch in väterlicher Gewalt stand, und der Vater die Dos bestellte. Wenn dies ohne Stipulation geschah, gehörte

4) S. 694. 1. un. §. 10 eod.

5) I. unica eit. §§. 3—8: Ausschluß auf Grund des edictum de alterutro (Lenel, Edictum §. 114) — Ausschluß durch mora und darin erfolgten Tod der Frau — Retentionen der verschiedenen in §. 5 l. eit. und bei Ulp. VI, 9—17 gedachten Art — Ausschluß durch den noch binnen der Ehe erfolgten Tod der Frau — Restitutionsfristen — beneficium competentiae — Confusio mit der Erbschaft des Mannes und Nichtabzug unter den Schulden, wenn die Frau Erbin des Mannes und legis Falcidiae ratio nothwendig wurde. S. überhaupt Czylharz, Dotalr. 2tes Cap.: die Entwicklung der Dotalklage, und Lenel, Edictum §. 113, dessen von Brinz, Zeitschr. f. Rechtsgech. N. F. IV S. 166 gebilligte Formelrestauratio angefochten wird im Lit. Centralbl. 1884 Sp. 528 von R. (d. i. Karlowa, s. dessen r. RG. I S. 637 Anm. 4).

6) cf. I. un. eit. §. 13 cf. §. 11. §. 14.

die Dos troß aller väterlichen Gewalt der Tochter; rei uxoriae actio stand zwar dem Vater, sie stand ihm aber nicht allein zu (S. 715); Emancipation und Tod des Vaters befreiten wie die Person so das Eigenthum der Tochter, und hatten jenachdem alleiniges Klagrecht der Tochter, und Präceptionssrecht (auch im Falle der Exheredation), freilich auch Collationspflicht (S. 717) und Ausschluß der querela inoff. t. zur Folge⁷⁾. Wenn der Vater dagegen stipulirte (oder an seiner Statt die Tochter stipuliren ließ), ward das Dotalrecht zum gemeinen Vermögen des Vaters und seiner Erben⁸⁾; die Tochter hatte weder einen Anteil an der exactio dotis, so lange sie in der väterlichen Gewalt war, noch ein Vorrecht, wenn diese hinwegfiel. Das-selbe muß gegolten haben, wenn ein extraneus bestellt, aber den Vater, oder an dessen Statt die Tochter zur Stipulation ermächtigt hatte. Justinian trat nun in I. unica cit. als Meh-rer des ehefräulichen Dotalrechtes auf, indem er

1. die der Frau nachtheiligen Eigenchaften der rei ux. actio mit Ausnahme des benef. competentiae⁹⁾ und der Restitutionsfristen, die er verwandelte, beseitigte. Dies that er aber nicht derart, daß er rei uxoriae actionem blos ihrer althergebrachten Eigenthümlichkeiten entkleidete, sondern so, daß er sie aufhob, und an ihre Stelle eine auf die Fiction einer von der Frau vorgenommenen Stipulation gebaute ex stipulatu actio setzte (S. 742); freilich nur für den Fall, da entweder die Frau selbst bestellt und aber die Stipulation unterlassen oder ungültig vorgenommen, oder aber zwar ein Dritter bestellt, jedoch weder für sich selbst stipulirt, pactirt, noch sonstemanden hiezu ermächtigt hatte¹⁰⁾; —

2. für die Fälle, wo diese Fiction die Frau um die Vortheile der rei uxoriae actio gebracht hätte, das Recht der letzteren in das der ficticiischen Stipulationsklage mitaufnahm, so daß auch hier actio und Præcipuum der Tochter verblieb, wenn sie emancipirt oder exhereditirt wurde¹¹⁾, und daß der

7) I. un. §. 11. §. 12. §. 14 cit.

8) ll. citt.

9) Bd. II §. 286 Anm. 31.

10) I. unic. pr. §. 13 cit.

11) I. un. §. 11 cit. Oben §. 477 Anm. 18.

Vater auch hier nicht ohne die Tochter klagen und eintreiben konnte, wenn zu der Zeit die Tochter noch in seiner Gewalt war.

Die neue ex stipulatu actio ist nicht mehr stricti iuris, sondern von der alten rei uxoriae actio her bonae fidei iudicium¹²⁾. Darum ist anzunehmen, daß diejenigen Gegenforderungen des Mannes, welche nicht zu den besonderen retentiones ex dote gehörten, und darum in §. 5 l. unic. weder aufgehoben noch von dem neuen iudicium ausgeschlossen wurden, in letzterem ebenjowohl geltend gemacht werden dürfen, als es in der rei uxoriae actio der Fall war¹³⁾. Die Minderung der Dos wegen nothwendiger Auslagen fand (im engeren wie im weiteren Sinne) an der Dos statt, gleichviel ob diese stipulirt war oder nicht; darum findet sie auch jetzt, und zwar für alle Fälle der Dos statt, mag diese in Geld oder was immer bestehen¹⁴⁾; wegen blos nützlicher Auslagen muß der Mann nunmehr eigens klagen, wegen Luxusaufwandes sich mit dem ius tollendi begnügen¹⁵⁾. Das beneficium competentiae und gewisse Restitutionsfristen sind auf die neue Klage übertragen worden; letztere jedoch mit der schon oben S. 742/3 erwähnten Veränderung. Der Umstand daß dies noch nicht gekommen ist, scheint uns hier die Klage nicht aufzuhalten, sondern nur zu beschränken: insoferne Beklagter vor dem dies nur auf Caution belangt werden kann¹⁶⁾; in Betreff der Früchte folgten beiderlei Klagen schon zuvor dem gleichen Rechte¹⁷⁾; die Caution, welche der verheirathete Haussohn den Miterben leisten muß, wenn er die stipulirte Dos seiner Frau, als praecipuum in Anspruch nimmt, muß er auch jetzt noch leisten, wiewohl sie nach dem Rechte der rei uxoriae actio (die gleich der dos auf die Person des verheiratheten Sohnes überging) nicht nothwendig war¹⁸⁾.

12) I. un. §. 2. Bgl. Bd. II §. 224—§. 227.

13) I. 24 §. 6 D. sol. matr. 24, 3. l. 30 pr. D. relig. 11, 7.

14) I. un. §. 5 cit. vgl. S. 726 fg.

15) I. un. §. 5 e. §. 5 f. cit.

16) arg. I. 24 §. 2 D. h. t. 24, 3. Rudorff, Edict. perp. §. 120 n. 10, dagegen Brinck, M. Vierteljahresschr. XI S. 476 und Lenel, Edictum S. 243 Anm. 6, auch S. 244 g. E.

17) I. un. §. 9 cf. §. 7 cit. S. 745 fg. und unten §. 487, 2.

18) I. un. §. 10 cit. Oben S. 473 Anm. 11.

Dieser Reform ist die ex stipulatu actio schlechthin, also auch für den Fall unterworfen, da eine wirkliche Stipulation abgeschlossen wurde¹⁹⁾.

V. Zur Sicherung der Dotalforderung hat die Frau

1. eine gesetzliche Generalhypothek an dem Vermögen des Mannes²⁰⁾, mit einem persönlichen Privileg gegen frühere Creditoren²¹⁾;
2. ein Bindicationsrecht an den Dotalsachen selbst, wosfern sie noch (als Dotalsachen) existiren²²⁾;
3. an eben denselben eine privilegierte gesetzliche Hypothek²³⁾.

§. 486.

Dotis restitutio.

So nennen wir diejenige Handlung, durch welche der Mann oder sein Gewalthaber, oder sein Erbe sich der auf ihm lastenden Dotalhaftung (dotis obligatio) entledigt, und also der Verschuldung und Verurtheilung aus jener vorbeugt.

Darnach unterscheiden wir sie von der Bezahlung von Schulden, welche durch Nichtrestitution, oder dadurch, daß nicht vollständig, oder nicht rechtzeitig restituirt wird, begründet oder verschuldet sind. Wenigstens läßt sich auch innerhalb der dotis obligatio zwischen der von vornherein vorhandenen Haftung, und den erst später und nicht notwendig erfolgenden Schulden unterscheiden¹⁾: wie denn die (den Schulden entsprechende) condemnatio der rei uxoriae actio nicht ohne die (der anfänglichen Haftung entsprechende) Restitutionsclausel

19) l. un. pr. §. 1. §. 1a eit.

20) l. un. §. 1b – 1c cit.

21) §. 29 J. act 4, 6. Bd. II §. 352 Anm. 12, vgl. §. 286 Anm. 62–65.

22) l. 30 C. iure dot. 5, 12 — si tamen extant — vom Manne also nicht gültig veräußert sind — vgl. Arndts, Pand. §. 411 Anm. 2, Windscheid, Pand. §. 503 Anm. 7 und die dort Angeführten, sowie oben Bd. I §. 156 Anm. 44. Gegen die hiesige Deutung des extant Dernburg, Pand. III §. 20 Anm. 7 b), im Gegensatz zu I §. 225 Anm. 6 ebenda selbst.

23) l. 30 eit.

1) s. oben §. 483 Anm. 4.

d. h. nicht ohne die Vorbedingung, daß die ursprüngliche Haftung ungelöst bliebe, formulirt gewesen sein dürfte²⁾.

Diese Restitution besteht in der Verabfolgung des Dotalegenstandes (§. 479) an die Frau oder deren Erben, ehemals allenfalls gemeinschaftlich an die Frau und ihren Gewalthaber³⁾. Sie gestaltet sich verschieden, als *datio* oder *possessionis traditio*, wenn Sachen selbst den Gegenstand der Dos bilden, und als solche in das Eigenthum oder blos in den Besitz des Mannes kamen, — als *Cession* oder *Delegation*, wenn blos Forderungen in dote sind⁴⁾, — als *Schulderlaß*, wenn die Dos von der rückforderungsberechtigten Person oder ihrem Erblasser selbst promittirt und nicht eingetrieben⁵⁾, — als Wiederaufrichtung einer Forderung, wenn die Befreiung von einer Schuld, nicht etwa der Gegenstand dieser Schuld als Dos gegeben werden wollte, oder wenn die Schuld eine betagte oder bedingte, und bei Aufhebung der Ehe dies und *conditio* noch nicht eingetreten waren⁶⁾, — als Wiederaufrichtung eines *Ussusfructus*, wenn ein an dem Eigenthum des Mannes bestandener *Ussusfructus* Doshalber aufgegeben ward⁷⁾, — als *Cession* desselben, wenn ihn die Frau an ihrer eigenen Sache bestellt und sie diese noch im Eigenthum hat⁸⁾, oder als eine sonstige Vergütung, wenn die Frau ihr Eigenthum inzwischen veräußert⁹⁾, — als unentgeltliche Ueberlassung seiner Ausübung, wenn ihn ein Dritter bestellt hat¹⁰⁾.

Gegenstand, Umfang, Person, Verpflichtung, Zeit der Restitution sind in der *dotis obligatio* (§§. 483—485) miterledigt.

2) arg. I. 25 §. 1 D. h. t. 24, 3, wogegen Rudorff, Ed. perp. §. 120 und Dernburg bei Rudorff l. c. Anm. 14, andererseits Brinck, M. Bier-teljahrsschr. XI S. 476 Anm. 17 und Cyhlarz, Dotalr. S. 364; die Restitutionsclausel für nicht bewiesen und sehr zweifelhaft erklärend Lenel, Edictum S. 244 unten.

3) I. 3 D. h. t. 24, 3 und oben S. 715.

4) I. 44 §. 1 in f. D. h. t. 24, 3.

5) I. 41 §. 4 D. i. d. 23, 3. I. 30 §. 1. I. 66 §. 7 D. h. t. 24, 3.

6) I. 43 §. 2 D. i. d. 23, 3. Bgl. Windscheid, Pand. §. 500

Anm. 5 mit Arndts, Pand. §. 406 Anm. 5.

7) I. 78 pr. §. 1 D. i. d. 23, 3.

8) I. 78 §. 2 eod.

9) I. 78 §. 2. §. 3 eod.

10) I. 66 eod.

Zu dem hier allein in Betracht gezogenen Wie der Restitution gehört noch, daß diese anstatt re auch durch Caution erfolgen kann¹¹⁾.

§. 487.

Pacta dotalia.

D. de pactis dotalibus 23, 4.

C. de pactis conventis tam super dote etc. 5, 14.

Das ganze bisherige Dotalrecht (ius dotium) ist — auch abgesehen von den Dotalklagen — keine bloße Sammlung dessen was etwa bei Bestellung der Dos und nachher die Parteien zu belieben pflegen, sondern zumeist gemeine, ohne den Willen der Parteien vorhandene Satzung. Allerdings ist dieses gemeine Dotalrecht zum Theile von der Art, daß ihm durch ausdrückliche Gedinge (pacta dotalia) derogirt werden kann¹⁾, also nur subsidiäres, die mangelnde Bethätigung des Privatwillens erreichendes Recht. Zum Theile jedoch ist es absolutes, die Beliebung der Parteien ausschließendes Recht²⁾.

Von letzterer Art sind

1. alle die Bestimmungen, welche die Erhaltung und Sicherung des ehefräulichen Dotaleigenthums sowie dessen stiftungsartige Bestimmung für die Person der Frau betreffen³⁾. Hier nach gibt es keine autonomische Beliebungen

a. gegen das gesetzliche Veräußerungsverbot am fundus dotalis⁴⁾; —

11) l. unic. §. 7 C. rei ux. act. 5, 13, vgl. l. 7 §. 15 D. h. t. 24, 3 und oben §. 485 Anm. 16.

1) l. 1 pr. D. h. t. 23, 4. l. unic. §. 16 C. rei ux. act. 5, 13 — si qua pacta intercesserint vel pro restitutione dotis vel pro tempore vel pro usuris vel pro alia quacumque causa — ea observentur. Nach Scheurl, M. Vierteljahrsschr. Bd. 11 S. 330 hat der Ausdruck pacta dotalia mit der Form nichts zu schaffen: „es können auch Stipulationen über die Herausgabe der Dos pacta dotalia sein.“

2) ius publicum. l. un. §. 16 cit. — (pacta) quae nec contra leges nec contra constitutiones sunt, ea observentur. Vgl. l. 38 D. pact. 2, 14: Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Bd. I §. 24 Anm. 10—12 und oben §. 478 vor Anm. 2.

3) denn reipublicae interest mulieres dotes salvas habere — l. 2 D. i. d. 23, 3. cf. l. 18 D. reb. auct. 42, 5.

4) arg. l. unic. §. 15b C. rei ux. act. 5, 13. Vgl. oben §. 473 Anm. 28, 29.

b. wider die gesetzlich-hypothekarische Sicherung der Dotalforderung⁵⁾; —

c. wider den Rückfall der Dos, wenn die Frau Wittwe wird⁶⁾; — oder dahin, daß in keinem Falle zu restituiren sei⁷⁾; —

d. wider die gesetzlichen Restitutionsfristen, es wäre denn zum Vortheil der Frau (de die reddenda dotis)⁸⁾; —

e. wider Prästation auch der culpa von Seite des Mannes⁹⁾. Daß sich der Mann dagegen Freiheit von Tragung der Gefahr ausbedingen könne¹⁰⁾, muß auffallen, solange man von einem ehefräulichen Dotaleigenthum nichts wissen will; dieses dagegen vorausgesetzt, fällt alles periculum, das die Dos in ihrer Substanz trifft, grundsätzlich auf die Frau, und beruht das Gegentheil nur in stillschweigender wo nicht ausdrücklicher Vereinbarung¹¹⁾: daß einer solchen bloßen Concludentz durch ein entgegengesetztes pactum vorgebeugt werden dürfe, läßt sich wohl begreifen. —

Der Gedanke, daß dem ehefräulichen Dotaleigenthum durch Nebengedinge nicht Eintrag geschehen darf, erhält einen allgemeinen Ausdruck in dem Satze, daß „mulieris condicio“ nicht deteriorirt werden dürfe¹²⁾. Gegen diesen Ausdruck ist aber

5) arg. l. un. §. 16 eod. Bgl. oben §. 485 Anm. 20. Dagegen Seuffert, Band. §. 469 Anm. 11 a. E.

6) l. 2 D. h. t. 23, 4: Si convenerit, ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneret — morte mariti finito matrimonio neque convenisse videri dotem remanere, et, si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem —. cf. l. 16. l. 12 §. 1 in f. D. h. t. 23, 4. l. 1 §. 1 D. dote prael. 33, 4. l. 3 C. h. t. 5, 14.

7) l. 16 cit. — ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis quam ne omnino reddatur. l. 12 §. 1 cit.

8) l. 14 D. h. t. 23, 4: De die reddenda dotis hoc iuris est, ut licet pacisci, qua die reddatur, dum ne mulieris deterior condicio fieri — l. 16 cit. in Anm. 7.

9) l. 6 eod. — maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium —

10) l. 6 cit. — quamvis pacisci possit, ne sit periculo eius non men debitoris qui ei dotem promisit: nam et ut sit dos periculo mulieris, pacisci eum posse probat, et per contrarium, ut ea dos quae periculo mulieris est sit periculo mariti.

11) §. 484 Anm. 13—18.

12) l. 14. l. 15. l. 17 D. h. t. 23, 4. Bgl. mit dem folgenden Scheurl, M. Vierteljahrsschr. XI S. 331. 332.

der Gedanke selbst nicht aufzugeben. Denn dem Ausdrucke nach würde die Frau schlechthin nichts pactiren können, was ihr zum Nachtheil gereicht. Allein dem ist l. 7 h. t. entschieden entgegen (*si vero sic pacta sit filia, ut noceat, ipsi quandoque filiae agenti nocebit exceptio —*); auch hat sich soeben (e.) gezeigt, daß sie namentlich ein periculum übernehmen kann, das sie sonst nicht träse. Nicht sowohl was die Lage der Frau, als was die ihres Dotaleigenthums verschlechtern kann, darf nicht pactirt werden; das periculum gehört aber zur ursprünglichen conditio dieses Eigenthums, und wird in gewissen Fällen nicht hinzu-, sondern nur nicht hinwegpactirt.

Dahin, daß in keinem Falle zu restituiren sei, kann allerdings auch der dritte Besteller nicht pacisciren¹³⁾, wenn es gleich heißt, daß der extraneus, der de suo gibt, noch bei der Bestellung selbst pacisciren könne was ihm beliebt¹⁴⁾. Nur scheint dies nicht aus dem Begriffe der Dos, sondern daraus gefolgert werden zu müssen, daß ein Dritter nur für sich, nicht für Andere, namentlich also auch nicht für die Frau, nicht einmal zu deren Vortheil¹⁵⁾, geschweige denn zu deren Nachtheil pacisciren kann. Der Dritte, der de suo gibt, mag pacisciren was er will; kann er ja die Dos sogar stipuliren¹⁶⁾, allein pacisciren, stipuliren kann er, der gemeinen Regel nach, nur für sich. Das pactum ne omnino reddatur aber wäre von ihm nicht mehr für sich, sondern für die Frau d. h. anstatt der Frau und zwar gegen die Frau abgeschlossen. Denn die Dos wird sofort mit der Bestellung unwillkürlich und nothwendig Sache der Frau, sogar die dos recepticia¹⁷⁾; zu bestimmen ob die seinerzeitige Restitution schlechthin unterbleiben, der Mann also für alle Fälle lucriren soll, ist demnach Sache,

13) vgl. Arndts, Pand. §. 400 Ziff. 1 und Anm. 4, wonach ein solches Pactum gültig ist, jedoch das Vorhandensein einer Dosbestellung ausschließt.

14) l. 20 §. 1 D. h. t. 23, 4: *Si extraneus de sue datus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorantie muliere, sicut et stipulari potest: legem enim sua rei dicit: postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet.*

15) l. 7 eod.

16) l. 20 §. 1 cit. in Anm. 14.

17) Oben §. 478 und Scherl, M. Vierteljahrsschr. XI S. 111.

Geschäft der Frau, kann aber weil gegen ius publicum nicht einmal von ihr selbst¹⁸⁾, geschweige denn von irgend einem Dritten, und wäre es der Vater¹⁹⁾, pactirt werden.

Juris publici ist ferner

2. der Satz, daß der fructus dotis dem Manne gehöre²⁰⁾, ein entgegengesetztes pactum also nichtig, wenn der Fruchtentgang nicht durch den Selbstunterhalt der Frau aufgewogen wird²¹⁾; —

3. der Satz, mulieres quasi de patrimonii suis ita de dotibus funerari, und daß demzufolge funeraria actio wider jeden zu steht, an welchen dotis nomine quid pervenerit²²⁾; —

4. alles dasjenige Dotalrecht, was strafhalber eingeführt ist²³⁾, neuestens also der Verlust der Dos zur Strafe wegen verschuldeter Scheidung²⁴⁾.

§. 488.

Fortsetzung.

Bon Nebenberedungen, welche deswegen nichtig sind, weil sie wider den publicistischen Theil des Dotale recht verstoßen (§. 487), müssen unterschieden werden

18) l. 16 D. h. t. 23, 4 cit. in Ann. 7. l. 1 §. 1 D. dote prael. 33, 4.

19) arg. l. 19 eod. vgl. l. 2 eod. Dernburg, Pand. III §. 17 Ann. 11.

20) Oben §. 472 vor Ann. 10.

21) l. 4 D. h. t. 23, 4 — si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret tuereturve et universa onera sua expediret? quare non dicas conventionem valere? cf. l. 12 § 1 eod., oben §. 481 Ann. 4 und Windscheid, Pand. §. 506 Ann. 9. — In diese Reihe gehört auch der Satz, daß der partus ancillae dotis portio sei — ideoque frustra pacisci virum, ut inter uxorem et se partus communis sit. l. 69 §. ult. D. i. d. 23, 3, oben §. 481 Ann. 6.

22) l. 16. l. 20 pr. §. 1 D. relig. 11, 7. Bd. II §. 321a Ann. 11. l. 20 pr. cit. — pactus sit, ne quid maritus in funus conferret — si vero alias funeravit, posse eum maritum convenire, quia pacto hoc publicum ius infringi non possit.

23) — ne publica coercitio privata pactione tollatur. l. 5 pr. D. h. t. 23, 4 vgl. Ulp. VI §. 9. §. 12. §. 13. fr. Vat. §. 106. §. 107. Paulus R. Sent. in Consult IV, 3 und hiezu Bechmann, Dotalr. II §. 381 Ann. 2.

24) l. 8 §. ult. C. repud. 5, 17. l. unic. §. 16 C. rei ux. act. 5, 13. Vgl. §. 471 vor Ann. 7.

1. diejenigen, welche blos gegen den Begriff der Dos verstoßen. Denn diese sind nicht richtig. Möglicherweise geht eine Nebenberedung wider den Begriff der Dos und das ius publicum zugleich, indem der betroffene Rechtsfall zwingend und essentiell zugleich ist: so die Beredung, daß der Mann von der Dos keinen Nutzen haben solle (§. 487. 2); diese ist nichtig, weil sie gegen ius publicum, nicht weil sie gegen den Begriff geht; — möglicherweise geht sie blos wider den Begriff der Dos, wie wenn bei der Bestellung vor der Ehe ausgemacht würde, daß „die Dos“ auch bei nichterfolgter Ehe gegeben sein solle; diese ist nicht nichtig, so wenig wie wenn bei einem „Kaufe“ Nichtzahlung des Preises bedungen würde; vielmehr ist hier und dort mit Beiseitelassung des falschen Namens oder Begriffes dem wahren Willen der Parteien (weil ihm kein zwingendes Recht entgegensteht) Geltung zu verschaffen¹). — Verschieden von Nebenberedungen wider ius publicum sind ferner

2. die wider die Logik der Thatsachen gerichteten. Hier gehört das Geding, „daß wegen nothwendiger Auslagen kein Anspruch erhoben werden solle“²); denn dieser Anspruch wird befriedigt ohne daß und bevor ein Anspruch erhoben wird (§. 726/7). Freilich sind diese Gedinge nichtig, gleich denen die wider ius publicum verstößen; allein sie sind nichtig weil sie logisch, nicht weil sie iure publico unmöglich sind; —

3. pacta wider die guten Sitten, wie wenn dem Manne die Prästation des dolus erlassen werden wollte³);

1) vgl. I. 43 §. 1 D. i. d. 23, 3 — nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum —. Arndts, Pand. §. 400 Riff. 5 und Bechmann, Dotalr. II §. 380 scheinen Beredungen wider den Begriff für durchaus nichtig zu erklären, oder mit denen wider ius publicum zu identificiren. Daß „der Umfang der Dos auf begrifflicher Nothwendigkeit beruhe“, und ein pactum dagegen nichtig sei (Bechmann a. a. D.), kann nicht eingeräumt werden. Denn das pactum, daß der Mann auch den fructus vor der Ehe behalten dürfe, ist günstig, wenngleich dieser fructus sonst dotis wird: I. 6 D. sol. matr. 24, 3, oben §. 481 Anm. 3.

2) I. 5 §. 2 D. h. t. 23, 4: Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur (nach Czehlars, Dotalr. §. 431 Anm. 1 Interpolation, statt retineretur, cf. I. 5 §. 2 D. imp. 25, 1), pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuant.

3) I. 23 D. r. i. 50, 17. Bd. II §. 267 Anm. 6 - 10.

4. pacta wider das Recht eines Dritten. Sollen diese wider den Dritten wirksam sein, so muß dieser selbst mitpaciſciren⁴⁾. Dadurch ist nicht nur der auswärtige Besteller der Dos (extraneus) in seinen Beliebungen beschränkt, sobald er nur nicht recepticisch bestellt (§. 760), sondern hat für diesen Fall selbst der eigene Vater und Gewalthaber nicht freie Hand. Denn wenn er nicht recepticisch bestellte, ward die Dos so practisch wie theoretisch ein Gut der Frau, möchte sie nun in seiner Gewalt verbleiben oder nicht (§. 477). Entschieden sind darum Gedinge, welche der Vater einseitig nach der Bestellung der Dos vornimmt, ohne Wirkung gegen die Frau⁵⁾; die Tochter muß, wenn ihr das Gedinge schaden soll, mitpaciſciren⁶⁾; allein selbst das, daß der Vater sofort bei der Bestellung einseitig pactiren könne, scheint nicht ohne Bedenken gewesen zu sein, da der Jurist dem Manne gleichwohl empfiehlt, lieber doch auch hier mit beiden, dem Vater und der Tochter, zu pactiren⁷⁾; und von einer diesem Bedenken zu Grunde liegenden gegentheiligen Ansicht scheint auch I. 19 D. h. t. ausgegangen zu sein⁸⁾.

Umgekehrt kann auch die Tochter nicht einseitig zum Nachtheile des Vaters pacisciſciren. Dies wäre der Fall, wenn sie pacisciſciren wollte, daß ihre profecticische Dos nach ihrem in der Ehe erfolgten Tode nicht an den Vater heimfallen solle⁹⁾;

4) 1. 1 §. 1 D. h. t. 23, 4: *Pacta quae de reddenda dote sunt, inter omnes fieri oportet, qui repetere dotem et a quibus repeti potest, ne ei qui non interfuit, apud arbitrum cognoscentem pactum non prospicit.*

5) — quoniam iam adquisita mulieri dos tum esset. I. 7 D. h. t. 23, 4. cf. I. 2 §. 1 D. sol. matr. 24, 3. I. 29 pr. l. 40 eod. l. 28 D. i. d. 23, 3. Bgl. Dernburg, Pand. III §. 17 Anm. 9. Arndts, Pand. §. 400 Anm. 5 u. 6.

6) I. 7 cit. — si solus pater pactus esset sine filia — si sola filia aget, neque proderit neque nocebit ei.

7) I. 7 cit.: *Cum dos filiae nomine datur, optimum est pactum conventum cum utroque generum facere* —. Bgl. I. 3 C. h. t. 5, 14.

8) zu I. 19 cit. f. Windscheid, Pand. §. 506 Anm. 5. — Das Obige betrifft pacta wider das Recht eines Dritten, also nicht diejenigen, in welchen der Besteller einer dos profecticia über sein eventuelles Rücksforderungsrecht verfügt; deteriorum causam dotis, in quem casum patri soli repetitio competit, pacto posse fieri (I. 6 C. h. t. 5, 14), entwölft Czylarz, Dotalr. §. 129.*

9) I. 7 cit. in f. — pacisciendo filiam patris condicionem deteriorum Brinz, Pandekten III. 2. 2. Aufl.

— dagegen war es nicht der Fall, wo das pactum den Vater nur in seiner Eigenschaft als Klagsgenossen neben der Tochter traf¹⁰⁾ — der beste Beweis, daß der Vater hier nur als Vertreter und Beistand der Tochter, als wahre Inhaberin der Dos aber diese selbst gedacht wurde (S. 715). Die völlige Entäußerung der (bereits heimfälligen) Dos z. B. durch Delegation konnte die Tochter ohne den Vater in dessen Gewalt sie noch stund, nicht vornehmen¹¹⁾. — Endlich sind von den pactis wider ius publicum noch zu unterscheiden

5. pacta die deswegen nichtig sind, weil sie einseitig für einen Dritten geschlossen werden, aber ohne die dazu nöthige Macht oder Vollmacht. Diese wohnte wohl der filia familias zu Gunsten des Vaters, nicht umgekehrt auch diesem zu Gunsten von jener bei¹²⁾. So denn auch pacto filiae nulla matri quaeritur actio¹³⁾; die exceptio, welche hier aus dem pactum entspringt¹⁴⁾, ist eine zu Gunsten der Paciscentin oder ihres Erben selbst. Dagegen utilis (ex stipulatu etc.) actio zu Gunsten der Frau, an welche der Vater, mütterliche Großvater bei der Bestellung die Dos zurückbedungen¹⁵⁾.

§. 489.

S ch I u §.

Im allgemeinen begegnet man innerhalb der pacta dotalia noch einem Unterschiede bezüglich der Zeit in der sie geschlossen werden. Und zwar ist es

rem facere non posse eo casu, quo mortua eo in matrimonio dos ad patrem reversura est. Vgl. oben §. 485 Anm. 1, a.

10) l. 7 eit. — patri vero nullo modo nocebit, nisi adiecta quoque filiae persona experiatur. Mit der Erklärung im Text übereinstimmend Czylharz, Dotalr. S. 448 zu l. 7 eit.

11) l. 2 §. 1 D. sol. matr. 24, 3 — item si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri.

12) l. 7 D. h. t. 23, 4 — per filiam patri adquiri potest, per patrem filiae non potest.

13) l. 26 §. 4 D. h. t. 23, 4, vgl. l. 61 (59) §. 1 D. sc. Trebell. 36, 1.

14) — si tamen heres puellae matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem obstabit exceptio. l. 26 §. 4 eit.

15) l. 45 D. sol. matr. 24, 3. l. 7 C. h. t. 5, 14. Oben §. 482 Anm. 58 und Windscheid, Pand. §. 506 Anm. 1.

a. fraglich, ob nicht irgend welche pacta, die sonst nichtig wären, vielleicht dadurch wirksam werden, daß sie sofort bei der Bestellung der Dos abgeschlossen werden. Dies ist denkbar in Ansehung der pacta, welche die conditio des ehefräulichen Dotaleigenthums verschlechtern sollen. Für den Fall zwar, da die Frau selbst sich die Dos bestellt, sind pacta der gedachten Art von Anfang an so wenig möglich als nachträglich. Für den Fall dagegen, daß ein Dritter (de suo) bestellte, hat das suae rei legem dicere posse nicht blos dahin geführt, daß der Besteller die Dos sich selber vorbehalten (recipere) und also das Dotaleigenthum der Frau paralysiren kann (§. 478. b); denn besser die Frau bekomme eine Dos wenigstens so weit als gar nicht; allem Anschein nach kann der dritte Besteller auch für den Fall da er jenen Vorbehalt nicht macht, die Dos also effectives Frauengut werden soll, Gedinge zum Nachtheile des letzteren machen, vorausgesetzt nur, daß er dieses sofort bei der Bestellung der Dos thut¹⁾. Das Bedenken wie so denn der Dritte in das Recht der Frau eingreifen kann, wird dadurch beseitigt sein, daß dieser im Momente der Bestellung dos nondum adquisita esset²⁾. Ein Zweifel scheint nur dahin übrig geblieben zu sein, ob hier die Frau nicht mitpacisciren müsse³⁾. Kann also der Dritte durch sofortige Pactirung zum Nachtheil des Frauengutes verfügen, so ist damit noch nicht gesagt, daß er es aller seiner Vortheile entkleiden könne. Das demselben gewährte Vindications- und gesetzliche Pfandrecht (§. 485. V.) kann unmöglich abgedungen werden; denn diejenigen, quorum interest, und welche deswegen mitpacisciren müssen⁴⁾, sind hier am allerwenigsten sofort bei der Bestellung der Dos alle vorhanden oder citirbar.

b. Pacta, welche ex intervallo d. i. nach der Bestellung geschlossen werden, können speciell darum weil sie erst nachträglich geschlossen werden, nichtig sein. Ein Fall ist der oben

1) I. 7 D. h. t. 23, 4 — quamquam initio dotis dandae legem quam velit etiam citra personam mulieris is qui dat dicere possit.

2) arg. I. 7 cit. — post datam (dotem) . . . iam adquisita mulieri dos tum esset. Oben §. 487 Anm. 14 fg.

3) I. 7 cit. I. 19 D. h. t. 23, 4, oben §. 488 Ziff. 4.

4) I. 1 §. 1 D. h. t. 23, 4 cit. in §. 488 Anm. 4.

sub a mitbegriffene, wo das pactum (von dem dritten Besteller geschlossen) erst jetzt contra ius tertii geht (quia mulieri dos iam adquisita esset). Ein anderer war der, wo den gemeinen Grundsätzen entgegen durch bloßes pactum hinterher eine actio formirt werden wollte⁵). Dieser letztere Nichtigkeitsgrund ist antiquirt⁶).

c. Umgekehrt werden einige pacta dadurch, daß sie ex intervallo, aber erst nach Aufhebung der Ehe geschlossen werden, gültig⁷). Es sind das pacta, die sich auf das alte Retentions- und Actionsrecht des Mannes⁸), mithin außer dem Retentionsrecht wegen Impensen auf einen Theil der publica coercitio beziehen⁹), um eben deswillen heute nur noch in Anbetracht des Erbschaftspruches wegen nothwendiger Aussagen und der actio propter res amotas und donatas denkbar sind (§. 493 Nr. 4 u. 5). Wider die Existenz und Sicherheit des ehefräulichen Dotaleigenthums ist auch nach Aufhebung der Ehe keine Pactirung zulässig; selbst eine bloße Fristgestattung nur ex iusta causa¹⁰).

Donatio propter nuptias.

C. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliis. 5, 3.

§. 490.

Aus den einfachen Brautgeschenken (sponsalitia largitas, sponsalium, arrha sponsalitia, ante nuptias donatio)¹) ist das

5) — ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilatationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur — 1. 7 §. 5 D. pact. 2, 14, vgl. Bechmann, Dotalr. II S. 394, wonach hier Pactirung vor der Ehescheidung wenn auch nach der Dosbestellung genügt. — Wegen eines weiteren Falles §. §. 488 Anm. 5.

6) Bd. II §. 248 Ziff. 2.

7) vgl. Bechmann, Dotalr. II S. 394 Ziff. 4.

8) Ulp. VI §. 9.

9) §. 487 Ziff. 4. I. 20 pr. D. h. t. 23, 4: Ob res quoque donatas vel amotas vel impensas factas tunc facta pactio valebit, id est post divortium.

10) arg. 1 22 §. 2 D. sol. matr. 24, 3. I. 18 D. h. t. 23, 4: Licet manente matrimonio non possit inter virum et uxorem conveniri, ut longiore dos reddatur, post divortium tamen si iusta causa conventionis fuerit, custodiri id pactum debet.

1) Löhr, Arch. f. civ. Pr. XV S. 445, III.

eine, das des Bräutigams an die Braut, seit Constantin d. Gr. zu einem Seitenstück und Widerspiel der Dos, d. i. zu der von Justinian in l. 20 pr. §. 1 C. h. t. 5, 3 endlich so genannten propter nuptias donatio entwickelt worden. Was die dos auf der einen, das sollte so viel möglich die donatio p. n. auf der anderen Seite sein und bedeuten²⁾. Treffend hat darum ein ähnliches Institut im deutschen Rechte den Namen antidos oder Widerlage bekommen, und Justinian selbst einmal die donatio p. n. als antipherna bezeichnet³⁾.

So sehr nun aber die Dos vor allem als eine Unterstützung des Mannes wider die Lasten der Ehe erscheint⁴⁾, so wenig ist sie gerade auf diesem Punkte von der donatio p. n. reproduciert. Denn auf Seite der Frau gibt es regelmäßig nichts, worin diese, entsprechend den Lasten, die der Mann hat, zu unterstützen wäre⁵⁾; nur wenn, ausnahmsweise, die Frau noch während der Ehe gleich der Dos auch die donatio p. n. herausbekommt, dient die donatio p. n. in der Hand der Frau gerade so zur Bestreitung der ehelichen Lasten, als dieses sonst die Dos in der Hand des Mannes thut⁶⁾. Aber selbst hier fehlt das Widerspiel; denn auch die Dos ist hier in der Hand der Frau, und zur Unterhaltung der Ehe in der Hand der Frau. Dagegen kann man sagen, daß es eigentlich die Frau ist, welche mit der Dos, als ihrem Gute (§§. 474—478) zu den Lasten der Ehe beiträgt, und daß nun ebenso umgekehrt der Mann mit der propter nuptias donatio zu denselben beitrage, weil neuestens, für die Zeit der Ehe wenigstens, überall der Mann im Eigenthum dieses Angebindes bleibt. Und in der That sprechen denn auch Manche von einer ge-

2) — et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio — l. 20 §. 3 C. h. t. 5, 3.

3) l. 20 §. 2 cit. Cujacius, observ. lib. V c. 4 nennt sie die Dos des Mannes.

4) §. 472 Anm. 8.

5) vgl. Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 71 fg. Glück, Comm. Bd. 25 S. 286 fg. gegen Löhr a. a. O. S. 431. S. 453 und danach Schott, die don. p. n. (1867) S. 4. S. 25 (jedoch auch S. 67. 68). Sintenis, Civiltr. III §. 132 Anm. 3. Bangerow, Pand. §. 222 Anm. a. E.

6) l. 29 pr. C. i. d. 5, 12. Oben §. 484 Anm. 4.

meinschaftlichen Kasse zur Bestreitung der ehelichen Lasten, und daß in diese Kasse von der einen Seite die dos, von der anderen die donatio p. n. falle⁷⁾). Allein Sinn hat all' das nur für den Fall, als ein Dritter propter nuptias gibt⁸⁾; wo der Mann selbst und aus dem Seinigen aussetzt, da müßte er selbst sich selbst unterstützen, wenn die propter nuptias donatio noch ein Beitrag zu den Lasten der Ehe sein sollte.

Durchgreifend dagegen zeigt sich das Antithetische zwischen dos und donatio p. n. schon darin, daß die Dos ihrer Substanz nach richtig verstanden der Frau⁹⁾, die donatio p. n. dagegen dem Manne gehört¹⁰⁾. Diesen Punkt des Gegensatzes, obgleich er der Schwerpunkt ist, haben die neueren Bearbeiter dieser Lehre übergehen müssen, in Consequenz der Mißachtung, ja Verachtung, mit welcher sie das dos mulieris est behandeln¹¹⁾. Ältere Schriftsteller dagegen, die das Dotaleigenthum der Frau gleichfalls übersahen, die Dos also lediglich als Eigenthum des Mannes dachten, fanden sich von dem Grundsätze, daß die donatio p. n. das Widerspiel der Dos sein müsse, folgerichtig zu der Behauptung getrieben, die donatio p. n. sei im Eigenthum der Frau¹²⁾.

7) Löhr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 328. S. 339. Schott, don. p. n. S. 68.

8) I. 20 pr. C. h. t. 5, 3. I. 31 §. 3 (1) C. i. d. 5, 12.

9) §§. 474—478 und nun noch Nov. 97 c. 2.

10) vgl. einstweilen I. 18 C. h. t. 5, 3 (Zeno). I. 12 §. 8 (2) C. qui pot. in pign. 8, 17 (18) (Justinian) — non enim pro lucro foveamus mulieres, sed ne damnum patientur suisque rebus defraudentur —. Nov. 22 c. 20 §. 1 — habebunt quidem propria, hoc est dotem quidem mulier, sponsaliciam vero largitatem vir —. Glück a. a. D. 298 und selbst Löhr a. a. D. XV S. 460 gegen S. 459. S. 436, ferner Windscheid, Band. §. 508 Anm. 7.

11) s. namentlich France, Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 65. — Schott, don. p. n. S. 64 Anm. 29 vertheidigt das Eigenthum des Mannes an der don. p. n.

12) so Donellus, Comm. lib. XIV c. 9 und dazu Glück, Comm. Bd. 25 S. 298 fg., in neuerer Zeit noch Löhr a. a. D. S. 459. Das Eigenthum des Mannes an der donatio p. n. steht außer Frage, wenn man mit Dernburg, Band. III §. 25 annimmt, daß in der nachconstantinischen Zeit „der Frau Vermögensobjekte verschrieben, keineswegs aber sofort ausbezahlt wurden“. Die Stellen in Anm. 6 daselbst (wo zu lesen Nov. 97) begründen diese Annahme nicht. Näheres über dieselbe und zu ihren Gunsten bei Schott, don. p. n. S. 50 fg. S. 64 Anm. 29. S. jedoch auch I. 31 §. 3. C. i. d. 5, 12.*

Auf dem Boden dieses gegenseitigen und verschiedenen Eigenthums offenbaren sich nun die weiteren Gleichheiten und Gegensätze der beiden Institute. Sie concentriren sich in dem „lucrum“¹³⁾, welches die Gatten möglicherweise nach Aufhebung der Ehe aus dem gegenseitigen Gute machen: Er aus der Dos, Sie aus der donatio p. n. Denn wie sich bis¹⁴⁾ zur l. unic. §. 6. C. rei ux. act. 5, 13 von selbst verstand, daß die Dos beim Tode der Frau Gewinn des Wittwers sei, so ward für den umgekehrten Fall unsere Schenkung zum Gewinn der Frau¹⁵⁾. Direct ist hievon in den Justinianischen Quellen keine Rede. Seitdem jenes lucrum dotis auf Seite des Mannes eigens stipulirt werden muß¹⁶⁾, ward ein gleiches auch auf Seite der donatio p. n. der Fall¹⁷⁾; Stellen in denen von gezejlichem Anfall ausdrücklich die Rede war, konnten darum, unverändert, nicht aufgenommen werden, sondern nur solche, die von pacitatem Gewinne reden¹⁸⁾. Und wie ein lucrum dotis auf Seite des Mannes von altersher im Falle der Scheidung zur Strafe der Frau stattfindet¹⁹⁾, so tritt nun ein gleiches umge-

13) Oben §. 476 Anm. 4 7.

14) etwas Einschränkendes ergibt sich aus ihr. röm. Rechtsbuch L. §. 29 und hierzu Bruns S. 200 fg. S. 265 fg.

15) c. 9 C. Th. de sponsalib. et ante nupt. don. 3, 5. Argg. I. 9 C. pact. conv. 5, 14. I. 4. I. 5. I. 6 §. 4 (1) §. 9 (2) I. 8 §. 1 C. sec. nupt. 5, 9. I. 18 C. h. t. 5, 3 Oben §. 471 Anm. 36. Cuiac. obs. lib. V c. 4 cit. Rave, Jac. diss. de vera indole d. p. n. Romanae, Jenae 1762. §. 12. Löhr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 330 gegen Bd. 15 S. 433. Glüd a. a. D. S. 278. Nach dem ihr. röm. Rechtsb. P. §. 41a Abs. 3. Ar. §. 51 bekommt die Wittwe nur die Hälfte der donatio p. n.; wegen L. §. 92 j. Bruns, S. 265 Anm. 1. Bgl. Schott, don. p. n. S. 48 bei Anm. 49.

16) l. unic. §. 6 C. rei ux. act. 5, 13 — si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat nisi ex quibusdam pactionibus —. Oben §. 483 Anm. 15.

17) arg. I. 9 §. 1 C. pact. conv. 5, 14 — quantam partem mulier stipuletur sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione, si priorum maritum mori contigerit, tantam et maritus ex dote partem, non pecuniae quantitatem, stipuletur sibi, si constante matrimonio prior mulier in fata collapsa fuerit.

18) z. B. I. 9 cit., die pacta lucrorum dotis et ante nuptias donationis in I. 10 C. eod. 5, 14. Nov. 22 c. 20 pr. — Sind Kinder vorhanden, so muß nach Nov. 98 c. 1 und Nov. 127 c. 3 die Wittwe mit denselben die Proprietät der donatio p. n. theilen und bekommt nur den Nießbrauch ganz, ebenso wie der Mann bei der pactirten Dos: oben §. 471 Anm. 29. Bgl. Schott, don. p. n. S. 13 Anm. 60 fg.

19) oben §. 485 Anm. 5 („Retentionen“) und §. 471 Anm. 7.

kehrt an der don. p. n. zur Strafe des Mannes auf Seite der Frau ein²⁰).

Nicht genug aber der Gemeinschaft und Gleichheit, in welcher sich demnach Dos und donatio p. n. gegenüberstehen: es sollte sie überdies eine gewisse Gegenseitigkeit (Reciprocität) an einander binden²¹). So soll zunächst auf den Todesfall kein Gatte einen größeren Theil als der andere, selbstverständlich also auch nicht blos der eine oder andere allein das lucrum ausbedingen können²²); — ferner sollte schon früher die Frau, welche dem Manne die dos vorenthalten hatte, von diesem oder seinen Erben auch das versprochene Sponsalium nicht fordern können²³); dies ist bezüglich der donatio p. n. bestätigt und dahin ausgeführt, daß so weit als von der dos an den Mann geleistet sei, so viel und nicht mehr von der donatio p. n. an die Frau zu leisten sei²⁴); — endlich werden sie noch in der Bestellung selbst und sogar in der Größe von einander abhängig und gleich. Die Gleichheit in der Größe ist direct vorgeschrieben²⁵); nicht so der Satz, daß eine donatio p. n. ohne das Dasein einer Dos überhaupt nicht möglich sei. Wird er gleichwohl aufgestellt²⁶), so beruht dies darauf, daß die donatio p. n. nach Justinian's Ausdruck nicht blos propter nuptias, sonder auch propter dotem, und demgemäß als antipherna zu denken sei²⁷). Auch die Gleichheit in der Größe berechtigt zu diesem Schluß; denn nichts wäre darin ungleicher, als wenn

20) oben §. 471 Anm. 8—10.

21) Nov. Maioriani tit. 6 §. 9 (ed. Haenel) — marem feminamque iungendos copula nuptiali par conditio utrumque constringat —.

22) I. 9 C. pact. conv. 5, 14 (Leo a. 468), §. Anm. 17, und dazu I. 20 §. 7 (pr. i. f.) C. h. t. 5, 3 (Justinian). Nov. 22 c. 20 pr.

23) I. 3 C. h. t. 5, 3.

24) Nov. 2 c. 5 cf. Nov. 91 c. 2.

25) Nov. 97 c. 1. c. 2. Auth. zu I. 9 C. pact. conv. 5, 14. cf. I. 19. I. 20 §. 7 (pr. i. f.) C. h. t. 5, 3 und Nov. Maior. eit. Zur Zeit des syr.-röm. Rechtsbuches war es „im Lande der Herrschaft des Ostens“ Sitte, daß die donatio p. n. nur dem halben Werth der Dos gleichkam, im Westen waren die Gaben gleichwertig. Syr.-röm. Rb. P. §. 40. Ar. §. 51. Vgl. Dernburg, Pand. III §. 25 zu Anm. 8 und Bruns, syr. röm. Rb. S. 268.

26) Glück, Comm. Bd. 25 S. 292. 1. Donellus, comm. lib. 14 c. 9 §. 8.

27) I. 20 §. 2 (pr.) C. h. t. 5, 3.

die Dos gar nichts betrüge, d. i. gar nicht bestünde. Indessen soll nicht blos die don. p. n. der Dos, sondern auch die Dos jener gleich sein, und käme man so zu dem Satze, daß auch eine Dos nicht ohne donatio p. n. sein könnte — ein Satz, den man zwar in der Auth. aus Nov. 97 c. 1 zu l. 9 C. pact. conv. 5, 14 finden möchte, sonst aber nirgends findet²⁸⁾.

Daß hiernach das Recht des ehefräulichen Sponsaliums auch im Uebrigen dem Dotalerecht gleichgemacht worden sei, läßt sich erwarten. Noch in classischer Zeit nicht selten von den Parteien an die Bedingung der Ehe geknüpft²⁹⁾ bekommt es diese später zur stillschweigenden Bedingung³⁰⁾. Aus einer simplex donatio erwachsen ist es lange nur ante nuptias donatio; endlich aber, weil dotalen Charakters und nur Widerlage, schrittweise auch während der Ehe möglich und darum allgemeiner propter nuptias donatio³¹⁾. Das Erforderniß der Insinuation ist gleichwohl nicht gänzlich aufgegeben: doch schadet ihr Mangel nicht der Frau, sondern nur dem Manne, wenn er später das lucrum dotis in Anspruch nehmen will³²⁾. Ein privilegiertes Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes zu Gunsten der donatio p. n. hat die Frau allerdings nicht; denn die dos war von Anfang ihr Eigen, die donatio p. n. nur ihr lucrum³³⁾; ein geheiliches dagegen ward ihr aller Wahrscheinlichkeit nach auch hiefür eingeräumt³⁴⁾. Bedenkt man noch, daß auch das Veräußerungsverbot auf die don. p. n. übertragen³⁵⁾, diese auch in Betreff der Collation und des

28) vgl. Donellus a. a. D. §. 10 not. l. und gegen die Reciprocität der Bestellung überhaupt Burckhardi, Arch. f. civ. Pr. Bd. 9 S. 224 VI.

29) l. 1 §. 1 D. don. 39, 5.

30) §. 3 J. don. 2, 7 — tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecum — cf. l. 16 C. h. t. 5, 3, vgl. S. 690.

31) l. 19 C. h. t. 5, 3 (Justinus). l. 20 eod. (Justinian.).

32) Nov. 119 c. 1. Nov. 127 c. 2. cf. l. 20 §. 8 (1). l. 17 C. h. t. 5, 3. l. 31 §. 3 (1) C. de i. d. 5, 12.

33) l. 12 §. 8 (2) C. qui potiores 8, 17 (18) a. 531 (j. Ann. 10). Nov. 109 c. 1.

34) l. 29 C. i. d. 5, 12 und dazu Basil. XXIX, 1, 116 nebst Schol. 3 (Heimb. III, 444). Nov. 109 c. 1 cit. Glück a. a. D. S. 305 und oben Bd. II §. 354 Ann. 38.

35) Oben §. 473 Ann. 21 fg. und Nov. 61 c. 1. Näheres bei Windfuß, Band. §. 508 Ann. 8.

Pflichttheils, und im Verhältnisse zur patria potestas der dos gleichgehalten wurde³⁶⁾, so bewährt sich damit allerdings, daß die ante nuptias donatio der dos „gleichgemacht“ worden sei³⁷⁾.

§. 490 a.

Auch ohne die Annahme, daß eine Widerlage nach Art der späteren gemeinrechtlichen propter nuptias donatio zuvor irgendwo provinzialrechtlich bestanden habe, es sei nun im Orient oder im Occident¹⁾, läßt sich die Entwicklung dieses Institutes aus dem sponsalium erklären und nachweisen²⁾.

Den Anfang der Entwicklung bildet dann aber freilich nicht die nicht erweisliche Sitte der Männer, den Frauen für den Verlust an der Dos im Falle der Scheidung in unserer Schenkung ein Gegenpfand zu bestellen³⁾; sondern jene dem Corpus Juris nicht einverleibte Constitution der Kaiser Valentinian, Valens und Gratian (a 368), wornach das sponsalium beim Tode der Frau im Gegensaße zum bisherigen Rechte (vetere scilicet iure neglecto) zum Manne zurückkehren sollte⁴⁾. Damit hatte diese Schenkung den ersten Zug und Gegenzug von der Dos erhalten: damit bereits aufgehört simplex donatio zu sein; damit begonnen, dem Vermögen des Mannes nicht schließlich entfremdet zu sein. Vielleicht, daß diese Gesetzgebung durch stipulationes und pacta der Parteien eingeleitet war; denn auf diesen Fall kommen stipulationes und pacta wie bei

36) I. 17 (a. 472). I. 19 (a. 528) C. collat. 6, 20. I. 29 C. inoff. test. 3, 28 (a. 479). argg. I. 1. I. 3. I. 4 C. bon. quae lib. 6, 61. S. oben §. 409 S. 291 u. § 410 S. 296 Ann. 9. §. 405 Ann. 13. §. 463 S. 642.

37) Theophil. ad §. 3 J. don. 2, 7 (*ξιστοῦται*).

1) Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 75 fg. Glück, Comm. Bd. 25 S. 312.

2) Denn daß es aus diesem herausgebildet worden sei, dürfte durch Löhr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 329 fg. vgl. Bd. 15 S. 452 fg. gegen Francke a. a. D. S. 71 erwiesen sein; vgl. auch Sintenis und Wagner a. a. D.

3) Francke a. a. D. S. 78, gegen denselben Schott, don. p. n. S. 15 fg.

4) c. 9 C. Th. h. t. 3, 5 ed. Haenel. Schott, a. a. D. S. 41 Ann. versteht die Stelle, welche des Mannes nicht erwähnt, nur von Hochzeitsgeschenken Dritter.

der das auch bei der Gabe des Mannes vor⁵⁾; allein daß unsere donatio schon an und für sich nicht mehr bloße Schenkung war: dieser entscheidende Wendepunkt in ihrer Geschichte ist ein Product der Gesetzgebung, so daß die Institutionen die donatio p. n. nicht mit Unrecht als ein Incognitum der alten Jurisprudenz und als Einführung der jüngeren Kaiser hinstellen⁶⁾. Auf dieser Grundlage hat sich die Vorstellung, daß das Sponsarium, allmählich ante nuptias donatio genannt, zunächst dem Mann gehöre, und daß es von der Frau erst „luxurirt“ werden müsse⁷⁾), nachweislich zuerst in l. 8 C. repud. 5, 17 (a. 449), angezeigt und⁸⁾ befestigt. Erst auf ihr ließ sich dasselbe, parallel der Dos, zur Scheidungsstrafe gegen den Mann verwerthen⁹⁾, von der für gemeine Schenkungen nothwendigen, cincischen Tradition befreien¹⁰⁾, wenn profecticisch (gleich der Dos) auf Seite des Mannes als Collationsobject bezeichnen¹¹⁾ und in den Pflichttheil einrechnen¹²⁾, dagegen in Ansehung der Frau zum Unterschiede von der Dos als deren Nichteigen, darum zum Pfandprivilegium nicht berechtigt¹³⁾), — überhaupt als Antidos darstellen und des näheren bestimmen.

So war allerdings der Gedanke der Wittwenversorgung¹⁴⁾ der Anstoß, das Eigenthum des Mannes aber der Schwerpunkt der Entwicklung. Wäre das gegenüberliegende Dotaleigenthum der Frau offener dagelegen, wie bei den Griechen, so würde dieser Punkt auch von den Neueren mehr betont worden sein. Was konnte es in der Geschichte einer Schenkung auch für einen entscheidenderen Wendepunkt geben als den, da das Geschenkte

5) l. 9 C. pact. conv. 5, 14, oben §. 490 Ann. 17.

6) §. 3 J. don. 2, 7.

7) oben §. 490 Ann. 13 fg.

8) namentlich gegen die bis dahin nicht seltenen Convertirungen der sponsalia in dotes — l. 1. l. 14 C. h. t. 5, 3. l. 5 §. 1 (pr.) C. sec. nupt. 5, 9.

9) zuerst c. 2 C. Th. repud. 3, 16 (a. 421).

10) c. 3 C. Th. h. t. 3, 5.

11) l. 17 C. collat. 6, 20 (a. 472). Oben §. 490 Ann. 36.

12) l. 29 C. inoff. 3, 28 (a. 479). Oben §. 490 Ann. 36.

13) l. 12 §. 8 (2) C. qui potiores 8, 17 (18) (a. 531). Nov. 109 c. 1. Oben §. 490 Ann. 33.

14) Burckhardt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 9 S. 204. II.

anstatt die Empfängerin zu bereichern, im Vermögen des Schenkens zurückblieb? Francke verwischt dieses Moment, indem er das neue Institut als eine bedingte Schenkung charakterisiert, nach seiner Auffassung also lediglich aus einer unbedingten Schenkung eine bedingte geworden wäre¹⁵⁾. Allein so wenig man die Bestellung der Dos als eine bedingte Schenkung an den Mann bezeichnen kann, so wenig ist die propter nuptias donatio eine solche an die Frau¹⁶⁾; das lucrum im Falle der Scheidung gewinnt sie nicht durch den Geber, sondern durch das Gesetz; desgleichen einst auch das im Todesfalle; ward aber ein solches vor oder nach der l. unica §. 6 C. rei ux. act. 5, 13 bedungen, so lag erst in diesem Gedinge, nicht schon in der donatio p. n. an und für sich eine Schenkung. Nicht umsonst will sie Justinian „anderen Schenkungen“, mithin was immer für Schenkungen nicht beigezählt wissen¹⁷⁾.

Die früher vielverbreitete Ansicht, daß die donatio p. n. den Zweck und das Wesen einer arrha gehabt habe, war infosoferne, als durch die donatio p. n. die Dos habe gesichert werden sollen, sicher falsch¹⁸⁾. Allein etwas pfandartiges ist ihr immerhin geblieben. Wie das Sponsalium ein Unterpfand bildete dafür, daß der Verlobte das Verlöbniß nicht willkürlich breche¹⁹⁾ und auch arrha und pignus hieß²⁰⁾, so bildet die donatio p. n., als ein Scheidungsbußgeld, ein Unterpfand dafür, daß die Ehe gehalten werde. Ist daneben kein lucrum in casum mortis bedungen, so hat die donatio p. n. nach l. unica §. 6 cit. für die Frau sogar nur mehr diese cautionale Bedeutung; für den Mann kann sie noch Schenkung von außen sein²¹⁾.

15) Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 §. 81.

16) vgl. Löhr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 15 §. 433. Bd. 16 §. 13 fg.

17) — non aliis donationibus eam connumerari — Nov. 119 c. 1.

18) Burghardi a. a. D. S. 201. I. Glück, a. a. D. S. 283. Francke a. a. D. S. 72 Gegen die oben erwähnte Ansicht vorzüglich Schott, don. p. n. S. 6 fg.

19) c. 2 pr. C. Th. h. t. 3, 5.

20) z. B. c. 1 C. Th. si prov. rector 3, 6. Löhr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 15 §. 446. S. jedoch Schott a. a. D. S. 26 fg. und die Unterscheidung von donatio sponsalicia und arrha sposi. dagebst S. 29—35.

21) oben §. 490 Anm. 8.

In der donatio p. n., als einer Antidosis, mußte sich die Auffassung von der Dos selbst bewähren. Darum war hier ausführlicher von ihr die Rede, wiewohl man fast allgemein lehrt, daß die in Deutschland übliche Widerlage von ihr unabhängig sei^{22).}

Paraphernen.

§. 491.

So heißtt, nach den Griechen, dasjenige Vermögen, welches die Frau „außer der Dos“ hat^{1).} Ein besonderes Recht, von der Eigenthümlichkeit und dem Umfange des ius dotium, entspricht aber diesem besonderen Namen entfernt nicht^{2).} Alle seine Besonderheit beschränkt sich 1. auf die Präsumtion einer Prozeßvollmacht, welche der Ehemann für das Vermögen der Frau gleichwie für das einer Verwandten hat^{3);} 2. auf die sog. praesumtio Muciana, wonach das Paraphernalgut im Zweifel auf Schenkung des Mannes, mithin auf einen nichtigen Ursprung zurückgeführt wird, sonach der Beweis, daß etwas zu den Paraphernen gehöre, selbst dann auf der Frau lastet, wenn der Anspruch darauf von Seite des Mannes erhoben wird^{4);} 3. auf eine gesetzliche Hypothek am Vermögen des Mannes zu Gunsten der in seine Verwaltung übergebenen Paraphernalkapitalien^{5),} nach der Praxis zu Gunsten aller dem Mann überlassenen Paraphernen^{6).}

Nichts besonderes mehr ist es, daß der Mann, dem die Paraphernalkapitalien übergeben sind, die Zinsen nicht nur für

22) doch j. Glück a. a. O. S. 308—319. Burchardi a. a. O. S. 227 fg. Windscheid, Pand. §. 508 Anm. 14. Dagegen Dernburg, Pand. III §. 25 Anm. 16, j. auch Becker, Pandektenr. I §. 3 Note k. Windscheid, Pand. §. 507 Anm. 1.

1) 1. 8 C. pact. conv. 5, 14 — in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt —. Zur Terminologie j. Windscheid, Pand. §. 507 Anm. 1.

2) vgl. oben §. 469 Anm. 38.

3) unten §. 492 Bzff. 3.

4) I. 51 D. dou. i. v. et u. 24, 1. 1. 6 C. eod. 5, 16. Tenge, Arch. f. civ. Pr. Bd. 45 S. 305 315.

5) I. 11 § 2 C. pact. conv. 5, 14 (a. 530) — ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Oben II §. 354 Anm. 37.

6) Glück, Comm. Bd. 19 S. 124 Anm. 64.

die Frau, sondern auch für sich verwenden kann⁷⁾; denn auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Zulassung haben beide Gatten den Genuss des beiderseitigen Vermögens (S. 675), und eine solche Zulassung bezüglich der Paraphernalzinse liegt in der Übergabe des Paraphernalkapitals. Allerdings muß auch das Gegentheil bestimmt werden können⁸⁾. Auch für den Fall, da die Frau dem Manne die Paraphernen überhaupt in die Verwaltung und dazu (vgl. S. 704 fg.) selbst in's Eigenthum übergibt, gilt nur das gemeine Recht⁹⁾. Daß der Mann hiebei nur diligentiam quam suis prästirt, ist kaum etwas besonderes¹⁰⁾.

II. Verwandtschaftsrechte.

§. 492.

Rechte und Pflichten.

Unter den Rechten, welche das Mitglied einer Verwandtschaft als solches hat (vgl. §. 455 am Anf.), steht

1. obenan das Erbrecht, wie dieses in §§. 366. 383—385. 378. 404. 405 begründet ist. Während aber das der sui heredes vordem in einem besonderen Kindesverhältnisse und auf eigenem Rechte beruhte (§. 365. §. 457. Nr. 4. §. 460), beruht neuestens alles Erbrecht der Verwandten, das der Kinder, namentlich auch das der sui heredes mitinbegriffen, nicht minder das der Ehegatten auf gesetzlicher Berufung, sei es, daß diese gegen ein Testament¹⁾ oder Erbvertrag, sei es, daß sie ab intestato plazgreift; die Verwandtschaft ist Grund der Berufung, die Berufung Grund des Erbrechts. Aber die Berufung gegen Testament oder Erbvertrag setzt nicht nur die engere

7) I. 11 §. 1 C. pact. conv. 5, 14 cit. — licentiam autem marito dari . . . usuras quidem eorum circa se et uxorem expendere —.

8) vgl. Windisch, Band. §. 507 Anm. 4.

9) I. 9 §. 3 D. de i. d. 23, 3. cf. I. 11 C. cit. Zu I. 9 §. 3 cit. f. Bremer, Zeitschr. f. Rechtsgech. N. F. II S. 134 fg.

10) arg. I. 11 §. 4 C. cit. Oben Bd. II §. 267 S. 259 fg.

11) Nov. 115 c. 3. c. 4. c. 5 pr. — Im §. 381, letzter Absatz, ist die obige „gesetzliche Berufung gegen ein Testament“ und damit die Disposition innerhalb der gesetzlichen Berufung bekämpft und aufgegeben.

Verwandtschaft der Descendenten, Ascendenten und consanguinischen Geschwister, sondern auch eine Verlezung des zwischen diesen bestehenden besonderen Pflichtverhältnisses (Officium), testamentum inofficiosum (§. 366. §. 378) voraus. Von jeher ging dieses Officium auf Erbeinsetzung selbst; aber bis auf Nov. 115 galt die Verabreichung des Pflichttheils als Abfindung (exclusio querelae, exceptio §. 378 Anm. 17, vgl. §. 404 sub 4); die Novelle 115 verwarf diese Abfindung für Descendenten und Ascendenten, und machte sie so zu vollen Pflichterben — den Nothherben des neuen Rechts.

2. Enge verbunden mit der Berufung der Verwandten zur Erbschaft ist die zur Vormundschaft. Nur ist diese kein reines Privatrecht mehr wie das Erbrecht²⁾.

3. Verwandte unter einander, der Ehemann für seine Frau und die Auffinen unter einander haben eine präsumtive Vollmacht zur Prozeßführung³⁾. Da jedoch die Quellen auf der Seitenlinie nur den Bruder nennen, können auch die Auffinen nur der auf- und der absteigenden Linie, außerdem nur noch die des zweiten Grades gemeint sein⁴⁾. Cautio de rato ist ihnen aber insgemein nicht erlassen⁵⁾; nur in Ansehung der ihm übergebenen Paraphernalcapitalien ist der Ehemann von ihr frei⁶⁾.

4. Eine Alimentationspflicht, und soweit Alimentationsrecht besteht nicht nur auf Seite des Hausvaters gegenüber

2) s. unten §§. 495 fg., insbes. §. 506 Nr. 2 und 3. B. I. 4 D. cur. fur. 27, 10, wonach auf Grund der pietas „furiosae matris curatio ad filium pertinet“. — Ferner gehören hieher die Pflicht zur tutoris, bezw. curatoris petitio, worüber unten §. 506 Anm. 52 fg., die Pflicht zur suspecti postulatio, worüber unten §. 508 Anm. 6 und der Ausschluß der personae exceptae von der potioris nominatio, worüber unten §. 507 Anm. 2 u. 4.

3) I. 35 pr. D. procur. 3, 3. I. 3 §. 3 D. iud. solvi 46, 7. I. 21 C. procur. 2, 12. Oben §. 491 Anm. 3. S. nun aber Einführungsges. z. CPO. §. 14 und vgl. CPO. §. 76. — In die Nähe der obigen gehört die Bestimmung, daß die Verwandten zu denjenigen ausgenommenen Personen zählen, für die man noch postuliren darf, wenn man sonst für Andere nicht postuliren darf: I. I §. 11 D. postul. 3, 1, unten §. 500 Anm. 11.

4) Glück, Comm. Bd. 5 S. 230. Wezeli, Civilproc. §. 9 Anm. 37. Voigt, Jus nat. III Anm. 1862.

5) Bayer, Civilproc. 10. Aufl. S. 105.

6) I. 11 §. 1 C. pact. conv. 5, 14.

den Hausskindern⁷⁾ (§. 603, 604), sondern gegenseitig zwischen Descendenten und Ascendenten⁸⁾, auf Grund des Officium⁹⁾ und flageweiser Gewährung des Rechts¹⁰⁾. Auf Seite der Mutter ist auch hier kein Unterschied zwischen ehelicher und unehelicher Verwandtschaft¹¹⁾, wogegen auf Seite des Vaters nach römischem Rechte wie das Erbrecht¹²⁾ so auch das Alimentenrecht nicht über die liberi naturales (des Concubinates) hinaus erstreckt ist¹³⁾. Hier besteht es zwar auch zu Gunsten des Vaters, dagegen nicht mehr zu Gunsten der weiteren Ascendenten oder Descendenten¹⁴⁾. Auf der Gemeinschaft des Blutes beruht das Alimentenrecht übrigens auch hier¹⁵⁾. Auch für das Alimentenrecht, welches im canonischen Rechte¹⁶⁾ entgegen der Nov. 89 c. 15 den adulterinischen Kindern gewährt ist, besteht kein anderer Grund. Dagegen ist es streitig, ob unsere Paternitätsklage, mit der jeder außereheliche Vater auf Alimentierung seines außerehelichen Kindes belangt werden kann, auch noch in Wahrheit auf der Vaterschaft, und damit Verwandtschaft¹⁷⁾, oder aber in einem Delicte (des außerehelichen Bei-

7) oben §. 457 Anm. 51.

8) I 5 D. agnosc. et al. lib. vel parent. vel patron. vel lib. 25, 3. C. eod. 5, 25.

9) oben §. 589, §. 457 Anm. 51 fg. I. 5 §. 17 D. I. 4 C. eod. I. 1 §. 2 in fin. D. tut. et rat. 27, 3 — der pietas: I. 50 D. fam. erc. 10, 2 — der caritas sanguinis: I. 5 §. 2 D. agnosc. lib. 25, 3, oben §. 455 Anm. 31—33, Mandry, Familiengüter. I S. 247, Voigt, Jus nat. III Anm. 1887, Leist in Glücks Comm. Serie 37. 38. V. S. 77 fg. und Pernice, Parerga in Zeitschr. f. Rechts gesch. N. F. V, S. 23.

10) oben §. 455 Anm. 31 und §. 457 Anm. 51. I. 4 C. eod. 5, 25. Bd. I §. 91 Anm. 36 und andererseits Hartmann-Ubbelohde, röm. Gerichtsverfassung S. 598. Ob und unter welchen Voraussetzungen dieses Recht gegen die Erben des Alimentationspflichtigen zustehe, ist bestritten; v. Windscheid, Pand. §. 475 Anm. 13 und Mandry, a. a. D. S. 250 Anm. 7, welcher seinerseits die Erben erst hinter allen Pflichtigen in Anspruch nimmt.

11) I. 5 §. 4. §. 5 D. eod. 25, 3.

12) oben §. 383 Anm. 9 fg.

13) Nov. 89 c. 12 §. 6. c. 13. cf. I. 7 D. agnosc. lib. 25, 3.

14) Nov. 89 c. 12 §. 6 in fin. I. 12 in f. C. lib. nat. 5, 27.

15) — oportet pietatis viam inire — Nov. cit.

16) c. 5 in f. X de eo qui duxit in matr. 4, 7. Auf die Auslegung dieser Stelle geht nach Roth, deutsches Privat. II §. 171 Anm. 7 der oben folgende Rechtsatz zurück, daß jeder außereheliche Vater auf Alimentierung seines außerehelichen Kindes belangt werden kann. S. auch die Verweisungen bei Windscheid, Pand. §. 475 Anm. 16.

17) Bangerow, Pand. §. 260 Anm. 1 und die dort wie bei Wind-

schlafes)¹⁸⁾ beruhe. Für diejenigen, welche den Grund in der Verwandtschaft erblicken, bildet die Behauptung, daß Beklagter der Mutter des Kindes binnen der kritischen Zeit beigewohnt habe, blos die Substanzirung der Intention oder des Klagsfundamentes; die Intention selbst besteht in der Behauptung der (unehelichen) Vaterschaft; für diese bildet das Faktum des Beischlafs binnen der kritischen Zeit ebensosehr eine Präsumtion, als für die eheliche Vaterschaft die Geburt binnen der kritischen Zeit (in oder nach der Ehe)¹⁹⁾. Der Präsumtion der unehelichen Vaterschaft gegenüber muß dann aber auch ebensosehr ein Gegenbeweis möglich sein, als der der ehelichen²⁰⁾; durch die exceptio plurium concubentium und ihren Beweis wird die Präsumtion, daß gerade der Beklagte der Vater sei, wieder aufgehoben²¹⁾. Nach der anderen Ansicht dagegen hildet die Behauptung des Beischlafs binnen der kritischen Zeit nicht blos die Motivirung der Intention, sondern die Intention selbst; mithin ein Faktum, das die Vaterschaft nur vielleicht zur Folge hatte, den Grund der Verpflichtung; dieser Grund kann dann durch die Einrede, daß dasselbe Faktum auch bei Anderen zutreffe, vielleicht also ein Anderer der Vater sei (exceptio plurium concubentium) natürlich nicht entkräftet werden; eine derartige Einrede würde nur besagen, daß auch ein Anderer hätte belangen werden können, mithin ohne Belang sein.

Dab nun aber ein Kind sein eigenes Dasein irgendwem als Delict anrechne, ist mit Recht als unzuförmlich bezeichnet worden²²⁾; als ein Delict also kann ebenbesagtes Faktum, wenn wirklich es den Grund der Klage bilden sollte, füglich

scheid, Band. §. 475 Anm. 18 angeführten, außerdem Roth, deutsches Privatr. II §. 171 Anm. 12.

18) Puchta, Band. §. 316 Note i und die dort wie bei Windscheid, Band. §. 475 Anm. 18 angeführten, und zum Theil Windscheid selbst Anm. 18 u. 19. Die Ableitung aus Delict führt zur Annahme eines forum delicti: CPO. §. 32.

19) Bd. I §. 37 Ziff. 1.

20) Bd. I §. 37 Anm. 12 u. 13.

21) mit der vorstehenden Argumentation übereinstimmend Dernburg, Band. III §. 38 Anm. 4 gegen Windscheid a. a. D.

22) Vangerow a. a. D. Windscheid a. a. D.

nicht betrachtet werden. Als bloße Möglichkeit der Vaterschaft scheint es aber auch nicht verpflichten zu können; wenigstens pflegen blos mögliche Verpflichtungsgründe sonst nicht zu verpflichten. Darum fügt jetzt Windscheid dieser Möglichkeit noch einen zweiten Grund bei; daß man sich hier mit der bloßen Möglichkeit begnügen, röhre von der Unerlaubtheit der Handlung her. Also kommt, bemerkt Windscheid selbst hinzu, „auch der Delictstandpunkt zu seinem Rechte“²³⁾. Allein hat er ein Recht? ist so die Klage nicht in ihrem letzten Grunde Delictsklage, und also denn doch der Vater von dem Kinde wegen einer Handlung verfolgt, der es möglicherweise sein Dasein verdankt? Eher dürfte, wenn doch das bloße Faktum Obligationsgrund sein soll, dies dahin auszulegen sein, daß zu bloßer Alimentationspflicht denn doch die bloße Möglichkeit der Vaterschaft ausreicht²⁴⁾. Ein Kind das seinen Vater haben will muß die Vaterschaft, ein Kind das blos Alimente haben will muß nur die Möglichkeit der Vaterschaft in die Intention stellen. Daß zur Begründung der bloßen Alimentationspflicht ein minderes ausreiche, als die Vaterschaft selbst, kommt schon im römischen Rechte vor²⁵⁾.

Voraussetzung der Alimentationspflicht sei stets die Bedürftigkeit des Alimentanden, theils die pecuniäre, welche in der Vermögenslosigkeit, theils die persönliche, welche in der Erwerbsunfähigkeit besteht²⁶⁾. Ist dieses bezüglich aller Anderen richtig²⁷⁾, so scheint es doch bezüglich der Kinder gegenüber dem Hausvater zum mindesten bedenklich. Nach I. 5 §. 7 D. agn. lib. 25, 3 hat die eigene Erwerbsfähigkeit des Kindes nicht schon die Folge, daß es sich selbst erhalten müsse, sondern

23) Band. §. 475 Anm. 18; in den neueren Auflagen heißt es: „In diesem Sinne ist der Delictstandpunkt anzuerkennen“.

24) im Gegensatz zur Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft, auf welcher die S. 779 oben entwickelte Ansicht beruht.

25) I. 1 §. 14. §. 15. I. 5 §. 9 D. agnosc. lib. 25, 3. Oben Bd. I §. 37 Anm. 4 (der dritten Aufl.) und Anm. 21.

26) Puchta, Band. §. 316 not. c. Arndts, Band. §. 348 not. c. Sintenis, Civilr. §. 140 Anm. 47. 48. 49. Windscheid, Band. §. 475 Anm. 7 und die dort Angeführten. Glück, Comm. Bd. 28 E. 62 Anm. 48.

27) §. B. I. 5 §. 13. §. 19. §. ult. D. agn. lib. 25, 3. I. 1 §. 2. §. 4 D. tut. et rat. 27, 3.

nur die, daß der Richter würdigen muß, ob es sich selbst erhalten müsse; diese Frage mußte bejaht werden, wenn es in einem Berufe, der seinen Mann nährt, schon jetzt lebt; für den anderen Fall ist die Frage offen²⁸⁾. Noch weniger als die eigene Erwerbsfähigkeit scheint das Dasein eigenen Vermögens den Anspruch des Kindes auf Alimentation aufzuheben. Es ist nicht einzusehen, wie das aus I. 8 §. 5 C. bon. quae lib. 6, 61 hervorgehen soll. Wohl aber enthält eben dieses Gesetz ein Gegenargument²⁹⁾. Denn in Consequenz³⁰⁾ der gangbaren Ansicht müßte der Vater das Adventizgut des Kindes zu dessen Alimentirung veräußern dürfen — nicht etwa blos, wenn die Rente desselben dazu nicht ausreicht, sondern auch wenn sie ausreicht; denn diese Rente gehört dem Vater. Nun ist aber unter den Ausnahmsfällen, in welchen der Vater zur Veräußerung des Adventizgutes schreiten darf³¹⁾, die Alimentation des Kindes nicht aufgeführt, diese vielmehr als etwas hingestellt, das neben, nicht aus dem Adventizgut erfolgen müsse, und nicht etwa von wegen der Erbschaften, (durch welche das Kind auch den Vater bereichert), sondern propter ipsam naturam et leges. Nach I. 8 §. 5 in fin. aber haben die Kin-

28) Sed si filius possit se exhibere, a estimare indices debent, ne non debeat ei alimenta decernere. Denique idem Pius ita rescripsit: „Aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatium (e)ius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis“. Daß Antoninus Pius gegenüber einem Studirenden um deswillen weil er sich als Taglöhner Geld verdienen könnte, eben so gesprochen hätte, ist zu bezweifeln. Mandry, Familiengüter. I S. 262 scheint in jedem Alimentationsfall die bisherige Lebensstellung der Bedürftigen für die Beantwortung der Bedürftigkeitsfrage entscheidend sein zu lassen. Ebenso Buechner, Alimentationspflicht (1879) S. 43, welcher S. 45 zum Schluf kommt: „Gleich der Erwerbsunfähigkeit braucht also auch die Vermögenslosigkeit, die zur Begründung der Unterhaltspflicht erforderlich wird, keine absolute zu sein“.

29) Nach Mandry, Familiengüter. I S. 261 Anm. 15 wird hier der I. 8 §. 5 cit. „eine zu weittragende Bedeutung“ beigemessen, und Pernice a. a. O. S. 24 Anm. 3 sucht das obige Gegenargument dadurch zu widerlegen, daß er auf I. 8 §. 4 d. eod. verweist, welche sich auf alle alimentationspflichtigen Verwandten beziehe und nicht eine Sonderstellung des Vaters ergebe. Allein die letztere ist oben mindestens nicht vorwiegend auf den Text der I. 8 §. 4 d. cit. gegründet worden. Vgl. Anm. 32 u. 34.*

30) derselben beugt Seuffert, Pand. §. 488 Anm. 7 dadurch vor, daß er das pecul. adv. ordin. nicht als die Alimentationsverbindlichkeit ausschließendes eigenes Vermögen des Kindes in Betracht kommen läßt.

31) I. 8 §. 4 C. bon. quae lib. 6, 61. Oben §. 464 bei Anm. 5,

der selbst ausdrücklich gerade deswegen keine Befugniß, ihr Adventizgut zu veräußern, weil sie dessen nicht bedürfen; denn ihren Unterhalt bestreitet der Vater (nicht das Adventizgut), und andere jugendliche Begehren bleiben besser eingeschränkt. Die inopia, deren am Ende der l. 8 §. 4 cit. Erwähnung geschieht, kann darum was das Kind betrifft, sehr wohl nur den Mangel eigenen Erwerbes bedeuten sollen³²⁾. Die scheinbaren weiteren Argumente³³⁾ betreffen nur Emancipirte, Mütter und Großmütter.

So glauben wir in Betreff der Bedürftigkeit zweierlei Classen der Alimentationspflicht aufstellen zu müssen: eine welche auf Verwandtschaft überhaupt (*caritas sanguinis*) beruht, nur subsidiär ist, hinter der Pflicht der Selbsterhaltung steht, und darum Armut und Erwerbsunfähigkeit voraussetzt; — und eine andere, welche in der rechtmäßigen Vaterschaft und väterlichen Gewalt insonderheit ihren Grund hat, nicht blos zwischen Erzeuger und Erzeugtem, sondern gegenüber dem um der Familie willen gezeugten Kinde (§. 467 a. E.) als einem Wesen besteht, das nicht blos um seiner selbst willen erhalten werden muß, mithin auch jene Pflicht der primären Selbsterhaltung insolange nicht hat, bis es nicht durch oder aus der Familie hiezu erzogen, oder von der Familie ausgeschieden d. h. emancipirt ist³⁴⁾.

Eine weitere Voraussetzung der Alimentationspflicht ist, daß der Pflichtige selbst etwas „habe“³⁵⁾. Allein auch hierin wird zwischen dem Hausvater und dem bloßen Verwandten unter-

32) Nach Pernice a. a. D. betrachtet es der Kaiser als inopia, wenn der Sohn nicht von den Eltern leben kann; ebenso schon Buengner a. a. D. S. 45. Damit wäre anerkannt, daß das Dasein eigenen Vermögens den Anspruch des Kindes auf Alimentation nicht aufhebt. S. jedoch auch Anm. 34.*

33) I. 50 D. fam. erg. 10, 2. I. 33 (34) D. neg. gest. 3, 5 I. 11 C. eod. 2, 18. I. 5 C. ad SC. Maced. 4, 28. Glück a. a. D. Anm. 50.

34) gegen diese auch im oben Folgenden wiederholt vorkommende Unterscheidung innerhalb der Alimentationspflicht erklären sich Mandry, Familiengüter. I S. 263 Anm. 16 und Buengner, Alimentationspflicht S. 44 Anm. 12.

35) I. 5 §. 11 und vgl. I. 5 §. 17. §. 10 D. agn. lib. 25, 3. I. 2 — 4 C. eod. 5, 25. I. 1 §. 4 D. tut. et rat. 27, 3. Ueber diese Voraussetzung Mandry a. a. D. S. 263, 264, gegen die folgende Distinction Buengner, a. a. D. S. 42.

schieden werden müssen. Letzterer hat ein Recht vor anderen sich selbst zu erhalten³⁶⁾, während der Hausvater verpflichtet scheint, die Seinigen wie sich selbst zu erhalten. Mit ihnen muß er theilen, was er hat, so wenig es sei; erst von dem Augenblicke an, da letztere sich selbst erhalten können, oder der Vater erwerbsfähig, oder zwar erwerbsfähig, aber arm, dagegen die Mutter, oder ein anderer Ascendent wohlhabend ist³⁷⁾, oder aber nach neuem Rechte das Kind selbst Vermögen hat, — fragt sich, was der Vater „habe“; sonst muß auch der arme Vater sein Kind erhalten³⁸⁾.

Noch eine Voraussetzung ist die Würdigkeit des Alimentanden. Wenigstens gibt es Gründe aus denen der Hausvater die Alimentirung zur Strafe des Kindes verweigern kann³⁹⁾. Allein auch das setzt voraus, daß das Kind sich außerdem selbst forthelfen kann.

Das Maß der Alimente richtet sich nach dem Vermögen des Pflichtigen, und nach dem Stande des Alimentanden⁴⁰⁾; wenn aber der Vater nach l. 6 §. 5 D. Carb. ed. 37, 10 nicht blos den leiblichen Unterhalt (alimenta), sondern auch die Studien und weiteren nothwendigen Aufwand des Kindes zu bestreiten hat⁴¹⁾, so zeigt sich auch hierin wieder der Unterschied einer primären und secundären Alimentationspflicht; denn daß auch die bloße Verwandtschaft außer den Alimenten zur Verabreichung alles dessen verpflichtet, was „zur Entwicklung und Ausbildung des Geistes erforderlich“ ist, läßt sich nicht behaupten⁴²⁾.

36) vgl. namentlich l. 1 §. 4 cit.

37) vgl. S. 612; l. 8 D. agn. lib. 25, 3.

38) Nur mit dieser Einschränkung dürfte l. 5 §. 11 cit. zu verstehen sein.

39) arg. l. 5 §. 11. §. 23 D. agn. lib. 25, 3. l. 4 C. eod. 5, 25. Windscheid, Pand. §. 475 Anm. 8 und dort Genannte.

40) l. 5 §. 7. §. 10 D. agn. lib. 25, 3. l. 3. l. 4 C. eod. 5, 25 und arg. l. 1 §. 19 in fin. D. ventre in poss. mitt. 37, 9.

41) l. 6 §. 5 cit.: Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatium. cf. l. 5 §. 12 D. agn. lib. 25, 3: Non tantum alimenta, verum etiam cetera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi praebere rescriptis continetur.

42) vgl. Windscheid, Pand. §. 475 Anm. 12, Buengner, Alimentationspflicht S. 51 fg. und oben Anm. 34. — Vom Verhältniß der

Für die Ordnung innerhalb der Alimentationspflichtigen, läßt sich immerhin so viel aus den Quellen entnehmen, daß nach dem Vater die Mutter, nicht die väterlichen Ascendenten folgen⁴³⁾.

Der Alimentationspflicht von Geschwistern⁴⁴⁾ ist Müller mit guten Gründen entgegengetreten⁴⁵⁾, wenn es gleich befremdlich bleibt, daß das Alimentationsrecht nicht so weit reichen soll als das Pflichttheilsrecht (S. 111. 254), in l. 12 §. 3 D. adm. tut. 26, 7 wirklich zwischen consanguinischen und anderen Schwestern unterschieden wird⁴⁶⁾, und die Schwester in l. 1 §. 2 D. rat. tut. 27, 3 immerhin bedenklich neben der Mutter steht⁴⁷⁾.

5. Gegenüber von Töchtern verwandelt sich seinerzeit die Alimentationspflicht in eine Dotationspflicht. Diese ist jedoch grundsätzlich nur „paternum officium“⁴⁸⁾, durch den Vater, der zugleich Sohn ist, auch officium des Großvaters⁴⁹⁾, besteht zwar auch noch gegenüber von emancipirten Kindern⁵⁰⁾,

Bestattungspflicht (s. oben §. 476 Anm. 8) zur Alimentationspflicht Buengner a. a. D. S. 53 fg.

43) S. 612 und wegen l. 8 D. agn. lib. 25, 3 Windischheid, Pand. §. 475 Anm. 5. Ueberhaupt Glück a. a. D. S. 209 fg., neuerdings Mandry a. a. D. S. 253–6, der selbst zunächst den Gewalthaber, dann nach Maßgabe des Erbrechts die Uebrigen bezieht, und Buengner a. a. D. S. 37 fg. Ueber den Fall der Concurrenz mehrerer Pflichtiger Dernburg, Pand. III S. 37 Anm. 3.

44) Thibaut, Versuche I Nr. 12.

45) Arch. f. civ. Pr. Bd. 13 S. 234 fg. vgl. Buchta, Pand. §. 316 not. h. Glück a. a. D. S. 237 Anm. 1. Mandry a. a. D. S. 248. 249. Buengner a. a. D. S. 171 fg.

46) doch s. dagegen Buchta, Pand. §. 317 not. d.

47) Vgl. l. 1 §. 4 mit l. 1 §. 2 cit. l. 5 §. 4 D. agn. lib. 25, 3; überdies l. 4 D. ubi pup. ed. 27, 2. l. 13 §. 2 D. adm. tut. 26, 7; aber auch l. 14 C. i. d. 5, 12

48) l. 7 §. 2 C. dot. prom. 5, 11. l. 19 D. r. n. 23, 2, s. jedoch auch Plaut. Trinum. III, 2, 64 sqq. bei Mandry, Familiengüterr. I S. 235. — Oben Bd. I §. 91 Anm. 36.

49) l. 6 D. coll. bon. 37, 6 — quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. — Leisti, Gräco-ital. Rechtsgelehrt. S. 76 hält es für wahrscheinlich, daß die Dotationspflicht des Vaters und des Großvaters dem griechischen Recht entlehnt worden sei.

50) arg. l. 7 C. cit. Arndts, Pand. §. 396 Anm. 1, mit Abwägung des Für und Wider Mandry a. a. D. S. 236. 237; dagegen Schulting, Notae ad Pand. zu l. 44 pr. u. l. 5 §. 12 D. i. d. 23, 3.

liegt aber schon der Mutter nur mehr ausnahmsweise⁵¹⁾, trotz l. 12 §. 3 D. adm. tut. 26, 7 also dem Bruder, auch dem consanguinischen, nicht mehr ob⁵²⁾). Eine Dotationspflicht der Frau selbst aber wäre allerdings eine Absurdität⁵³⁾; denn die Dotationspflicht ist eine Pflicht gegen die Tochter (paternum officium). Dies wird greifbarer, wenn man bei der Dos nicht blos an ein Eigenthum des Mannes, sondern zuvörderst an Frauengut und daran denkt, daß der Mann sie für die Frau empfängt⁵⁴⁾). Mag daneben noch irgend eine Pflicht auch der Frau zur Verabreichung einer Dos an den Mann vorkommen — für den Fall, daß die Dos der Frau eingehändigt, oder eine solche von seinem Dritten gegeben wird, die Frau aber bemittelt ist —, so ist eine solche Pflicht doch ein ganz anderes Ding als unsere Dotationspflicht, eine Pflicht der Frau gegen den Mann, nicht des Vaters gegen sein Kind. In der That besteht aber eine solche Pflicht, jedoch keine flagbare⁵⁵⁾). Eine Pflicht gegen die Frau, aber keine Verwandtschafts- oder Officialpflicht mehr, sondern gemeinobligatorischen Charakters ist die Dotationspflicht des Verführers. Diese besteht nach c. 1 X. adult. 5, 16 neben der Ehelichungspflicht (duc et dota), so daß wahrscheinlicher an eine Dotation nicht durch dos, sondern durch donatio propter nuptias (Bidualitium) gedacht ist; nach der Praxis anstatt derselben (duc aut dota), vermutlich weil sie das dotabit im buchstäblichen Sinne nahm, und die Bestellung einer dos durch den Mann selbst unannehmbar fand⁵⁶⁾.

51) — ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa — l. 14 C. i. d. 5, 12. cf. l. 19 §. 3 (1) C. haeret. 1, 5 und Voigt, Jus nat. III Anm. 1888. Wegen der heutigen Anwendung s. Egholz, Dotalr. S. 175 Anm. 2 u. 2a.

52) l. 13 §. 2 D. adm. tut. 26, 7. Buchta, Pand. §. 317 not. d. Egholz a. a. D. S. 176 Anm. 3.

53) Buchta, Pand. §. 317 not. g.

54) §§. 475—478 und S. 704.

55) l. 32 §. 2 D. cond. ind. 12, 6: *Mulier si in ea opinione sit, ut credit se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* arg. l. 1 C. dot. prom. 5, 11, wozu jedoch oben §. 482 Anm. 32. Wangerow, Pand. §. 216 Anm. 1. Windscheid, Pand. §. 493 Anm. 3. Schwanert, Naturalobligationen S. 118—120; vgl. oben Bd. II §. 222 Anm. 7.

56) vgl. S. 731. II. 1; die Literatur hierüber bei Windscheid, Pand. §. 493 Anm. 7.

Zum Unterschiede von der bloßen Alimentation kann zur Dotation der Töchter auch deren eigenes Vermögen in Angriff genommen werden selbst wenn der Vater bemittelt ist⁵⁷⁾; ob er aber desfalls lediglich das eigene Vermögen des Kindes verwenden darf, oder zunächst nach seinen Kräften aus eigenen Mitteln geben muß, ist zweifelhaft⁵⁸⁾; entschieden ist nur, daß wenn er unbestimmt ließ, aus welchem Vermögen gegeben sei, die Vermuthung für Ausstattung aus seinem eigenen Vermögen streite⁵⁹⁾. Allerdings scheint aber hiemit aussprochen, daß der Vater das Gegentheil ausdrücklich bestimmen, mithin das Kind lediglich aus dessen eigenem Vermögen dotiren konnte⁶⁰⁾.

Auch die Größe der Dos bemüht sich nach Stand und Vermögen⁶¹⁾. Daß der Vater die Namens der Tochter zurückempfangene Dos im Falle der Wiederverheiratung auch wieder herausgeben mußte, ist gesetzlich bestimmt⁶²⁾; außerdem ist eine Pflicht zur Redotation weder äußerlich noch innerlich begründet⁶³⁾.

57) I. 7 §. 5 C. dot. prom. 5, 11 (a. 531): *Si vero et ipse substantiam idoneam possidet — .*

58) — poterat enim secundum suas vires dotem pro filia vel ante nuptias donationem pro filio dare et consentire filiis suis, quando voluerint partem vel forte totam suam substantiam ... paternaे liberalitati ... adgregare — I. 7 §. 5 cit.

59) I. 7 §. 2 C. cit. — si quidem nihil addendum existimaverit, sed simpliciter dotem vel ante nuptias donationem dederit vel promiserit, ex sua liberalitate hoc fecisse intellegi — .

60) vgl. Glüd, Comm. Bd. 25 S. 74. Windischeid, Pand. §. 493 Anm. 5 und Mandry, Familiengüterr. I S. 239 unten, welcher auf I. 5 §. 12 D. i. d. 23, 3 verweist: — cum pater curator sue filiae iuris sui effectae dotem pro ea constituisset, magis eum quasi patrem id quam quasi curatorem fecisse videri — was kaum bestritten gewesen sein würde, wenn der Vater trotz der Vermöglichkeit der Tochter dotationspflichtig gewesen wäre. — S. auch oben §. 464 Anm. 5.

61) I. 60. I. 69 §. 4. §. 5 D. i. d. 23, 3. cf. I. 43 D. leg. 32. I. 9 C. adm. tut. 5, 37 und vgl. S. 734 „erstens“. — Durch den obigen Satz wird, wie Eghlarz, Dotatr. S. 177 zeigt, die freie Vereinbarung zwischen dem Dotationspflichtigen und dem Manne nicht ausgeschlossen.

62) oben §. 477 Anm. 12.

63) Unter Redotation kann man wiederholte Dotation für die nämliche und für eine neue Ehe verstehen, zwei Fälle, welche unterschieden und verschieden behandelt werden z. B. von Puchta, Pand. §. 317 not. f. Wangerow, Pand. §. 216 Anm. 2. Eghlarz, Dotatr. S. 177 fg. und Mandry, Familiengüterr. I S. 242—246. Vgl. auch oben §. 482 Anm. 56.

Auch in Ansehung der Dotationspflicht ist die donatio p. n. das Seitenstück der Dos⁶⁴⁾.

§. 493. Immunitäten.

Innerhalb der Verwandten und Affinen ist das gemeine Recht auf mehreren Punkten ausgeschlossen.

1. Verwandte bis zum siebenten Grade, Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Mann und Frau, Braut und Bräutigam sind (wie der Patron und Freigelassene) wider einander von der Zeugnispflicht entbunden; Eltern und Kinder dürfen nicht einmal wider einander Zeugniß ablegen¹⁾.

2. Wider Condemnationen und Executionen in was immer für Sachen haben die Lebsucht (Competenz) frei: Eltern und Kinder, Mann und Frau, eher auch die Geschwisteren wider einander²⁾; wider die Klage des Mannes aus einem Dotalversprechen auch der Schwiegervater, wenn die Klage noch während der Ehe gestellt wird³⁾.

3. Von dem Rechte der actiones famosae sind ausgeschlossen: Kinder wider die Eltern⁴⁾, Ehegatten wider einander

64) I. 7 C. dot. prom. 5, 11. Näheres bei Schott, don. p. n. S. 55, 56, s. auch Seuffert, Pand. §. 462 b Noten 2 u. 8.

1) I. 4. I. 5 cf. I. 1 D. test. 22, 5. I. 10 pr. in f. D. grad. et aff. 38, 10. I. 1 §. 10 D. quaest. 48, 18. Bayer, Civilproc. §. 244. I. Wezel, Civilpr. §. 23 Anm. 47. — I. 6 C. test. 4, 20. S. auch Leist in Glücks Comm. Serie 37 u. 38. V. S. 70, 71 und nummehr CPO. §. 348—§. 350. §. 358. StPO. §. 51. §. 54. §. 57 vgl. §§. 95, 97.

— Als Immunität kann auch gelten die Befreiung der necessariae personae von der Rothwendigkeit bei der in ius vocatio einen fideiussor locuples zu stellen: I. 1—3 D. in ius vocati 2, 6, welche bei Leist a. a. D. S. 41 als ein Fall der „Ausschließung des gewöhnlichen strengen Rechtsgangens“ unter den im Obsequiumverhältniß stehenden Personen erscheint (S. 30—43).

2) Bd. II §. 286 Anm. 29, 30. Leist a. a. D. S. 80, 81. I. 63 pr. D. pro soc. 17, 2 — ius quodammodo fraternitatis in se habeat. Einwand bei Voigt, Jus nat. III Anm. 1891.

3) I. 22 pr. D. re iud. 42, 1. Bd. II §. 286 Anm. 36 u. 37. — In den obigen Zusammenhang, etwa zwischen Nr. 2 und Nr. 3 wäre zu stellen der Satz, daß in integrum restitutio wider die Eltern ausgeschlossen ist, s. I. 2 C. qui et adv. quos 2, 41 (42) und die dortige Motivierung, oben Bd. I §. 116 Anm. 41 vgl. §. 118 nach Anm. 13 und des Weiteren Windscheid, Pand. §. 115 Anm. 14.

4) gleich ihnen Freigelassene wider den Patron; sie selbst von ehrenrührigen, nicht blos von infamirenden Klagen: I. 2 pr. S. 1. I. 5 — I. 7 pr. D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis 37, 15. I. 4 §. 16 D. doli m. exc. 44, 4. Voigt, Jus nat. III Anm. 1882 fg. Leist a. a. D. S. 45—47.

während der Ehe⁵). Actiones in factum vertreten die Stelle dieser Klagen⁶).

4. Insbesonderheit unter Ehegatten ist actio furti wegen Entwendungen, welche sie während der Ehe wider einander begangen haben, auch noch nach Aufhebung der Ehe ausgeschlossen⁷). Anstatt ihrer greift, wenn die Entwendung von wegen der bevorstehenden und erfolgten Scheidung geschah, oder bei der Scheidung verheimlicht wurde, rerum amotarum actio Platz⁸). Diese Klage ist eine condictio⁹), enthält rei persécutionem¹⁰), trotzdem aber immer noch eine coërcitio¹¹), ist darum nicht nur wie die furtiva condictio von bleibender Bereicherung unabhängig¹²) und den höchsten Werth der Sache seit der Entwendung verfolgend¹³), sondern überhaupt nicht mehr auf die Thatsache der Bereicherung, sondern auf das Faf-

5) I. 2 C. rer. amot. 5, 21 — constante enim matrimonio neutri eorum neque penalnis neque famosa actio competit —. I. 1 in f. C. i. d. 5, 12. I. 2. I. 3 §. 2 D. rer. am. 25, 2. I. 22 §. 4 C. furtis 6, 2. Voigt a. a. D. Ann. 1918. Vgl. auch I. 27 §. 30 I. 56 D. Aquil. 9, 2. I. 37 D. don. i. v. et u. 24, 1.

6) I. 2 C. rer. am. 5, 21 cit. — sed de damno in factum datur actio. I. 1 C. i. d. 5, 12 cit.

7) I. 1 pr. D. h. t. (rer. am.) 25, 2: Rerum amotarum indicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse —, hiezu Baron, M. Vierteljahrsschr. Bd. 26 S. 597. 598. I. 3 pr. eod. — si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenebitur. Oben §. 469 Ann. 43. — Wegen einer an einem Dritten, den der Mann beerbt hat, von der Frau begangenen Entwendung kann constante matrimonio vom Mann gegen die Frau geflagt werden, jedoch propter reverentiam personarum nur mit condictio furtiva, nicht auch mit actio furti: I. 3 §. 2 D. h. t. 25, 2. Bd. II §. 301 Ann. 19.

8) I. 25. I. 17 §. 1. I. 21 pr. I. 20. I. 11 §. 1. I. 6 §. 1. §. 2 D. h. t. 25, 2. I. 2 C. h. t. 5, 21; cf. I. 22 §. 1 D. h. t 25, 2. Daß die Klage auch gegen den Mann zusteht: I. 6 §. 1. I. 7. I. 21 §. 6 D. h. t. cit. I. 2 C. h. t. cit. I. 52 D. reb. auct. 42, 5.

9) I. 26 D. h. t. 25, 2. (Bd. II §. 301 Ann. 17, §. 339 Ann. 15). arg. I. 3 §. 4. I. 6 §. 2. §. 3 eod. cf. I. 7 §. 2 D. cond. furt. 13, 1. Darüber, daß sie es nicht auch der Form nach war, nämlich formula in factum concepta hatte, s. Lenel, Edictum S. 246.

10) I. 21 §. 5 D. h. t. 25, 2 nebst Bd. II §. 338 Ann. 3. S. Voigt, Jus nat. III S. 575. III: Die actio r. a. Schäden-, nicht Bereicherungsklage. Vgl. Windischheid, Pand. §. 359 Ann. 14.

11) arg. I. 29 eod.

12) I. 17 §. 2 eod. cf. I. 8 pr. D. cond. furt. 13, 1. Bd. II §. 301 Ann. 2.

13) I. 29 in f. D. h. t. 25, 2. cf. I. 8 §. 1 D. cond. furt. 13, 1. Bd. II §. 301 Ann. 5.

tum der Entwendung oder der der Entwendung gleichgestellten Handlungen gebaut¹⁴⁾), deswegen auch bei bloßer Anstiftung, also da noch möglich wo condicione furtiva nicht mehr zutrifft¹⁵⁾. Dafür haftet dann aber auch der Erbe der Frau beschränkter als es in condicione furtiva der Fall wäre¹⁶⁾; nur darin daß er haftet, nicht darnach wie weit er haftet, steht er dem Erben des gemeinen Diebes gleich¹⁷⁾. Während der Ehe findet die (sichtlich der Scheidungen halber eingeführte) Klage schon nach Art der Fälle, für welche sie aufgestellt ist, nicht statt¹⁸⁾; gibt sie Justinian¹⁹⁾ behufs Regresses wegen entwendeter fremder (entlehnter, deponirter) Sachen noch während der Ehe — denn der Bestohlene soll jetzt zunächst stets wider den Gatten, dem geliehen sc. wurde, klagen —, so durchbricht er damit die ursprüngliche Anlage der Klage. Nach regulärem Rechte stehen dem Gatten während der Ehe wegen Entwendungen aus der Zeit vor der Ehe die condicione furtiva²⁰⁾ und wegen Entwendungen die binnen der Ehe, aber ohne den Grund oder den Erfolg der Scheidung geschehen, nur Vindicationen, gemeine Condictio[n]en oder de damno in factum actio zu²¹⁾.

14) I. 3 §. 3 D. h. t. 25, 2. l. 19 eod. — Labeo scripsit uxorem rerum amotarum teneri, etiamsi ad eam res non pervenerit. Bd. II §. 339 Ann. 14c. l. 21 §. 6 eod. vgl. die Flagformel bei Rudorff, Ed. perp. §. 121 (Ergänzung bei Lenel, S. 247 Ann. 1).

15) I. 19 D. h. t. cit. l. 20. l. 21 §. 1 eod. l. 52 §. 2 D. furtis 47, 2. l. 6 D. cond. furt. 13, 1. Bd. II §. 301 Ann. 15.

16) I. 3 C. h. t. 5, 21 — rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed quantum ad eos pervenit. — cf. l. 3 §. 4 D. h. t. 25, 2.

17) I. 6 §. 3 D. h. t. 25, 2: Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictio[n]is nomine ex causa furtiva. cf. I. 7 §. 2 D. cond. furt. 13, 1. Oben Bd. II §. 301 Ann. 15. 20. 21. Vgl. Puchta, Band. §. 426 und Rudorff daselbst Note d. Arndts, Band. §. 415. Baron, Band. §. 348 stellt die Beziehungen, in denen die actio r. a. als Delictsklage und als reine Schadensersatzklage erscheint, übersichtlich zusammen, nimmt aber mit Anderen Antinomie von I. 3 C. h. t. und I. 6 §. 3 D. h. t. cett. an. S. auch Baron, Condictio[n]en S. 257. 258. — Wie hier (Ann. 15—17) Czylharz, Dotalr. S. 348 Ann. 5.

18) vgl. I. 2 C. h. t. 5, 21.

19) I. 22 §. 4 C. furtis 6, 2.

20) I. 3 §. 2 D. h. t. 25, 2 — si (uxor) furtum fecit, vel nobis antequam nuberet . . . furtivam tantum condictio[n]em competere —. Vgl. Ann. 7 a. E. Die obige Einfügung der cond. furt. beruht auf einer benachbarten Marginalglosse des Verfassers.

21) I. 24. l. 25 D. h. t. 25, 2. Die Condictio ist ex iniusta causa:

Windscheid, Pand. §. 454 Anm. 24 behauptet, daß die Klage heutzutage unpraktisch sei. Allein diese Behauptung scheint auf der Annahme zu beruhen, daß rerum amotarum actio von der condictio furtiva „absorbirt“ werde. Nach obigem ist dies nicht der Fall²²⁾. I. 24 D. h. t. cit. dürfte von Klagen während der Ehe zu verstehen sein; I. 17 §. 2 eod. statuirt zwar einen Fall electiver Concurrenz (mit certi condictio), aber nur einen²³⁾; in dem der I. 19 cit. wäre condictio furtiva²⁴⁾ und in dem wo der Erbe nicht bereichert ist, wäre actio rer. amotarum nicht möglich²⁵⁾.

5. Der Grundsatz, daß „wahre und absolute Schenkungen“ unwiderruflich seien²⁶⁾, gilt zwischen Ehegatten nicht. Zwischen ihnen sind auch die „wahren und absoluten Schenkungen“ (nicht blos mortis causa donationes) widerruflich. Von der Widerruflichkeit²⁷⁾ der donationes inter virum et uxorem spricht noch die Oratio Severi in I. 32 §. 2 D. don. i. v. et u. (h. t.) 24, 1: Fas esse eum quidem paenitere —; ja von ihr geht die Milderung aus, welche dieses Ausnahmsrecht durch das

Bd. II §. 301 Anm. 18. I. 2 C. h. t. 5, 21. — Ist die Ehe durch den Tod des Mannes gelöst worden, so kann sein Erbe wegen des während der Ehe von der Frau Entwandten mit hereditatis petitio oder ad exhibendum actio oder condictio klagen: I. 6 §. 4. §. 5 D. h. t. 25, 2 cf. I. 22 §. 1 eod. Die hiermit vom Herausgeber geänderte Fassung der ersten Aufl. gab der Meinung Raum, daß die besagten Klagen dem Gatten zugeschrieben werden.

22) s. auch Bd. II §. 339 Anm. 14c—16.

23) Baron, Conditionen S. 259 betont, daß die condictio der I. 17 §. 2 cit. nicht die furtiva ist.

24) s. die Stellen und die Verweisung in Anm. 15. Freilich gibt Windscheid, Pand. §. 453 Anm. 5, indem er I. 6 D. cond. furt. 13, 1 und I. 53 §. 2 D. v. s. 50, 16 einander aufheben läßt, auch die condictio furtiva gegen den Gehülfen.

25) hier ist der Text der ersten Aufl. nach Maßgabe von Anm. 16 und 17 durch den Herausgeber corrigirt worden; Bedenken des Verf. geben sich in von ihm angebrachten Fragezeichen fund. Windscheid Pand. §. 454 Anm. 24 und §. 359 Anm. 14 hält an der Annahme eines Widerspruchs zwischen I. 3 C. h. t. 5, 21 und I. 3 §. 2 D. h. t. 25, 2 trotz des oben zu Anm. 17 Gesagten fest.

26) I. 35 §. 2 D. m. c. don. 39, 6 (illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur). I. 42 §. 1 in f. eod. §. 2 J. don. 2, 7. I. 6. I. 10. cf. II. 3—5 C. revoc. don. 8, 55 (56). I. 53 D. r. i. 50, 17.

27) vgl. zu dieser Widerruflichkeit das „Rüfttrittsrecht“, von welchem Krüger, Processual. Consumption S. 26 in Ansehung der lex Cincia spricht und Pollard, Schenkungswiderruf S. 37.

ebenerwähnte Senatusconsult erfuhr (l. 32 pr. eod.): widerufen soll nurmehr können der Gatte, der selbst geschenkt hat, nicht mehr sein Erbe²⁸⁾. Allein anderseits sind diese Schenkungen nicht blos widerruflich, sondern überdies verboten²⁹⁾ und zwar verboten mit der Wirkung einer lex perfecta, also nichtig, wiewohl das Verbot nur auf der Sitte beruht³⁰⁾. Statt blos widerruflicher Schenkungen liegen hier also besser überhaupt keine Schenkungen mehr vor, und die Wirkung obigen Senatusconsultes ist in der That kein bloßer Ausschluß des Widerrufs- oder Reurechts, sondern „Confirmation“ der an sich nichtigen Schenkung³¹⁾. Darnach wären die Ehegatten in Ansehung der Schenkungen vom gemeinen Rechte nicht sowohl befreit, als ausgeschlossen worden; nicht sowohl befreit von der Unwiderruflichkeit, als ausgeschlossen von der Möglichkeit der „wahren und absoluten“ Schenkungen.

Indessen fragt sich, ob nicht doch die Widerruflichkeit der Zweck dieses ganzen Rechtes, die Nichtigkeit ein bloßes Mittel zum Zweck, von „Prohibitionen“ und „Interdictionen“ erst nachträglich, nachdem die Nichtigkeit feststund, und gewissermaßen zur Erklärung derselben die Rede gewesen sei, — so daß auch dieses Recht immerhin als Immunität zu denken wäre³²⁾. Denn was zunächst die Möglichkeit eines solchen

28) l. 32 §. 2 cit.: „Fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse“.

29) l. 3 pr. §. 1. §. 10 etc. D. h. t. 24, 1: Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt — prohibitae donationes — interdictam i. v. et u. donationem. l. 6 eod.: non concessa donatio. l. 20 C. h. t. 5, 16: propter iuris civilis interdictum.

30) l. 1. l. 3 §. 10. §. 11. l. 5 §. 1. l. 48. l. 52 §. 1 D. h. t. 24, 1 — quo casu inter exterios condictio nascitur, inter maritos nihil agitur. l. 46 eod.: Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. — Ob hier von Nichtigkeit zu reden sei, erörtern die bei Höfmann in Grünhuts Zeitschr. VIII S. 299 Anm. 36 Genannten und Gradenwitz, Ungültigkeit oblig. Rechtsgeschäfte S. 197—200.

31) l. 32 §. 1 eod.: Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus —.

32) Gradenwitz, a. a. O. S. 197 meint, unter Berufung auf die obige Auseinandersetzung, „wirtschaftlich“ könne man sehr wohl die Ungültigkeit der Schenkung unter Ehegatten mit den Reurechten, die jedem Schenker zustehen, in Verbindung bringen. Allein hier oben sind die Schenkungen inter extraneos durch ihre Unwiderruflichkeit von denen unter Ehegatten juristisch unterschieden worden. Verbot und Nichtigkeit dieser letzteren Schenk-

Herganges anlangt, so ist nicht undenkbar, daß man sich für Nichtigkeit der Schenkung erklärt habe, um den Widerruf des Schenkers von den Schranken der bloßen Condictio³³⁾, oder eines sonstigen blos obligatorischen oder gar reinpersönlichen Revocationsrechtes zu befreien³⁴⁾. Was aber die Wahrscheinlichkeit anlangt, dürfte mehreres dafür, als dagegen sprechen. Vor allem wird uns so der Grund, warum Schenkungen unter Ehegatten nichtig sein sollen, klarer als es außerdem der Fall ist. Daß sie vornherein nichtig sein sollen, hat eine in sich und in den Quellen unsichere, wechselnde Begründung; Puchta geht von dem Ideal der Gemeinsamkeit (Band. §. 425)³⁵⁾, Plutarch mit Solon von den Verführungen in der Ehe und der damit zusammenhängenden Ausplünderung des Verführten aus (Plut. quaest. Rom. c. 7); wesentlich diesen letzten Standpunkt nimmt Pomponius nach Proculus, und Ulpian ein (l. 1. I. 31 §. 7 D. h. t.), wieder einen anderen Paulus nach Sextus Caecilius (l. 2 eod.); Justinian spricht in l. ult. §. 4 (pr.) C. don. a. n. 5, 3 von verschiedentlichen Ursachen; — für die Widerruflichkeit dagegen tritt sofort und entschieden jenes Moment in die Schranken, das Solon ausgesprochen haben soll, und von Proculus, Pomponius, Ulpian, endlich von Justinian in Nov. 74 c. 4 pr. in f. denn auch allein ausgesprochen wird: daß der verführerischen Gelegenheit

ungen ist nach G. das Primäre, worauf nötigenfalls der Widerruf zu gründen ist. Nach der hiesigen Darstellung ist die Widerruflichkeit das Primäre, die Nichtigkeit nur in den Dienst derselben gestellt.

33) Bd. II §. 303 Anm. 34. Die dort und von anderen dortselbst Genannten nebst Voigt, Condictioen S. 736—744, gezogenen Grenzen des ius poenitendi hat Gradenwitz, Interpolationen S. 146 fg. bei dem erneuten Versuch die condicatio propter poenitentiam als Compilatorenwerk aufzuweisen, unbeachtet gelassen.

34) C. de revoc. donat. 8, 55 (56) bez. l. 7. I. 10. cf. l. 5 §. ult. D. h. t. 24, 1 — hactenus revocatur donum ... ut si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus etc. Seine Zustimmung erklärt Hofmann in Grünhuts Zeitschr. VIII S. 287 Anm. 1 und S. 295 Anm. 23, womit aber seine eigene Ableitung aus der rechtlichen Unmöglichkeit der Schenkung in der Manusehe schwerlich vereinbar ist; denn dann bildet doch die Nichtigkeit den Ausgangspunkt.

35) zur Kenntnis und Kritik anderer Begründungen von Neueren und derjenigen der Alten s. Hofmann a. a. D. S. 288 fg. 296 fg. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 201—209.

zum Schenken, und damit zur Vergeudung seines Vermögens³⁶⁾. Folgerecht bezeichnete Proculus diese ganze Singularität als einen „Succurs“, der dem Schenker geleistet wird³⁷⁾; zum Unterschiede von der Windicta der donationis revocatio in C. 8, 55 (56) wird hier Niemand verfolgt, aber geholfen wirdemanden, dadurch daß man ihm ein dingliches, ursprünglich auch vererbliches Reu- und Widerrufsrecht in die Hand gab. Jetzt ergibt sich auch, daß und warum hier Schenkungen, welche den Schenker nicht ärmer machen, nicht gemeint sind³⁸⁾; gegenüber solchen Schenkungen hat der Schenker keinen Grund zum Widerruf und kein Bedürfniß nach Succurs. Allerdings kommt hinzu, daß die Schenkung überdies den Beschenkten reicher gemacht haben muß, wenn sie widerruflich sein soll³⁹⁾, so daß es den Anschein gewinnt, als ob noch etwas anderes als der Succurs für den Schenker zu der Nichtigkeit mitgewirkt — als ob nicht bloß Mitleid mit dem verarmenden Schenker, sondern auch einiger Neid gegen den sich bereichernden Beschenkten zu dem Verbote geführt habe. Allein näher betrachtet hängt doch auch das Erforderniß des Reicherwerdens mit der Absicht, dem Schenker ein Widerrufsrecht zu geben, aufs innigste zusammen. Denn gestattete man den Widerruf überall wo der Schenker ärmer geworden, mithin auch da wo der Beschenkte nicht reicher geworden, so machte man nun umgekehrt den Beschenkten ärmer, indem man der Verarmung des Schenkens vorbeugte. Soweit hat man das Widerrufsrecht unmöglich erstrecken wollen, oder dürfen. Daß der Schenker ärmer geworden sei, bildete darum den Grund, daß der Beschenkte nicht ärmer werde, die Grenze des Widerrufsrechtes; mit ihm, dem Gedanken des Widerrufsrechtes, hängt in Einem beides zusammen,

36) Nur sie schwiebte jenem westgotischen und castilischen Rechte vor, welches die Nichtigkeit auf ein Jahr nach der Hochzeit (quo magis fervet amor) einschränkte. Retes, de don. i. v. et u. cap. 1. Nro. 4 in Meermann, thes. VI p. 667.

37) I. 31 §. 7 cit. — in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait — .

38) I. 5 §. 16. §. 8. l. 25 D. h. t. 24, 1. Gegen die in I. 25 cit. gegebene Begründung der Entscheidung s. Windscheid, Pand. §. 178 Ann. 7.

39) ll. citt. I. 31 §. 9. l. 50 §. 1. l. 55 D. h. t. 24, 1.

das Erforderniß des Armerwerdens dort, und das des Reicherwerdens hier; trotzdem daß das Erforderniß des Reicherwerdens so fest steht wie das des Armerwerdens, können Paulus und Proculus⁴⁰⁾ das bloße Armerwerden als den Grund der Singularität hinstellen, und Proculus noch ausdrücklich befügen, daß man die Bereicherung dem Beschenkten wohl gönnen würde. Aus demselben Grunde kam es denn auch, daß der Beschenkte nicht blos im Momente der Schenkung, sondern auch in dem der Rückforderung noch bereichert sein muß, die Condemnation mithin auf die (zur Zeit der Litis-contestation) vorhandene Bereicherung beschränkt ist⁴¹⁾, ja nicht einmal auf die ganze Bereicherung geht, wenn diese den Verlust des Schenkers aus der Schenkung übersteigt und insoweit also aus etwas Anderem herrührt als aus dem Geschenke⁴²⁾.

Bildete dagegen irgend eine (nicht sicher zu bestimmende) Verwerflichkeit unserer Schenkungen den Ausgangspunkt ihres Verbotes und ihrer Nichtigkeit, so steht nicht nur diese althergebrachte, allem äußeren Anschein nach ursprüngliche Beschränkung der Nichtigkeit auf positiv ärmer und reicher machende Schenkungen ohne innere Begründung, sondern auch der historische Fortschritt von der anfänglich absoluten Nichtigkeit zu der eventuellen Giltigkeit des Senatusconsultes ohne genügende Vermittlung da. Warum soll eine principiell oder an sich nützige Schenkung dadurch aufleben, daß der Schenker stirbt? Ganz anders wenn die Nichtigkeit nicht primär, sondern nur im Gefolge eines Reurechtes da war; das ließ sich menschlicherweise auf die Seele des Schenkers zurückführen und auf sein Leben einschränken. Und in dieser Entwicklung stellt sich wie schon bemerkt das Senatusconsult selbst dar. Selbst als ein Product des Gewohnheitsrechtes endlich⁴³⁾ wird unser Ausnahmsrecht verständlicher, wenn das Widerrufsrecht der An-

40) I. 28 §. 2 in fin. D. h. t. 24, 1 — I. 31 §. 7 eod.

41) I. 5 §. ult. I. 57 in f. I. 7 pr. D. h. t. 24, 1. I. 17 C. h. t. 5, 16.

42) I. 28 §. 3. I. 15 §. 1. I. 16. I. 7 §. 3. I. 55 — non ultra id tamen — D. h. t. 24, 1.

43) I. 1 D. h. t. 24, 1: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.* —

fang und das Verbot bloße Reflexion war. Denn Rechte vornehmlich sind es, welche je älter desto mehr in der Gewohnheit wurzeln; Verbote sind sonst kein Erzeugniß der Gewohnheit, sondern der Gesetze⁴⁴⁾.

§. 494.

Fortsetzung.

I. Einige Schenkungen sind vornherein, also nicht erst durch das Senatusconsult und den Tod des Schenkers, auch unter Ehegatten gültig:

1. Wie schon bemerkt Schenkungen, durch welche entweder der Geber nicht ärmer, oder der Empfänger nicht reicher wird, mag es gleich sein, daß dieser außerdem ärmer würde¹⁾. Zu den Schenkungen dieser letzteren Art gehört namentlich auch die unentgeltliche Gebrauchseinräumung an Sachen, Arbeitern, Thieren²⁾. Daß überall hier keine Schenkungen mehr vorliegen, wäre zum mindesten dem Sprachgebrauch entgegen, während die Neigung, sie begrifflich von den Schenkungen auszuscheiden, allerdings schon im römischen Rechte vorliegt³⁾.

2. Mortis causa donationes, nach Gaius deswegen, weil sie perfect werden erst mit der Zeit, da Schenker und Beschenkter aufhören Gatten zu sein⁴⁾. Diese Motivirung gleicht einer Wortinterpretation: als ob die „Schenkungen unter Ehegatten“ in einem Gesetze verboten gewesen wären. Nach Proculus Sinn müßten diese Schenkungen gültig sein, weil der Schenker hier nicht noch bei seinen Lebzeiten, mithin überhaupt nicht ärmer wurde⁵⁾. Dazu kam, daß diese Schenkungen an und für sich schon nach gemeinem Rechte widerruflich waren (Bd. II §. 303 Anm. 34). Von der Richtigkeit der einfachen Schenkungen

44) Bd. I §. 20 Anm. 7.

1) l. 5 §. 8 (Begräbnisplatz). §. 13 (Ausschlagung der Erbschaft).

§. 14. §. 16. §. 17. l. 25. l. 31 §. 3. §. 9 D. h. t. 24, 1.

2) l. 28 §. 2. l. 31 §. 1. l. 18 eod. Oben §. 469 bei Anm. 40 u. 42.

§. 491 nach Anm. 7.

3) l. 31 §. 7 D. h. t. 24, 1 vgl. mit ll. citt. in Anm. 2 u. 1.

4) l. 9 §. 2 D. h. t. 24, 1. l. 10 eod. (Gai): quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.

5) l. 31 §. 7 eod. §. 1 J. don. 2, 7 — cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur —.

her scheint in die m. c. donationes unter Ehegatten wenigstens die Besonderheit aufgenommen zu sein, daß hier niemals mit dem Effecte sofortiger Eigenthumsübertragung geschenkt werden kann⁶⁾). Scheidung hebt diese Schenkungen auf, nicht auch Deportation⁷⁾). Dagegen sind

3. ferrierhin Schenkungen geltig, welche „in causam divor-
tii“ oder „deportationis“ oder „exilii“ gemacht sind. Von der erstenen heißt es aber ausdrücklich, daß sie um der bestimmten bevorstehenden Scheidung willen gemacht sein, und diese dann auch erfolgen müsse, wenn die Schenkung perfect sein soll⁸⁾. Daß diese Scheidung bona gratia geschehen müsse⁹⁾, folgt daraus, daß geschenkt wird; juristische Bedeutung hat dies nicht.

4. Was unter Unverbundenen die Sitte, Mitleid und Großmuth mit sich bringt, soll unter den Engstverbundenen um deswillen weil es Schenkung ist, nicht unmöglich werden¹⁰⁾. Trotzdem eine Vermögensminderung hier, eine Vermögensvermehrung dort erwächst sind also mäßige Festgeschenke, Brandsteuern, und die dem Manne zur Standesbesserung unentbehrliche Unterstützung geltig¹¹⁾.

Nicht mehr Schenkungen und deswegen unter Ehegatten möglich sind alle Zuwendungen, welche sich als Erfüllung auch nur einer Naturalobligation¹²⁾, oder einer Officialpflicht (officii necessitas) darstellen¹³⁾.

6) l. 11 pr. D. h. t. 24, 1: Sed interim res non statim fiunt eius cui donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insecura est —. Glück, Comm. Bd. 26 S. 52. Windisch, Pand. §. 509 Anm. 17. Aber l. 11 §. 1 eod. ist hiemit schwer vereinbar. Retes in Meerm. thes. I. c. cap. VIII §. 15. Glück a. a. D. S. 55 fg.

7) l. 11 §. 10. l. 62 §. 1. l. 13 §. 1 eod.

8) l. 9 §. 11 — l. 13 pr. eod.: Idem ait, si divorpii causa facta sit donatio valere: quae tamen sub ipso divorpio tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divorpii fiunt: sed si mors sit insecura, non videri factas res mulieris, quia donatio in alium casum facta est.

9) l. 60 §. 1 — l. 62 pr. eod.

10) l. 28 §. 2 eod. — et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.

11) l. 31 §. 8 l. 14. l. 40. l. 42 eod Bgl. Lotmar, über causa S. 71 al. 2.

12) l. 19 §. 4 D. don. 39, 5, vgl. Bd. II §. 220 Anm. 19.

13) — non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit. l. 21 pr. D. h. t. 24, 1. — non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii

Wirkliche und verbotene Schenkungen wurden von jeher nachträglich unwiderruflich durch den Untergang der geschenkten Sache¹⁴⁾. In dieser Richtung kam dem Beschenkten die Nichtigkeit der Schenkung zustatten; wäre er Eigentümer des Geschenkten und zur Rückgabe blos obligirt worden, so würde unter Umständen das periculum ihn haben treffen können: so nun aber manet res eius qui dedit, suamque rem perdit (l. cit. in Anm. 14). In sich zweifelhafter mag es gewesen sein, ob auch die Consumtion durch den Beschenkten den Widerruf ausgeschlossen habe¹⁵⁾; in dem mehrerwähnten Senatusconsult aber ward die Frage bejaht, von der Interpretation aber beigefügt, daß wenn aus der Consumtion eine Bereicherung übrig bleibe, die Unwiderruflichkeit und Confirmation der Schenkung erst aus dem Senatusconsult, d. h. erst mit dem Tode des Schenkens platzgreife¹⁶⁾.

II. Die Nichtigkeit trifft nicht blos Schenkungen der Ehegatten selbst, sondern auch die ihrer Gewalthaber und der mit ihnen in derselben Gewalt befindlichen Personen – sowie nicht blos die Schenkungen an die Ehegatten, sondern auch die an deren Gewalthaber und an die mit ihnen in derselben Gewalt befindlichen Personen¹⁷⁾; – sie trifft ferner auch Schenkungen, welche von Seite des einen Ehegatten an gewaltunterworffene

petantur. l. 21 §. 1 eod. l. 11 C. h. t. 5, 16. cf. l. 15 pr. l. 33 D. h. t. 24, 1. Oben §. 470 Anm. 5 und Bd. II §. 222.

14) l. 28 pr. D. h. t. 24, 1: Si id quod donatum sit perierit vel consumptum sit, eius qui dedit est detrimentum, merito quia —

15) Savigny, System Bd. 4 S. 64.

16) l. 32 §. 8 D. h. t. 24, 1: Quod ait oratio „consumpsisse“ sic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit: ceterum si factus est, orationis beneficium locum habebit. — Daß daneben l. 14 D. exhib. 10, 4 und l. 37 D. h. t. 24, 1 aus Versehen in die Compilation mit aufgenommen seien (Savigny, Syst. Bd. 4 S. 68 oben), scheint uns bezüglich der l. 14 cit. (insoferne statt auf die Bereicherung auf das Empfangene selbst soll geflagt werden können) glaublicher, als bezüglich der l. 37 cit.

17) l. 4 C. h. t. 5, 16. l. 32 §. 20. §. 21. l. 53 (wozu Cujas in Pap. lib. 4. resp.) cf. l. 60 pr. l. 3 §. 2. §. 5 – §. 8 D. h. t. 24, 1 – vorausgesetzt natürlich, daß es nicht Schenkungen sind, welche zwischen den Ehegatten selbst gültig wären (concessae donationes): l. 26 §. 1. cf. l. 32 §. 16 eod. Lotmar, über causa S. 147 zu fr. Vat. §. 269 gegen Czylarz, Dotalr. S. 72 Z. 11.

Personen des anderen geschehen¹⁸⁾; ob auch heute noch? wenn der Umstand, daß die Schenkung an solche Personen ja doch nur eine Schenkung an den Gatten selbst war, den Grund der Schenkung bildete, dann trifft diese Nichtigkeit heute nicht mehr zu¹⁹⁾, und nach I. 3 §. 4 cit. scheint dies allerdings der Fall gewesen zu sein. Aber die Schenkung an den Schwiegervater u. c. war verboten, ohne daß sie dem Gatten erworben war. Allerdings konnte dieser seinerzeit den Schwiegervater beerben²⁰⁾; allein andererseits war es ja nicht der Erwerb den man verfolgte (S. 794 Z. 6), geschweige denn der in der anderen Generation. Sollte man nicht davon ausgehen, daß zu Vergabungen an diesen ganzen Personenkreis in der Ehe nicht viel weniger Unlaß lag, als zu Schenkungen an den Gatten selbst, besonders wenn Schenkungen an den Gatten selbst verboten waren²¹⁾?

Daß etwelche Gaben Schenkungen des Gatten an den Gatten sein können, ohne daß von ihm oder an ihn gegeben wird, ist nichts besonderes²²⁾.

Nichtigkeit im juristischen Sinne des Wortes ist nur möglich wo die Schenkung in Rechtsgeschäften geschieht, nicht auch wo durch gemeine Handlungen; hier sind nur Rückforderungen möglich²³⁾.

III. Die Confirmation aus dem Senatusconsulste soll gleich der durch das Testament rückwirkende Kraft haben²⁴⁾. Frag-

18) I. 4 C. cit. I. 3 §. 3. §. 4 D. h. t. 24, 1: Secundum haec si mater filio, qui in patris potestate esset, donet, nullius momenti erit donatio, quia patri quaeritur —.

19) Savigny, System Bd. 4 S. 172. not. o. Windscheid, Pand. §. 509 Anm. 20. Oben §. 465 bei Anm. 5.

20) Savigny a. a. O.

21) vgl. §. 493 Anm. 35. 36.

22) I. 3 §. 12. §. 13. I. 4. I. 5 §. 3. I. 56 D. h. t. 24, 1. vgl. Bd. II §. 296 Anm. 9—11. §. 300 Anm. 28. §. 304 Anm. 44, oben §. 473 Ziff. 2 (Anm. 18—20). Savigny, Syst. Bd. 4 Beil. X. Totmar, über causa S. 102 fg. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 220—233. 239—247.

23) I. 5 §. 6 (non usus einer Servitut), §. 7 (Unterlassung der Abwehr einer exceptio) D. h. t. 24, 1. Andere Begründung bei Windscheid, Pand. §. 509 Anm. 23.

24) I. 25 C. h. t. 5, 16 (Justinian), wogegen Retes I. cit. cap. IX bef. §. 2 in fin., der die rückwirkende Kraft erst seit Justinian gelten läßt. Vgl. Windscheid, Pand. §. 83 Anm. 10 und s. auch dieses Lehrb. S. 1664 der 1. Aufl.

sicher ist, ob sie sich auch auf bloße Schenkungsversprechungen beziehe? I. 23 spricht ebenso sehr dagegen, als I. 32 §. 1. §. 23 D. h. t. dafür; und in unserer Literatur ist I. 23 so eindringlich und gründlich vertreten als I. 32 §. 1 cit.²⁵⁾. Eine kurze und treffende Kritik der beiderseitigen Erörterungen und die weitere Literatur s. bei Windscheid, Band. §. 509 Anm. 35²⁶⁾; treffend ist namentlich auch seine Bemerkung, daß der Zug des römischen Rechts auf Lockerung des Verbotes gehe; sie wird belegt durch die unglossirte Novelle 162. Ob aber die obligatio civilis der I. 32 §. 1 cit. nicht blos die durch Delegation erworbene Forderung war? ja nach dem damals geltenden (cincischen) Rechte allein sein konnte? Auch bezog sich das Senatusconsult zwar nicht allein (non solum), allein wie es scheint zunächst auf das quae uxoris nomine a viro comparata sunt (I. 32 §. 1 cit.), was den Gedanken an Forderungen aus Delegationen nahe legt.

25) in neuester Zeit zuerst von Wächter und Löhr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 16 Nr. IV und IX.

26) dazu aus neuester Zeit Gradenwitz, Ungültigkeit S. 249—256. Pollack, Schenkungswiderruf S. 30 Anm. 43. Dernburg, III Band. § 24 Anm. 16. Vgl. auch oben §. 465 Anm. 13.

Zweiter Abschnitt.

Die Vormundschaft.

Einleitung.

§. 495.

Sämmtliche Gewalten, welche zur Wehre von Personen bestehen, die von hausväterlicher Gewalt frei (*libera capita*), sich selbst zu wehren aber außer Stande sind¹⁾), umfaßt unser deutsches Wort „Vormundschaft“ — die römische Rechtssprache hat für sie kein allumfassendes Wort. Für eine Gattung derselben besteht oder bestund das Wort *tutela*, für die der anderen das Wort *cura*.

Den Hauptfall der „Vormundschaft“ bildet unsere Alters-Vormundschaft. Selbst hiefür hat die römische Rechtssprache kein einiges Wort. *Tutela* hieß auch die Geschlechtsvormundschaft; daneben gab es eine Altersvormundschaft die nicht tutela hieß (*cura puberum minorum* gegenüber der *tutela impuberum*). Von unserer Darstellung wird die Geschlechtsvormundschaft, weil sie wenigstens im röm. Rechte keine Wurzel mehr hat, ausgeschlossen bleiben, während wir die *cura minorum* mit unter der Altersvormundschaft zur Sprache bringen.

Endlich geht das Wort *cura* über unsre Vormundschaft, die gleich der väterlichen und eheherrlichen Gewalt wesentlich eine Gewalt über Personen bedeutet, hinaus, indem es auch bloße Güterpflegen, oder einzelne Zweige derselben bedeutet. Diese letzteren Fälle der *cura* (*cura bonorum* und *Special-*

1) *Die sui iuris, aber nicht suae tutelae* sind, oder noch nicht in *suam tutelam* gekommen sind: 1. 9 §. 1 D. adm. tut. 26, 7. 1. 5 §. 2 D. quib. ex caus. 42, 4. Mehrere Belege bei Voigt, XII Tafeln §. 110 Anm. 2.

curatelen) müssen so weit sie nicht schon in der Lehre vom Zweckvermögen zur Sprache gekommen sind (§. 447 fg., insonderheit §. 448 und §. 451 Ziff. 1) und das Vermögen blos von Privaten betreffen, noch nach der Lehre von der Wermundschaft eigens zur Darstellung gelangen (Abschnitt III).

Die Gründe weshalb etwelche Personen sich selbst nicht wehren (wahren, vertreten, defendere) können oder im ursprünglich deutschen Sinne des Wortes unmündig sind, gehen mehrfach auseinander. Der Hauptunterschied ist der, daß diese Unfähigkeit zum Theil von selbst vorliegt oder als von selbst vorliegend erachtet — zum Theil dagegen erst von Rechtswegen bewirkt oder geschaffen wird. So galten bei den Römern nicht nur die Unmündigen (impuberis, Geschlechtsunreifen), sondern in älterer Zeit auch die Frauen als an sich wehrlos²⁾, natürliche auch die furiosi³⁾; dagegen nicht so die puberes minores, geschweige denn die prodigi; letztere wurden erst durch einen gerichtlichen Bann ihrer bisherigen Wehrhaftigkeit beraubt⁴⁾, und auch die puberes minores erst durch Aufstellung eines Curators⁵⁾; und diese Aufstellung eines Curators hier und jener Bann dort waren keine Nothwendigkeit. In Betreff der prodigi gilt dieser Unterschied noch heute; die puberes minores dagegen werden zum Theil in Folge des Umstandes, daß im einheimischen Rechte die Mündigkeit häufig später eintrat als im römischen, nunmehr gleich den Unmündigen als von selbst wehrlos behandelt⁶⁾.

Fast scheint es, daß der Unterschied des Namens tutela und cura mit dem eben erörterten einer von selbst vorhandenen und einer erst zu schaffenden Wehrlosigkeit zusammenfalle. Allein die furiosi bekamen gleichwohl nur Curatoren. In Wirklichkeit also führte nicht schon die zwar von selbst, aber zufällig und

2) Gai. I, 144. Vgl. Bd. I §. 54 Anm. 41 fg. Voigt, XII Taf. §. 110 Anm. 14. 23 fg.

3) Bd. I §. 56 Ziff. 1.

4) Bd. I §. 56 Ziff. 3 mit den dortigen Verweisungen.

5) Bd. I §. 55 Anm. 4 fg. §. 57 Nr. 1. b.

6) Karrant, die Wermundschaft nach den Grundsätzen des deutschen R. Bd. I §§. 14 u. 15. Stobbe, deutsches Privatr. IV § 264, unten §. 514 Ziff. 1–3.

außerordentlicher Weise vorhandene Wehrlosigkeit (des Wahnsinns), sondern nur die generisch waltende des Alters und Geschlechts zu der wahrscheinlich ältesten, jedenfalls juristisch gepflegtesten aller römischen Vormundschaften, d. i. zur Tutel. Wir im Deutschen aber reden wie bemerkt überall gleichmäßig von Vormundschaft, so beliebt auch für die Vormundschaft über Wahnsinnige und Verschwender der Ausdruck „Curatel“ ist⁷⁾. So wird nach einander zu behandeln sein:

- I. die Altersvormundschaft —
- II. die Vormundschaft über Wahnsinnige und dgl. —
- III. die Vormundschaft über Verschwender.

I. Die Altersvormundschaft.

1. Tutela.

§. 496.

Begriff und Inhalt.

D. de tutelis 26, 1. J. eod. 1, 13.

Gleich im Namen bewährt die Tutel was wir oben (§. 495) als allgemeine Aufgabe jeder Vormundschaft bezeichnet haben; denn tutela bedeutet gleich tuitio und defensio¹⁾ nichts anderes als eine Wehre, Bewahrung, Behütung oder Vertheidigung. Auch die cura weist, wenn gleich unbestimmter, auf diese Aufgabe der Vormundschaft hin, während unsre Rechtssprache von der Gewalt (Mundium) ausgeht, welche dem Beschützer des Mündels zum Behuf seiner Wehre vom Recht eingeraumt ist.

Die Definition der Tutel aber bringt bereits beides zum Ausdruck: die Aufgabe oder den Zweck, und das Mittel. Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se de-

7) Sintenis, Civilr. §. 155 bei Ann. 1.

1) — appellantur tutores quasi tutores atque defensores — §. 2 J. h. t. 1, 13. — cum eius (sc. furiosae) ad eam (sc. matrem) iure non pertinuerit defensio. I. 4 i. f. C. cur. fur. 5, 70. Bgl. Voigt, XII Taf. §. 110 Ann. 4.

fendere nequit²⁾. Ja das Mittel oder die Gewalt ist in den Vordergrund gestellt — die Tutel ist eine Gewalt.

Um aber zunächst

1. die Person festzustellen, worüber diese Gewalt stattfindet, so versteht sich, daß unter caput liberum nicht blos der Freie gemeint sei, sondern verschieden von Gai. I. 166 und Ulp. XI. 5 der Freie, welcher keiner Hausgewalt unterworfen ist³⁾. Ferner hat die Stelle, so wie sie dasteht, nurmehr den Unmündigen (Bd. I §. 55. 2, a u. b) als das Object der Tutel im Auge: denn die Geschlechtstutel ist noch vor Justinian veraltet⁴⁾. Nach dem Buchstaben der XII. T. hätte der furiosus schlechthin, auch der unmündige, in Curatel sein müssen; das änderte die Interpretatio⁵⁾.

2. Der Grund weshalb diese Unmündigen in Tutel sind, lautet dahin, daß sie selbst (sponte) sich nicht zu wehren vermögen. An eine Wehrlosigkeit im Sinne des Krieges und der Waffen war in unserer Definition allerdings nicht gedacht; so wenig als die defensio, welche dem Pupillen durch den tutor zu Theil wird, mit Schild und Speer geschieht. Anderseits ist auch nicht an die bloße Unfähigkeit zu selbständiger Vertheidigung vor Gericht, sondern an die Unfähigkeit sich vor den Fährlichkeiten des Rechtes überhaupt zu schützen gedacht⁶⁾ — ein Zweig jener natürlichen Handlungsunfähigkeit der Unmündigen (Bd. I §. 55), welche einerseits zur rechtlichen Sanc-

2) I. 1 pr. D. h. t. 26, 1, vgl. §. 1 J. h. t. 1, 13 und Voigt a. a. D. Ann. 6.

3) Gai. I, 142 cf. liberas: I, 145 und Voigt a. a. D. §. 76 Ann. 5. I. 239 pr. D. v. s. 50, 16. — Danach kommt nicht einen Tutor der Unmündige haben, dessen Vater in Kriegsgefangenschaft, nicht ohne weiteres derjenige, dessen status im Streit war: I. 6 §. 4 D. h. t. 26, 1. I. 17 D. tut. et cur. dat. 26, 5. Wegen der Vormundschaft über die minderjährigen Hauskinder eines Wahnsinnigen, eines Verschwenders, oder eines Abwesenden s. Seuffert, Pand. §. 492 Ann. 5.

4) Rudorff, d. Recht der Vormundschaft Bd. I §. 60 unten.

5) I. 3 pr. D. h. t. 26, 1 — lex XII tabularum (nämlich V, 7 Dirksen) ita accepta est, ut ad pupilos vel pupillas non pertineat. Hierzu Bd. I §. 30 Ann. 9.

6) I. 10 D. adm. tut. 26, 7: Generaliter quotienscumque non sit nomine pupilli quod quisvis pater familias idoneus facit, non videatur defendi —. Bethmann-Hollweg, Rh. Museum f. Jurisprud. VI §. 222 unten u. fg. Oben §. 448 Ann. 7.

tionirung und Fixirung dieser Unfähigkeit selbst, anderseits zur Aufstellung der Tutel geführt hat.

3. Hiernach ist denn aber auch die Wehre, mit welcher der Tutor für den Pupillen eintritt, nur eine gegen die Fährlichkeiten des Rechtes und des Vermögens⁷⁾, nicht auch wider die des Leibes und der Seele. Der römische Tutor ist kein Erzieher⁸⁾, und kein Krankenpfleger, sondern als Tutor lediglich ein Rechts-Beistand oder Vorstand. Wohl heißt es personae, non rei vel causae datur (l. 14 D. test. tut. 26, 2), allein damit ist nur der Gegensatz des Ganzen gegen die Theile⁹⁾ — wohl ist er non rebus dumtaxat sed etiam moribus pupilli praepositus (l. 12 §. 3 D. adm. tut. 26, 7), allein damit ist nur ein Zweck, kein Bestandtheil seiner Gewalt oder seines Amtes überhaupt ausgedrückt. Er hat das Vermögen des Pupillen nicht rücksichtslos blos als Vermögen (res), sondern mit Rücksicht auf die Person, den Stand, die Sitte und den Brauch im Hause des Pupillen (mores) zu verwalten¹⁰⁾, darnach Geschenke, Honorare &c. zu bestimmen &c. (l. 12 §. 3 cit.); er hat Einfluß auf die Erziehung, insofern er das Vermögen des Pupillen in der Gewalt hat, er hat aber nicht die Erziehung selbst. Zu demselben Resultate führt uns auch die Betrachtung der tutelarischen Gewalt.

4. Die Gewalt, welche dem Tutor von Rechtswegen zusteht, findet statt in capite libero, wie wir wissen an einer Person, welche lediglich für sich selbst, Subject (sui iuris), nicht zugleich Rechtsobject (alieni iuris) ist. Darum kann diese Ge-

7) Rudorff a. a. D. I S. 32.

8) D. ubi pupillus educari vel morari debeat 27, 2. Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit S. 104 Anm. 1. Burckhardi, Arch. f. civ. Pr. VIII S. 164. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 220. Rudorff a. a. D. II S. 250. Bangerow, Pand. §. 263, gegen Mühlenbruch, Pandektr. §. 590 (jedoch mit Bezug auf RöD. Tit. 32 §. 3). Mackeldey, Lehrb. d. h. röm. R. 11. Aufl. §. 583 („nach neuem Recht“). Windscheid, Pand. §. 526 Anm. 3. Voigt, XII T. §. 110 Anm. 16.

9) cf. l. 12 D. eod. 26, 2: Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus — was nach Pernice, Labeo I S. 185 „genau denselben Widerspruch enthält wie die hereditis institutio ex certa re“. Vgl. auch die periculi societas unten in §. 503 bei Anm. 50.

10) vgl. auch oben S. 612 und S. 614, ferner unten §. 498 Anm. 33.

walt keinerlei Besitz- oder Gebrauchs-, Erziehungs- und Zuchtrecht, überhaupt keinerlei Art von Eigenthum an der Person oder dem Vermögen des Pupillen sein, etwa in der Weise, wie dieses die väterliche Gewalt noch heute ist (§. 457). Wenn immer außer dem Vater das Erziehungsrecht zusteht, es steht ihm nicht als ein privatives Recht oder Bruchtheil einer Privatgewalt, sondern als Ausfluß obrigkeitlicher Gewalt zu, wie denn in Rom die Verfügung ubi pupilli morentur, educentur, bei den magistratus ist (§. 459 g. E. S. 610/611). — Die Person, über welche die tutelarische Gewalt besteht, ist aber anderseits unmündig, wehrlos, nicht im Stande sich ihres Rechtes und ihrer Rechte überhaupt, oder ausreichend zu bedienen; darum gibt jene Gewalt die Macht zu allen den Handlungen, welche zur Defension des Pupillen im weitesten Sinne des Wortes nothwendig sind. Das ist eine Macht, welche bei der väterlichen Gewalt um eben deswillen, weil das Kind nicht *sui iuris* ist, entweder gar nicht¹¹⁾, oder in anderer Weise und aus anderen Gründen zum Vortheile kommt (§§. 463. 464).

Näher betrachtet ist die tutelarische Gewalt zunächst eine positive; der Tutor kann thun, was zur Defension des Pupillen nothwendig ist, sei es nun, daß er den Pupillen handeln läßt und ihm den dazu nöthigen Beistand gewährt (*auctoritatis interpositio*), oder daß er die nöthigen Handlungen selbst vornimmt (*administratio*)¹²⁾. Fernerhin ist sie von negativer Art, indem es in ihr liegt, dem Pupillen, welcher diese oder jene Handlung vorgenommen haben möchte, den dazu nöthigen Beistand zu versagen. Auf jenen positiven zweittheiligen Beistand der Gewalt geht die *potestas* — auf diese negative dem Pupillen durch den Sinn fahrende Gewalt die *vis* der Definition¹³⁾.

11) §. 10 J. inut. stip. 3, 19 — qui in parentis potestate est impubes, nec auctore quidem patre obligatur. I. 144 §. 2 D. v. o. 45, 1. Bd. I §. 55 Anm. 28. Eine „auctoritas“ des paterf. und des dominus zum votum des filiusf. und des servus in I. 2 §. 1 D. pollicit. 50, 12.

12) D. de auctoritate et consensu tut. et cur. 26, 8. C. de auctor. praestanda 5, 59. J. de auctor. tut. 1, 21. D. de administratione et periculo tut. et cur. etc. 26, 7. C. de administrat. tut. et cur. etc. 5, 37.

13) vgl. oben §. 451 Ziff. 2 (S. 568) und Gai. I, 192: *Sane pa-*

All' diese Gewalt ist ein Recht — ja wie in der väterlichen Gewalt steht auch hier die Rechtsseite der Gewalt im Vordergrund. Aber wozu der Tutor berechtigt und ermächtigt ist, dazu ist er nach der Art öffentlicher Rechte auch verpflichtet — auch seine Gewalt hat neben der Rechtsseite eine Pflichtseite; und diese tritt sofort in der Definition und auch sonst offener hervor als bei der väterlichen und eheherrlichen Gewalt (vis ac potestas ad tuendum eum etc.). Auch hier aber ist die Pflicht, nämlich die sofort mit der Tutel selbst vorhandene auf die gesammte Defension des Pupillen gerichtete Pflicht wenigstens von Haus aus und direkt keine obligatio, sondern officium¹⁴⁾; die Potestas des Tutors ist zugleich sein Officium.

Daß die Vormundschaft als Potestas („Vertretungs- und Verfügungsrecht“) nicht in das Obligationenrecht gehört, hat Windisch eid, Band. §. 432 Anm. 4 selbst anerkannt. Wenn er sie wie Buchta gleichwohl, zum größten Theile wenigstens, dem Obligationenrechte einverleibt, so röhrt dies daher, daß er gleich Buchta (Band. §. 332) in dem Verhältniß des Mündels zum Vormund nichts anderes erblickt als eine Obligatio. Unsererseits ist schon früher¹⁵⁾ unterschieden worden zwischen Verbindlichkeiten wie Schulden, welche erst nachträglich aus dem Verhältniß des Tutors zum Pupillen erwachsen oder erwachsen können, und diesem Verhältnisse selbst. Nur jene nachträglichen, quasicontractischen Verbindlichkeiten und Schulden sind von altersher und direct als Obligationen betrachtet und behandelt worden; späterhin wurde auch die sofort mit Delation der Tutel vorhandene Pflicht, wenn auch nur indirect, als

tronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur eo quod hi neque ad testamentum faciendum etc. auctores fieri coguntur —. Cic. pro Caec. 17: Si enim id, quod maxime voluit, nullo modo potuit: vis profecto quaedam obstiterit necesse est.

14) Gell. N. A. V, 13. Cie. pro Rosc. com. c. 6. Rudorff a. a. D. I S. 40. Wangerow, Band. §. 263 a. E. fr. Vat. §. 304. I. 8 D. h. t. 26, 1. 1. 1 §. ult. D. adm. tut. 26, 7. 1. ult. C. peric. tut. 5, 38. Voigt, XII T. §. 110 Anm. 9. Oben §. 455 Anm. 13. 15—17. 20 fg. Bd. II §. 322 Anm. 1 fg. Das officium ist mit der Tutel als vis ac potestas so gut vereinbar wie mit der patria potestas, vgl. §. 455 Anm. 22 u. 27 und §. 457, II.

15) Bd. II §. 322 und schon erste Aufl. S. 454 fg.

(obligatorische) Haftung behandelt. Stets aber blieb sie zugleich ein Officialverhältniß¹⁶⁾.

§. 497.

Auctoritatis interpositio.

D. de auctoritate et cons. tut. et cur. 26, 8. J. de auct. tut. 1, 21.
C. de auct. praest. 5, 59.

Ob auctoritatis interpositio nur als eine besonders ge-
staltete, nämlich nur in Präsenz der Handlung mögliche Voll-
macht¹⁾ zur Handlung, oder nebstdem als eine Verbeistandung
bei der Handlung zu denken sei, hängt von dem Grunde ab,
weshalb der Pupille jene Handlungen, zu denen er der tutoris
auctoritas bedarf²⁾, nicht allein vornehmen kann. Lag er in
einer bloßen Dispositionsbefreiung mithin bloß in der Be-
fürchtung, daß der Pupille sonst sein Vermögen vergeuden
könnte, dann bedeutete tutoris auctoritas gleich dem consensus
curatoris³⁾ eine bloße, wenngleich förmliche Vollmacht; lag er
dagegen in der tiefer greifenden Annahme, daß man in solcher
Jugend zum Selbsthandeln noch nicht reif, ein Selbsthandeln
also nur in ungefährlichen Handlungen zulässig sei, dann war
auctoritatis interpositio keine bloße Vollmacht; denn diese setzt
volle Handlungsfähigkeit voraus⁴⁾; sondern eine die mangelnde
Reife ersezende Verbeistandung. Man möchte nun zwar den
Umstand, daß Pupillen zu Geschäftsführern aufgestellt werden
und demnach für Dritte obligatorisch handeln können⁵⁾ für einen
Beweis ansehen, daß man sie nicht für handlungsunfähig hielt,
sondern nur ihr eigenes Vermögen vor ihnen sichern, sie
mithin nur dispositionsunfähig machen wollte; hiefür denn
auch anführen, daß die Regel meliorem quidem suam condicio-
nem licere iis facere etiam sine tut. auct., deteriorem vero
non aliter, nisi tut. auct. (pr. J. h. t. 1, 21) — vom Ver-

16) Mehreres hierüber bereits im Obligationenrechte: Bd. II §. 322,
weiteres unten §§. 500. 501.

1) vgl. §. 457 Anm. 16.

2) Bd. I §. 55 Anm. 26 f. Voigt, XII T. §. 110 Anm. 12. 13.

3) Bd. I §. 55 Anm. 7 f.

4) Bd. I §. 55 Text nach Anm. 10.

5) 1. 7 §. 2. l. 8 D. inst. act. 14, 3.

mögen des Pupillen ausgehe. Indessen will gleich diese letztere Regel nicht besagen, daß der Pupille alle unschädlichen Handlungen allein vornehmen könne; denn zu solennen Handlungen bedarf der Pupille der Auctorität, wenn sie gleich bloße Erwerbshandlung ist⁶). Ferner kann eine Testamentserrichtung dem Pupillen nicht schaden, der Pupille sie gleichwohl, selbst tutoris auctoritate nicht vornehmen. Endlich kann der Pupille Dritte obligiren nicht als ob er völlig handlungsfähig wäre, sondern, trotzdem daß er es nicht ist, weil ihn der Geschäftsherr erwählt hat⁷).

An der Seite des selbsthandelnden Pupillen (in solennen, streitigen und onerosen Handlungen) ist der eigentliche Platz des Tutors. Denn nicht nur, daß er gerade in dieser Stellung buchstäblicher und zutreffender als in jeder anderen die Wehre, fast drängt es zu sagen, den Schildträger (Gerhab) des Pupillen bildete, administriren kann auch ein anderer, auctoriten nur der Tutor⁸). Allein neben dem Infans, der erst spät und nur für Einen Fall zu eigener Handlung zugelassen wurde⁹), war diese Stellung des Tutor ordentlicherweise nicht möglich, und doch war für ihn die Tutel so sicher und nothwendig da wie für den impubes infantia maior. Wenn es darum auch sein mag, daß der Tutor indem er administriert nur „die Funktionen eines Curators“ hat¹⁰), so gehören diese Funktionen doch so nothwendig zur Alterstutel, nicht nur über den infans, sondern auch über den infantia maior, daß sie dem Tutor nur in Fällen abgehen, wo seine Tutel selbst in Frage steht¹¹).

Auffallen könnte sogar, daß der Tutor nicht lediglich Administration hat. Denn wo zu, wenn er Administration hat und also allein handeln kann, jenes Miteinanderhandeln?

6) I. 19 D. h. t. 26, 8. cf. §. 1 J. h. t. 1, 21. Bd. I §. 55 Anm. 26. 27.

7) I. 7 §. 2 D. inst. act. 14, 3: Pupillus autem institor obligat eum, qui eum proposuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit. Bd. I §. 55 a. E.

8) I. 19 D. h. t. 26, 8. I. 17 §. 1 D. app. 49, 1. Rudorff, Vormundschaft I §. 38. Vgl. auch oben §. 496 Anm. 11 a. E. und Bd. I §. 55 Anm. 10.

9) Bd. I §. 55 Anm. 18 fg.

10) Rudorff a. a. D. I E. 37 unten.

11) I. 17 §. 1 cit.

Indessen lag in der administrandi potestas bekanntlich nicht auch schon die Macht einer allseitigen und unmittelbaren oder vollkommenen Vertretung des Pupillen; Actionen, Contracte, hereditatis aditio, mancipatio, in iure cessio, vor Zeiten scheint es selbst Traditio und Besitzerwerb waren für und wider die Person des Pupillen unmittelbar nur durch den Pupillen selbst möglich; wo das Interesse des Pupillen oder das des Tutors es verlangte, daß diese Handlungen stattfänden und daß sie unmittelbar für oder wider den Pupillen stattfänden, war Selbsthandlung des Pupillen und auctoritatis interpositio eine Nothwendigkeit¹²⁾.

Hieraus erhebt, warum dieses Ding der auctoritatis interpositio bei uns nicht eingebürgert ist¹³⁾. Nur zu Verlöbnissen¹⁴⁾ ist noch heutigen Tages das eigene Wollen des Unmündigen nöthig¹⁵⁾; allein schon nach römischem Rechte braucht sich dieser Wille nicht in eigener Handlung auszudrücken, kann also der Tutor anstatt des Pupillen die Handlung vornehmen¹⁶⁾, und kommt bei Verlöbnissen anstatt einer auctoritas tutoris umgekehrt ein consensus des Pupillen vor¹⁷⁾, der freilich auch in bloßem Stillschweigen liegen kann¹⁸⁾. Daß umgekehrt der Wille des Unmündigen ohne den Tutor nichts hilft, dürfte wohl nicht zu bezweifeln sein¹⁹⁾.

12) Näheres bei Windscheid, Band. §. 442 Anm. 2.

13) Kraut, Vormundschaft II S. 115, vgl. Rudorff, a. a. O. II S. 318 Anm. 32. Ubbelohde, Handlungsfähigkeit des Prodigus (Grünschts Zeitschr. IV S. 720 fg.), der den Pupillen consensu tutoris d. h. mittelst des Pupillen den Vormund handeln läßt. — Die tutoris auctoritas wird Bd. I S. 4 als ein nicht zuvor schon heimisches und darum auch durch die Reception nicht aufkommendes Institut angeführt.

14) und zu Arrogationen: Bd. I §. 55 Text nach Anm. 35.

15) I. 14 D. spons. 23, 1 — si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis. cf. e. 1. c. 4. c. 7. c. 8 X. de desp. impub. 4, 2. Bd. I §. 55 Anm. 37.

16) I. 6. arg. I. 15 D. spons. 23, 1.

17) I. 7 §. 1. I. 11. I. 14 eod.

18) arg. I. 12 pr. eod.

19) argg. I. 6. I. 7 §. 1. I. 15 eod. I. 1 C. nupt. 5, 4. Ulp. XI, 22. Glüdf, Comm. Bd. 23 S. 58 Anm. 64. d' Avezan, de matrim. cap. 20 in Meerm. Thes. IV p. 337.

§. 498.

Administrandi potestas¹⁾.

D. de administratione et peric. tut. 26, 7.

C. de administratione tut. 5, 37.

Verschieden von der „Administration der Tutel“²⁾, in welcher auctoritatis interpositio mitinbegriffen ist, ist die rerum administratio, welche dem Tutor als ein Zweig seines Amtes und seiner Vollmacht zusteht, und der auctoritas tutoris entgegengesetzt ist³⁾.

Diese rerum administratio besteht, wirtschaftlich betrachtet, in Geschäften, welche das Vermögen des Pupillen erhalten⁴⁾, fruchtbringend machen und vermehren⁵⁾ so wie verwenden sollen⁶⁾. Donandi potestas ist ausgeschlossen⁷⁾.

Als bloße Erhaltung des Vermögens heißt sie custodia, als Anlegung und Vermehrung plena rerum administratio⁸⁾.

Juristisch besteht sie in Geschäften die des Pupillen⁹⁾, für den Tutor also aliena negotia sind¹⁰⁾, nichts destoweniger vom Tutor, und zwar von diesem allein, also stellvertretend geführt werden, nach römischem Rechte jedoch nur theilweise

1) vgl. §. 448 bei Ann. 15.

2) §. B. I. 1 pr. D. h. t. 26, 7: Gerere atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet.

3) vgl. Rubr. D. h. t. mit D. 26, 8 bei §. 497 und Bd. II §. 322 Ann. 13a.

4) I. 7 §. 1 (distractio earum rerum, quae tempore depereunt). I. 30 (non indefensum pupillum relinquere) D. h. t. 26, 7. cf. I. 1 §. 21 D. ventre in poss. 37, 9.

5) I. 7 §. 3 (post depositionem pecuniae comparare praedia). §. 11 (pecuniam collocare); I. 9 pr.; I. 12 §. 4; I. 13 §. 1. I. 58 pr. (negotium exercere) eod. -- „jedoch ohne das Risiko von Spekulationen“: Dernburg, Band. III §. 49 Ann. 1 unter Berufung auf I. 47 §. 6 eod., mit welcher I. 58 pr. cit. zu vergleichen ist.

6) I. 12 §. 3 cf. §. 2 13. B. mercedes praceptoribus constituere, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris praestare, sollemnia munera parentibus cognatisque mittere). I. 13 pr. §. 2 D. h. t. 26, 7. I. 1 §. 7—§. 9 D. tut. et rat. distr. 27, 3. I. 23 C. h. t. 5, 37. I. 9 §. 5 D. h. t. 26, 7.

7) I. 16 C. h. t. 5, 37 — cum itaque donare nulla ratione res eorum quorum administrant negotia potestatem habent —. I. 22 cf. I. 13 §. 2 D. h. t. 26, 7; unten Ann. 33.

8) I. 48 D. h. t. 26, 7. Vgl. oben §. 461 Ann. 19.

9) vgl. Bd. II §. 321 Ann. 17 fg.

10) §. B. I. 2 D. quando ex facto 26, 9.

mit der Wirkung einer unmittelbaren oder vollkommenen Stellvertretung geführt werden konnten, zum anderen Theile also vom Tutor persönlich auf sich genommen werden müssten. Nur als vollkommene Stellvertretung ist die Administration ein Zweig jener definitionsmäßigen tutelarischen potestas, Vollmacht im engeren Sinn des Wortes, rechtliche Macht; um eines Anderen Geschäfte mit blos mittelbarer Wirkung für diesen zu führen, bedarf es keiner Vollmacht (§. 321). Während aber die Uebernahme fremder Geschäfte sonst Sache des freien Willens zu sein pflegt, ist sie hier Sache der Pflicht, auch nicht selbstgewollter Pflicht (Mandat), sondern höherer Nothwendigkeit¹¹⁾.

Unmittelbarer Stellvertretung mächtig war auch der Tutor nur im Erwerb und in der Veräußerung des Besitzes sowie der durch Besitz erwerblichen Rechte, insoweit des Eigenthums¹²⁾, wahrscheinlich auch aller quasipossessorisch erwerblichen anderweitigen dinglichen Rechte; und im Empfange von Zahlungen¹³⁾. In Gemässheit des Grundsatzes, daß im animus des Besitzerwerbes keine Stellvertretung gelte¹⁴⁾, wäre selbst auf dem Gebiete des possessorischen Rechtserwerbes keine unmittelbare Stellvertretung durch den Tutor möglich gewesen; statt dessen ließ man sie auch noch in der zur Usucaption erforderlichen bona fides zu¹⁵⁾. Dagegen bewahrt pignoris obligatio ihre

11) 1. 20 pr. C. neg. gest. 2, 18 (19): *Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem muneric necessitas administrationis finem, huic autem propria voluntas facit* —. Bd. II §. 321 Anm. 2.

12) 1. 1 §. 20 D. a. v. a. p. 41, 2. 1. 3 C. a. v. r. p. 7, 32. Bd. I §. 55 Anm. 19 fg. §. 140 Anm. 1 fg. 1. 13 §. 1 D. a. r. d. 41, 1. cf. Gai. II, 95. 1. 12 §. 1 D. h. t. 26, 7. 1. 35 D. a. r. d. 41, 1, vgl. Bd. I §. 151 und Scheurl, §. 2. v. röm. Besitzr. (Weitere Beiträge II) S. 122—126.

13) 1. 17 §. 2 D. de iure iur. 12, 2 — nam et alienare res et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt. 1. 49 D. solut. 46, 3. arg. 1. 7 §. 3 D. cur. fur. 27, 10; in diesem Betreff siehe die Cautei in §. 2 J. quib. alienare licet v. n. 2. 8 — ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia iudicialis sine omni damno celebrata hoc permittat — (ex suggestione Triboniani, ad advocationes Caesareenses), unten §. 499 Anm. 28 und Bd. II §. 290 Anm. 52.

14) 1. 3 §. 12 D. a. v. a. p. 41, 2. Bd. I §. 140 Anm. 1.

15) Bd. I §. 161 Anm. 29.

wahrhaft obligatorische Natur sofort dadurch, daß sie der Tutor in alleiniger Handlung nur für sich begründen konnte¹⁶); wie denn auf dem Gebiete der Obligationen überhaupt unmittelbare Stellvertretung für den Tutor passiv so wenig möglich war als für irgend wen, aktiv so wenig als für sonstige nicht unterthänige Personen¹⁷). Selbst sein pactum (de non petendo), hatte nicht als solches, sondern nur vermittelst der doli exceptio — sein iussum (als Vollmacht zu Passivcontracten mit Slaven des Pupillen) nur unter der Voraussetzung, daß zum Nutzen des Pupillen gehandelt war, unmittelbare Wirkung auf diesen¹⁸), der Aufstellung eines Prokurators war er, merkwürdigerweise, gar nicht mächtig¹⁹), während die prae-positionio der Institoren und Schiffscapitäne rc. (die freilich kein bloßes iussum zu Contracten war), für den Pupillen so vollverbindlich wurde, wie wenn dieser selbst präponirt hätte²⁰). Auch die der Klagestellung und Defensio entstehenden Obligationen trafen grundsätzlich den Tutor, wie jeden anderen Stellvertreter²¹); allein im Defensionsfalle trat auch hier die Modification ein, daß die actio iudicati vom Tutor ab und gegen den Pupillen gerichtet werden mußte, wenn nicht jener ohne Noth anstatt bloßer Auctorirung die Defension auf sich genommen, mithin liti sich offerirt hatte²²); ja fast scheint es,

16) — et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur — I. 11 §. 6 D. pign. act. 13, 7. Bd. II §. 354 Anm. 23—25.

17) I. 38 §. 17. I. 126 §. 2 D. v. o. 45, I. 1. 9 §. 8 D. reb. cr. 12, 1 und dazu m. fr. Blätter Pro 2. S. 24 b, sowie oben Bd. II §. 296 Anm. 11; I. 9 pr. I. 16 D. h. t. 26, 7. I. 2 C. quando ex facto 5, 39; I. 2 D. eod. 26, 9. I. 4 C. eod. 5, 39; I. 5 §. 9. cf. §. 7 D. pec. const. 13, 5; I. 6 D. contr. tut. 27, 4. I. 5 §. 1 D. o. et a. 44, 7 — pro eo fuerit obligatus —; I. 4 §. 1 D. evict. 21, 2. I. 3. cf. I. 4 (cit.) C. quando ex facto 5, 39. I. 4 C. si tutor vel cur. 2, 24 (25); I. 14 §. 3. I. 15 D. pec. const. 13, 5. I. 6 §. 4 D. confessis 42, 2. Wegen der Haftung des Mündels aus vom Vormund bei der Administration begangenen Widerrechtlichkeiten s. Seuffert, Pand. §. 502 Anm. 3 und dasselbst Genannte.

18) I. 15 cf. I. 10 §. 2 u. fgg. I. 28 §. 1 D. pact. 2, 14; I. 44 eod. I. 59 D. h. t. 26, 7; I. 2 pr. cf. I. 1 §. ult. D. quod iussu 15, 4. Wegen acceptilatio durch den Tutor s. I. 13 §. 10 D. accept. 46, 4.

19) I. 24 pr. D. h. t. 26, 7, unten §. 520 nach Anm. 4, wohl auch nicht der concessio peculii: vgl. Bd. I §. 55 Anm. 30.

20) I. 5 §. ult. D. inst. act. 14, 3. cf. I. 1 §. 16 D. exerc. act. 14, 1.

21) Gai. IV, 86. 87.

22) I. 2 pr. D. h. t. 26, 7.

dass man den Tutor endlich niemals mehr als einen liti se offerens erachtete, actionem iudicati mithin stets von ihm ablenkte²³⁾. Desgleichen fand translatio iudicii auf den Pupillen statt, wenn dieser noch während des Processees mündig wurde²⁴⁾. Die Anforderung (Bd. II §. 272), mit ihrer blos perpetuirenden oder schulderhöhenden Wirkung war für und wider von je durch Stellvertretung, und namentlich durch Tutoren möglich²⁵⁾.

— Hereditatis aditio schien ursprünglich der Stellvertretung überhaupt unzugänglich²⁶⁾, dem Pupillen also nur auctoritate tutoris möglich²⁷⁾; für den infans kam hier aber eine wie durch den paterfamilias so durch den Tutor auf²⁸⁾. Der Erwerb der bonorum possessio dagegen ist der Stellvertretung so zugänglich, wie possessio, darum dem Tutor möglich²⁹⁾; ihrer Ausschlagung dagegen war er nicht schlechthin mächtig³⁰⁾. Wenigstens so weit als hereditatis aditio muß dem Tutor auch die Annahme eines Universalfideicommisses durch eigene Handlung möglich geworden sein³¹⁾; auch der Antrittszwang,

23) I. 2 pr. cit. „semper“ I. 4 pr. §. 1 D. re iud. 42, 1. Wegen der Entwicklung der proceessualen Vertretung des Mündels durch den Tutor s. M. Rümelin, 3. Gesch. d. Stellvertretung im röm. Civilpr. §. 17. Hrsg. a. über das lege agere pro tutela §. 5.

24) I. 26 §. 3 C. h. t. 5, 37 — post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri. I. 28 pr. D. h. t. 26, 7.

25) I. 24 D. v. o. 45, 1. l. 3 §. 10 D. statul. 40, 7. Bd. II §. 272 Anm. 5. 15. 18—20. Hierin stehen novatio und iurisurandi delatio der Anforderung gleich: I. 20 §. 1 D. nov. 46, 2. l. 22 D. h. t. 26, 7. l. 13 §. 10 D. accept. 46, 4. l. 17 §. 2 D. iureiur. 12, 2.*

26) I. 54 pr. D. a. r. d. 41, 1. cf. I. 90 pr. D. a. v. o. h. 29, 2. Oben §. 189 (§. 394 Anm. 25).

27) I. 67 (65) §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 — (infans) pro herede tuteure auctore gerere posse videtur — I. 9 §. 3 D. auct. tut. 26, 8. l. 18 §. 4 C. iure delib. 6, 30. Näheres oben §. 189.

28) I. 18 pr. §. 3 C. iure delib. 6, 30. Oben §. 189.

29) I. 3 §. 7. l. 8. l. 11 D. bon. poss. 37, 1. l. 67 (65) §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 (sive de bon. poss. agitaretur, peti ei per tut. posset) und oben §. 188 (§. 394 Anm. 25).

30) I. 8 cit. l. 11 D. tut. auct. 26, 8. Wegen „Abstinenz“ des Pupillen von der väterlichen Erbschaft durch den Vormund s. I. 15 §. 9. l. 17 D. locati 19, 2. l. 67 §. 6 D. ritu n. 23, 2. l. 3 §. 17 D. susp. tut. 26, 10. l. 4 §. 1 C. arb. tut. 5, 51 und vgl. oben §. 393 Anm. 5. 12.

31) vgl. I. 67 (65) §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 — eo quod fari non potest, non magis ea res impedietur — mit I. 9 §. 4 D. tut. auct. 26, 8 und I. 38 (37) §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1.

nach dem Rechte des Senatusconsultes nur auctoritate tutoris möglich, ist für den infans durch den alleinigen Tutor möglich geworden³²⁾.

In den Schranken der Stellvertretung und in dem wirthschaftlichen Begriffe der Administration liegt eine natürliche Begrenzung dieser tutelarischen Vollmacht. Ihrem wirthschaftlichen Umfange nach ist sie zwar wie geschenen keine bloße custodia, sondern plena rerum administratio, auch auf Verwendung und Vermehrung des Vermögens gerichtet (vgl. Anm. 7); weil aber auch, und vor Allem, Erhaltung, enthält sie keine donandi potestas (Anm. 7). Zu Geschenken freilich, welche die Sitte und der Brauch des Hauses mit sich bringen, reicht unsere Vollmacht noch aus: denn sie besteht nicht abstract, als eine bloße Verwaltung des Vermögens als Vermögens, sondern als eine Vermögens-Verwaltung, welche einen Zweck außerhalb ihrer selbst, welche der Person, der Erziehung, dem Stand und der Ehre des Pupillen Vorschub zu leisten und zu dienen hat³³⁾. Aus eben diesem Grunde muß die Vollmacht umgekehrt versagen, wo der Tutor nicht bona fide, d. i. nicht für den Pupillen, sondern für sich oder Andere von derselben Gebrauch machen möchte³⁴⁾; Entwendungen, Unterschlagungen fallen ohnedies außer den Begriff der Verwaltung³⁵⁾. Bei der Gasse des Pupillen sich selbst ein Anlehen zu nehmen, ist dem Tutor möglich und verstößt eben so wenig gegen jene bona fides, als sich selber zu zählen, vorausgesetzt nur, daß er das Anlehen in Rechnung bringt³⁶⁾; Pupillengelder dagegen

32) I. 67 (65) §. 3 cit. — heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem.

33) oben §. 496 Anm. 10; I. 12 §. 3. §. 2 D. h. t. 26, 7 (Anm. 6). I. 1 §. 2. §. 4. §. 5 D. tut. et rat. distr. 27, 3; vgl. oben §. 492 Anm. 45. 46. 51.

34) I. 12 §. 1 D. h. t. 26, 7. I. 16 pr. D. pign. act. 13, 7. I. 20 §. 1 D. nov. 46, 2. I. 22 D. h. t. 26, 7.

35) I. 7 §. 3 D. pro empt. 41, 4 — cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat; vgl. I. 5 (6) §. 5 (3) D. neg. gest. 3, 5. I. 33 D. furtis 47, 2.

36) I. 9 §. 7 D. adm. tut. 26, 7. M. Rümelin, Selbstcontrahiren des Stellvertreters S. 122 fg., S. 159 fg., insbesondere von den Voraussetzungen der einseitigen Darlehensaufnahme S. 164 fg. Die Selbstzahlung ist für vor Uebernahme der Vormundschaft bestehende Schulden durch Nov. 72 c. 1. 2 u. 3 aufgehoben worden, da diese den Gläubiger von der Vormundschaft ausschließt (unten §. 505 a. E.) und ihn, falls er seine

ohne dies für sich zu verwenden (in usus suos vertere), ist zwar nicht schon an und für sich Unterschlagung (furtum)³⁷), dagegen an und für sich bereits Mißbrauch der Vollmacht, und darum anstatt sonstiger Strafe dem „höchsten“ Zins unterworfen³⁸), soweit die Verwendung zum eigenen Gebrauch nicht durch Verwendung von eigenem Geld in den Nutzen des Pupillen gedeckt ist³⁹). Sachen des Pupillen an sich selber zu verkaufen liegt wieder außerhalb der Vollmacht, gleichviel ob der Tutor selbst auch als Käufer erscheint, oder durch eine Zwischenperson kaufst; denn hierin liegt eine Vermengung seines eigenen Interesses mit dem des Pupillen und darin mala fides⁴⁰); liegt das Gegentheil einer mala fides zu Tage, wie wenn der Tutor öffentlich versteigert oder versteigern lässt und dabei selbst steigert oder steigern lässt, so ist der Kauf gültig⁴¹). Daß Curatoren und Tutores (selbst nach Endigung der Vormundschaft oder Curatel) sich keine Forderungen wider den

Gläubigerschaft verschweigend Vormund geworden ist, seiner Forderung verlustig erklärt. Die Unzulässigkeit der Selbstzahlung von nach der Übernahme der Vormundschaft erworbenen Forderungen ist aus Nov. 72 c. 2 zu folgern, da im Fall solchen Erwerbs ein Vormund beizutragen ist (unten §. 519 Anm. 5). Rümelin S. 215 entnimmt der Nov. cit. auch die Unzulässigkeit der einseitigen Darlehenaufnahme durch den Vormund. S. auch Windscheid, Pand. §. 440 Anm. 8 und unten Anm. 41 g. E.

37) wogegen Rudorff, Vormundschaft II S. 475 fg., vgl. unten §. 501 Anm. 12 und s. auch Rümelin a. a. D. S. 71 Abs. 1. S. 75 Abs. 4.

38) 1. 7 §. 4. 1. 54 D. h. t. 26, 7. 1. 1 C. usur. pupill. 5, 56. 1. 37 (38) D. neg. gest. 3, 5 — licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiciuntur. Bd. II §. 244 Anm. 19 unter 1. a und Rümelin a. a. D. S. 73.

39) 1. 3 §. 3 D. contr. tut. 27, 4. Rümelin a. a. D. S. 77 Abs. 2.

40) 1. 5 §. 2. §. 3. §. 6 D. auct. et cons. 26, 8, vgl. 1. 26 C. adm. tut. 5, 37. S. auch die regula iuris civilis in l. 1 pr. eod.: in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, Anwendungsfälle und Deutung derselben bei Rümelin a. a. D. S. 44 Anm. 1 und im dort Folgenden; ferner über das Verbot des Kaufs von Mündelsachen durch den Vormund dortselbst S. 171—180. S. 210—213. S. auch unten §. 519 Anm. 2 fg. und zu 1. 5 §. 3 cit. Bd. I §. 161 Anm. 4.

41) 1. 5 §. 4. §. 5 eod. 1. 2 §. 8 D. pro empt. 41, 4. 1. 5 C. contr. empt. 4, 38. Vgl. übrigens l. 34 §. 7. 1. 46 D. c. e. 18, 1. 1. 47 §. 6 D. adm. tut. 26, 7. 1. 2 §. 1 D. adm. rer. ad civ. pert. 50, 8. „Die näheren Voraussetzungen des selbstcontrahirten Auktionskaufs“ bezeichnet Rümelin a. a. D. S. 180—196, hier soll nur Naturalkauf zulässig sein, dagegen im Fall der Buziehung eines Auktionsators auch der Consensual-

Mündel können cediren lassen⁴²⁾, ist keine Beschränkung ihrer administrandi potestas.

Außer diesen natürlichen gibt es aber noch positiv=gesetzliche Schranken der administrandi potestas (§. 499).

§. 499.

Verwaltungsvorschriften und Oberwormundschaft.

Von außen sind der administrandi potestas Schranken gezogen

1. durch gewisse gesetzliche Verwaltungsvorschriften. Solche gesetzliche Schranken sind:

a. die auf einer oratio Severi beruhende gesetzliche Veräußerungsbeschränkung (D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, non alienandis 27, 9. C. 5, 71—74). Diese nimmt dem Tutor die Macht, gewisse Vermögensstücke (praedia rustica vel suburbana)¹⁾ ohne obrigkeitliches Decret zu veräußern und zu verpfänden, veräußern oder verpfänden zu lassen, es wäre denn, daß eine lehzwillige Ermächtigung von Seite des Vaters, oder ein Veräußerungszwang aus Anlaß einer Theilungsfrage, pignoris exsecutio, litis aestimatio und Urtheil r. vorläge²⁾. Nach dem wechselnden Stande volkswirthschaftlicher Ansichten³⁾, nach Würdigung auch noch von anderen Werthen als Geldwerthen ward die Beschränkung von den praediis rusticis und suburbanis auf alle werthvolle-

tauf: §. 198. Es ist nicht stricte Interpretation, die er in anderer Hinsicht hier befürwortet (§. 216), wenn Rümelin §. 215 wegen Nov. 72 eit. sagt: „Was den Baarkauf in der Auktion betrifft, so dürfte derselbe im Sinne Justinians auszuschließen sein.“ Uebrigens dürfte nach R. S. 216 „die Bestimmung der Nov. . . . in ihrer ganzen Tragweite durch gemeinses Gewohnheitsrecht beseitigt sein.“

42) Nov. 72 c. 5, oben Bd. II §. 285 Anm. 29.

1) — suburbanum, quod ab urbanis non loco, sed qualitate seceruitur — l. 16 pr. C. h. t. 5, 71. Zur Motivierung s. Dernburg, Band. III §. 50 Anm. 1 a. E. — Daß die oratio Severi „bloß die Vollmacht der Wormundschaft, nicht das Eigenthum als solches“ beschränkt: oben Bd. I §. 132 eingangs.

2) l. 1 §. 2. l. 3 §. 2. §. 3. §. 4 D. h. t. 27, 9.

3) z. B. in Betreff des Geldes, in qua robur omne patrimoniorum veteres posuerunt — l. 22 §. 5 C. adm. tut. 5, 37 a. 326.

ren, haltbaren Sachen erstreckt⁴⁾; Früchte und Einkünfte aus dem pupillarischen Vermögen jedoch bleiben ohne Rücksicht auf Werth und Haltbarkeit frei veräußerlich⁵⁾. Als Veräußerung gilt aber auch schon die Ausschlagung der durch Legat erworbenen Sache⁶⁾, desgleichen die Zahlung von Schulden, die nicht noch vom Vater herrühren oder sonst ererbt sind⁷⁾, ja selbst die Eincassirung von Forderungen, woferne sie nicht blos auf Binse, Pachtshillinge und dgl. gerichtet⁸⁾, oder diese nicht bereits 2 Jahre im Rückstande sind⁹⁾. Endlich beschränkt das Gesetz nicht blos den Tutor, sondern auch die Obrigkeit, da auch diese die Veräußerung nicht beliebig, sondern (unter persönlicher Haftung an den Pupillen) nur zur Bezahlung von Schulden, und auch dazu nur in Ermangelung anderweitiger Zahlmittel und wo Verpfändung nicht ratsamer ist, gestatten kann¹⁰⁾. Die Richtigkeit¹¹⁾ der verbotswidrigen Veräußerung kann durch Ratihabition¹²⁾, oder fünfjähriges Schweigen¹³⁾ behoben werden¹⁴⁾.

b. Eine Beschränkung nicht der tutelarischen Vollmacht selbst, wohl aber der Freiheit ihrer Ausübung waren die vorconstan-

4) l. 22 cit. l. 4 C. quando decreto opus non est 5, 72 — vestes detritas et supervacua animalia —.

5) l. 28 §. 5 C. adm. tut. 5, 37. a. 531.

6) l. 5 §. 8 D. h. t. 27, 9 — esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat. Mit diesem Grunde vgl. l. 5 §. 2 eod. bei Brinz, 3. R. d. bon. fid. poss. S. 77.

7) l. 5 §. 5. §. 6 eod. S. ferner l. 9 §. 5. §. 7 D. adm. tut. 26, 7. l. 3 §. 4 — §. 6 D. contr. tut. act. 27, 4.

8) l. 25 C. adm. tut. 5, 37.

9) l. 27 eod.

10) l. 1 §. 2 (wegen der Lesart vgl. Dernburg, Band. III §. 50 Ann. 1). l. 5 §. 9. §. 10; §. 15. l. 7 §. 4 D. h. t. 27, 9. S. auch Windscheid, Band. §. 441 Ann. 14 und unten §. 514 Ann. 17.

11) Nach Brandis, Zeitschr. f. Civilit. u. Proz. VII S. 188 bezieht sich dieselbe nicht auf den die Veräußerung vorbereitenden obligatorischen Vertrag; aus diesem kann der Vormund gehalten sein sich um die ober-vormundshaftliche Gestaltung zu bemühen. S. ferner Bd. I §. 134 g. E. und Arndts, Band. §. 457 not. p—s.

12) l. 1. l. 2 C. si maior factus 5, 74.

13) l. 1 cit. (statuti temporis excursu). l. 3 eod. Ueber diese Stelle, welche „eine ganze Literatur hat“, Windscheid, Band. §. 441 Ann. 24. Daß die Veräußerung eine unentgeltliche war, ist nicht Voraussetzung der oben genannten Heilung ihrer Richtigkeit, sondern Hinderniß — gegen Dernburg, Band. III §. 50 Ann. 6 (wahrscheinlich ein Druckfehler).

14) cf. l. 1 C. si adv. vend. 2, 27 (28).

tinischen Veräußerungsgebote (vgl. I. 22 pr. C. adm. 5, 37), die durch I. 22 cit. aufgehoben, zum Theile jedoch in I. 24 eod.¹⁵⁾ wieder aufgelebt sind; denn nach diesem Gesetze sollte mit Ausnahme des vorhandenen Silbers und Goldes und anderer unvergänglicher in sicherstes Gewahrsam zu bringender Werthschaften alles bewegliche Vermögen versilbert und in Grundstücken oder wenn dies nicht anginge, verzinslich angelegt werden. — Eben hiemit ist eine weitere Art der hierher gehörigen Beschränkungen angedeutet: die Vorschriften über Geldanlegung. Ehemal hielt man rentirliche Anlegung wenigstens des aus dem Einkommen des Pupillen erübrigenden Geldes für geboten: und zwar wo möglich Anlegung in Grundstücken, darnach an Zins¹⁶⁾. Zwar auf irgend einer gesetzlichen Vorschrift scheint dies nicht beruht zu haben¹⁷⁾; allein nichtsdestoweniger ist es Pflicht der honorarischen Tutores, zu gedachtetem Zweck auf Deposition der überflüssigen und hiezu ausreichenden Baarschaft zu dringen¹⁸⁾, und ein Recht des Prätors, dieselbe dem zögernden Gerenten (bei Vermeidung von legitimae statt pupillares usurae) anzubefehlen¹⁹⁾; auch auf den Ankauf selbst sind prätorische Befehle gerichtet. Die Verpflichtung zur verzinslichen Anlegung ist darnach nur auf Fälle zu beziehen, da die Ueberschüsse aus dem Einkommen zum Erwerbe von Grundstücken zu klein²⁰⁾, oder Grundstücke zur Zeit nicht wohl zu erwerben²¹⁾, oder Kapitalien heimgezahlt sind, auf welchen das Einkommen ganz oder zum Theil beruhte²²⁾; eine Frist von 6 Monaten scheint der Tutor für die erste Anlegung, blos eine zweimonatliche für Einklagung und Wieder-

15) cf. c. 6 C. Th. adm. et peric. tut. 3, 30 (19). Arcad. et Honor. a. 396.

16) I. 5 pr. D. adm. tut. 26, 7.

17) s. jedoch Venel, Edictum S. 252 bei Ann. 10.

18) I. 3 §. 2 eod. — si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem. I. 5 pr. eod.

19) I. 7 §. 7 eod. Bd. II §. 244 Ann. 19 unter 1, b. S. ferner Windscheid, Pand. §. 439 Ann. 9.

20) vgl. I. 5 pr. eod.

21) vgl. I. 24 §. 1 C. eod. 5, 37.

22) I. 15. I. 7 §. 11. I. 8. I. 12 §. 4. I. 13 §. 1. I. 49. I. 50 D. eod. 26, 7.

anlegung gehabt zu haben²³⁾. — Mit diesen Grundsätzen über Geldanlegung ist dann auch jenes vorconstantinische Gesetz in Verbindung gestanden, wonach nicht nur alles unrentirliche bewegliche, sondern selbst rentirliches und unbewegliches Vermögen, das nicht in praediis rusticis bestand, versilbert, und also in bauerlichen Grundstücken oder verzinslich angelegt werden sollte. Aber wie nun Constantin d. Gr. dieses Verkaufsgesetz aufhob²⁴⁾, und Honorius und Arcadius es nur insoweit wiederherstellten, als ihnen zur Sicherung und Erhaltung des Vermögens nothwendig schien: so ging Justinian in diesem Systeme bloßer Vermögensaufbewahrung so weit, daß überall, wo das Einkommen zum Unterhalte des Pupillen ausreichte, selbst das überschüssige Geld nicht mehr angelegt zu werden brauchte, ja der Tutor, der es gleichwohl anlegte, dies auf eigene Gefahr that²⁵⁾.

2. Eine Beschränkung der vormundshaftlichen Gewalt durch obrigkeitliche Gewalt und zwar eine Bevormundung des Vormunds, welche nicht blos negativ, als Verweigerung des zu gewissen Acten erforderlichen Consenses, sondern auch positiv durch Befehle und dgl. wirkt²⁶⁾, und nichts als dieses, ist die Obervormundschaft. Obervormundshaftliche Funktionen, Actionen sehen wir darum weder in der Auffstellung, noch in der Removirung von Tutores, weder in der Abnahme von Cautionen noch in der Mitwirkung zur Inventarerrichtung; dies alles und manches anderes²⁷⁾ dient zur Begründung, Gefahrlosstellung, Beseitigung, nicht aber zur Einschränkung der einmal aufgestellten tutelariischen Gewalt. Nicht einmal die Theilung der Tutel und die Scheidung in Gerenten und Nichtgerenten läßt sich rein aus dem Gesichtspunkte der Obervormundschaft denken; denn mit der Einschränkung concurriert hier überall eine Erweiterung der tutelariischen Gewalt. Da-

23) I. 15. l. 7 §. 11 D. eod. Ueber Schranken dieser Fristbestimmungen Windischheid, Band. §. 439 Anm. 8.

24) I. 22 C. adm. tut. 5, 37 cit.

25) Nov. 72 c. 6—8. Unten §. 514 Anm. 16.

26) oben §. 451 Ziff. 2 (S. 568).

27) Rudorff, Vormundschaft I S. 14 fg. Windischheid, Band. §. 445 Anm. 1.

gegen liegt lediglich eine Bevormundung des WORMUNDs bereits vor

a. in dem Umstande, daß der Tutor werthvollere Sachen nicht allein verkaufen und verpfänden kann, sondern der OBRIGKEITLICHEN Mitwirkung durch Cognition und Dekret bedarf (s. oben 1. a.); —

b. in den Befehlen, mit welchen der Prätor r. den Tutor zur DEPOSITION von Geldern und zum ANKAUF von GRUNDSTÜCKEN antreibt (s. oben Nr. 1. b. Anm. 19); —

c. in Mitwirkung der OBRIGKEIT bei Zahlungen der SCHULDNER an den Tutor (oder CURATOR) und bei der CONSTITUIRUNG von ALIMENTEN für den PUPILLEN²⁸⁾, und

d. in der OBRIGKEITLICHEN BECHLUßFASSUNG, ob STATUS CONTROVERSIA schon jetzt auszutragen, oder zu verschieben sei²⁹⁾.

Abgesehen von diesen äußeren und jenen inneren Schranken ist ADMINISTRANDI POTESTAS frei, gegen väTERLICHE VORSCHRIFTEN jedoch nicht schlechthin³⁰⁾.

§. 500.

Officium.

Daß die TUTEL auch PFlicht, und diese PFlicht OFFICIUM sei und heiße, wurde schon oben §. 496 Anm. 14 erhärtet.

Mit diesem höheren WESEN der TUTELARISCHEN PFlicht hängt es zusammen:

1. daß sie durch keinen PACT oder sonstwie erlassen werden kann¹⁾;

28) §. 2 J. quib. alien. licet v. n. 2, 8 (oben §. 498 Anm. 13); l. 2 D. feriis 2. 12. l. 1 pr. C. alim. pup. praest. 5, 50 und dazu Hartmann-Ubbelohde, röm. Gerichtsverfassung §. 599.

29) oben §. 395 Anm. 25 und §. 458 vor Anm. 40.

30) l. 5 §. 8. §. 9 D. adm. 26, 7 — pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit ... viris bonis conveniet salubre consilium matris admittere . . .

1) l. 5 §§. 7—9 D. adm. tut. 26, 7 — quidam decedens filii suis dederat tutores et adiecerat: „eosque aneclogistos volo“ . . . tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt . . . nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam. Vgl. Bd. I §. 24 Anm.

2. daß ihre Verlezung keine blos privatrechtliche Haftung nach sich zieht, sondern crimen sein und quasi publicam actionem, accusationem zur Folge haben kann²⁾. Den Bestand dieses Verbrechens bildet scheinbar eine bloße Verdächtigkeit (crimen suspecti), ohne Zweifel die, daß der Pupille durch diesen Tutor nicht wohl bewahrt sein werde³⁾; allein soll diese Verdächtigkeit wirklich Verbrechen sein, und dem Tutor nicht blos Remotion sondern auch Infamie eintragen, so muß sie nicht etwa durch bloße Lässigkeit, Ungeschicklichkeit u. dgl., sondern durch irgend eine Untreue oder Betrüglichkeit (fraus, dolus malus) begründet sein⁴⁾, und zwar durch eine Untreue in der Gestión⁵⁾. Für den Fall als der Tutor, lässig oder treulos, die Geschäftsführung überhaupt unterließ, oder keine Geschäftsführung hatte, bewährte sich der Satz, daß das Verhältniß des Tutors zum Pupillen ursprünglich keine obligatio sei, weiterhin

3. dadurch, daß es für diesen Fall anfänglich und zwar allem Anschein nach bis auf Mark Aurel nur einen unmittelbaren obrigkeitlichen Zwang zum Antritt der Administration⁶⁾ oder Remotion⁷⁾, keine Privat- oder Forderungsklage (tutelae actio) gab⁸⁾. Erst in der Gestión, indem der Tutor Gut und Geschäft des Pupillen in die Hand nahm, fand sich der Grund

10—12, oben §. 455 Anm. 13. §. 492 zu Anm. 2 und I. 9 D. de his qui sui 1, 6.

2) I. 1 §. 2. §. 6. §. 7. I. 3 §. 4 D. de suspectis tutoribus et curatoribus 26, 10. I. 6 C. de suspectis 5, 43. Ueber die suspecti postulatio, ihren Charakter und Verlauf, neuestens, mit Hinweis auf Vorgänger, Hruza, über das lege agere pro tutela S. 68—79.

3) rem pupilli non salvam fore — cf. I. 5 D. eod. 26, 10.

4) I. 3 §. 5. §. 18. I. 4 pr. D. eod. 26, 10. I. ult. C. susp. 5, 43: Suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob neglegentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est. cf. I. 2. I. 3 §. 1. §. 11. §. 13 D. h. t. 26, 10. Remotion ohne Infamie wegen bloßer Lässigkeit: §. 6 J. eod. 1, 26. I. 7 §. 1 eod. vgl. I. 3 §. 17—I. 4 §. 2 eod. und I. ult. C. cit.

5) I. 4 §. 4 D. eod. 26, 10: Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.

6) I. 2 D. feriis 2, 12. §. 3 J. Atil. tut. 1, 20. I. 17 D. adm. 26, 7.

7) ohne suspecti postulatio: I. 4 §. 4 D. h. t. 26, 10 citirt in Anm. 5. S. auch §. 9 J. susp. 1, 26.

8) Bd. II §. 322 Anm. 1—11. Vgl. oben §. 496 zu Anm. 14 u. 16.

auch zu privatrechtlich-obligatorischer, nämlich quasicontractlicher Haftung; falls er nicht gerierte, war selbst später nur utilis tutelae actio möglich⁹⁾.

4. Der Pupille steht gegenüber dem Tutor neben den Blutsfreunden u. s. f. unter den personis exceptis der lex Cincia¹⁰⁾, unter den gewissen, ausgenommenen Personen, für die man noch postuliren darf, wenn man sonst für Andere nicht postuliren darf¹¹⁾ — ja unter denen für die man noch postuliren darf, wenn man denjenigen beizählt die nur für sich postuliren dürfen¹²⁾ — unter denen, für welche man (ohne Prävarication) gegen seine bisherige eigene Partei eintreten darf¹³⁾ — und wahrscheinlich neben den durch Patronat, Ehe, Verwandtschaft verbundenen Personen, wenn ein Verbrechen und Schärfung der Strafe in Frage steht¹⁴⁾. All das ist grundlos, wenn zwischen Tutor und Pupillen eine bloße obligatio besteht. —

Verschieden von dem ursprünglichen Begriffe des officium ist der des Munus¹⁵⁾, als einer Gemeindelast, deren man sich nur aus bestimmten Excusationsgründen erwehren kann¹⁶⁾. Als eine solche, jedoch nur als munus personale, nicht patrimonii, erscheint die Uebernahme der Tutel¹⁷⁾.

So kommen in der Tutel dreierlei Pflichten zum Vortheil: Die Bürgerpflicht zur Uebernahme der Tutel (munus) — die Pflicht aus der übernommenen Tutel (officium ursprünglichen

9) Bd. II a. a. O. und §. 249 Anm. 7 - 9, auch Bd. I §. 75 Anm. 4 und Bd. II §. 320. Lenel, Edictum S. 255 Anm. 9 g. E. und über den Ursprung dieser Klage Pernice, Zeitschr. f. Rechts gesch. N. F. V S. 27. S. auch oben §. 452 Anm. 1.

10) fr. Vat. §. 304.

11) l. 1 §. 11. cf. §. 7 D. postul. 3, 1. Vgl. §. 492 Anm. 3.

12) l. 6 cf. l. 1 §. 1 eod.

13) l. 10. l. 11 pr. eod.

14) vgl. l. 28 §. 8 D. poenis 48, 19. Novv. Leonis, const. 34. Rüdorff, Vormundschafft I S. 41 fg. Nr. 2—4.

15) welches auf Uebernahme, während officium auf das übernommene geht.

16) oben §. 448 und §. 452 Anm. 2 vgl. §§. 1113. 1117 der 1. Aufl.

17) l. 1 §. 4. l. 18 §. 1 D. mun. et hon. 50, 4. pr. J. excus. 1, 25. l. 6 §. 15. l. 17 §. 4 D. eod. 27, 1. S. jedoch auch Pernice, Zeitschr. f. Rechts gesch. N. F. V S. 26 Anm. 5 und 6.

Sinnes, Treuverhältniß) — eine (obligatorische) Haftung des Tutors anfänglich und direkt nur für Schulden und Verschuldungen aus der Geschäftsführung, später und indirekt auch für die Geschäftsführung¹⁸⁾). Aber lange nicht überall, wo wir dem Ausdruck officium begegnen — und dieses ist häufig der Fall — erscheint er in seiner alten Bedeutung; wie das officium der Magistrate, veräußerlicht sich auch das tutelarische gern in die Bedeutung des aus ihm hervorgegangenen „Dienstes“¹⁹⁾.

§. 501.

Haftung aus der Tutel.

D. de tutelae et rationibus distrahendis ... actione 27, 3.
C. arbitrium tutelae 5, 51.

Nach neuerem Rechte ist der Tutor nicht erst aus der Thatache der Geschäftsführung wegen der in dieser möglicherweise auftauchenden Verschuldungen, sondern schon durch die Thatache der Delation der Tutel und der erlangten Kenntniß von derselben dem Pupillen verhaftet¹⁾). Diese Haftung erstreckt sich jetzt also von dem was er gethan hat, und nicht hätte thun sollen, auf alles was er hätte thun sollen und nicht gethan hat²⁾, — von dem, was er gerirt hat, darauf, daß er gerire³⁾.

18) — quod ex tutela dari fieri oportet — l. 11 D. rem pupilli salvam 46, 6.

19) z. B. l. 5 §. 8. l. 30. l. 33 §. 1 D. adm. tut. 26, 7. l. 1 §. 3. §. 9 D. tut. et rat. 27, 3. l. 22 D. de his quae 34, 9 (officii necessitas et tutoris fides). l. 26 §. 3 C. adm. tut. 5, 37. Rubr. Cod. quando mulier tutelae officio fungi potest 5, 35; noch in alter Bedeutung mag es stehen z. B. in l. 2 D. feriis 2, 12. l. 1 §. ult. D. adm. tut. 26, 7. l. ult. C. peric. tut. 5, 38. l. 13 C. qui dare tut. 5, 34. Vgl. Rudorff, Vormundshaft I §. 8.

1) Bd. II §. 322 Anm. 1—7, bef. l. 1 §. 1 D. adm. tut. 26, 7 — id enim a divo Marco constitutum est, ut, qui seit se tutorem datum nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cessen. cf. fr. Vat. §. 156. Oben §. 500 Anm. 9.

2) l. 1 pr. D. h. t. 27, 3: In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio —. Vgl. Bd. II §. 322 Anm. 16.

3) l. 26 D. tut. et cur. 26, 5 — secundum ea quae proponerentur neque excusationem necessariam esse neque obligari quod non gereret. Rudorff, Vormundshaft III §. 9 u. 10 und oben Bd. II §. 322 Anm. 5, 6 und 13.

Gewisse Verwaltungsvorschriften (§. 499), sowie der Satz, daß der Tutor außer dolus und culpa diligentiam quam suis zu prästiren habe (Bd. II §. 322 Anm. 13a), bestimmen ihren näheren Inhalt⁴⁾; ihre Verwirkung, oder Verwandlung in einzelne Verbindlichkeiten und⁵⁾ Schulden⁶⁾ erfolgt nicht blos, wie bei der negotiorum gestorum obligatio, actio, aus der Griffsnahme der Geschäfte und den dabei möglichen Schadensstiftungen und Rückständen, sondern auch aus der Unterlassung der Geschäftsführung. Die Haftung ist Eine, der Verbindlichkeiten und⁵⁾ Schulden sind möglicherweise mehrere⁷⁾; zur Einflagung aller aus der positiven Führung der Geschäfte für und wider den Pupillen entstandenen Verbindlichkeiten und⁵⁾ Schulden besteht aber Eine Klage, die wesentlich alle diese Schuldverhältnisse zwischen dem Tutor und Pupillen zu lösen bestimmt ist, und darum erst am Ende der Tutel stattfindet (Bd. II §. 322 Anm. 19 u. 78)⁸⁾; wegen der aus Nichtführung der Tutel entstandenen Schuld greift tutelae utilis actio plaz (Bd. II §. 322 Anm. 7 und oben §. 500 Anm. 9).

Unter den Verschuldungen aus der Geschäftsführung ist eine von der Art, daß auch furti actio begründet sein kann⁹⁾; gegen sie ward noch besonders rationibus distrahendis actio aufgestellt, welche Verurtheilung in das Doppelte des Sachwerthes nach sich zieht und poenalis¹⁰⁾, aber wie tutelae actio erst finita tutela möglich ist¹¹⁾. Indessen ist die Verschuldung, wegen welcher rat. distr. actio besteht, nicht überall furtum, sondern, wie bemerkt, nur von der Art, daß sie furtum sein

4) wegen desselben s. Bd. II §. 322 Anm. 13 - 16. §. 284 Anm. 12 u. §. 285 Anm. 19a.

5) die zwei letzten Wörter vom Herausgeber eingeschaltet wegen Bd. II §. 217 und S. 662, sowie §. 322 zu Anm. 74; s. auch hier oben S. 573 g. E.

6) l. 37 pr. D. adm. tut. 26, 7: Tutorem, qui tutelam gerit ... prout gerit, in singulas res per tempora velut ex pluribus causis obligari - .

7) l. 37 pr. cit. — namentlich der Schulden so viele als Verschuldungen. Mit Rücksicht auf Anm. 5 weicht der obige Satz etwas von dem entsprechenden der 1. Aufl. ab.

8) vgl. auch Bd. I §. 118 Anm. 10 und die bei Arndts, Pand. §. 119 Note d. citt. Stellen.

9) l. 1 §. 22. l. 2 §. 1 D. h. t. 27, 3.

10) l. 1 §. 21. §. 23. l. 2 §. 2 eod. Bd. II §. 322 Anm. 8.

11) l. 1 §. 24 eod. Bd. II §. 322 Anm. 10.

kann¹²⁾, also weiteren Begriffes als das furtum, von diesem nur das Moment der Ablation¹³⁾, nicht auch das des animus furandi nothwendig enthaltend¹⁴⁾. Sie wird, in diesem iudicium, stets nur als eine Treulosigkeit verfolgt, selbst wenn sie furtum ist¹⁵⁾, ist eine andere obligatio als die furti obligatio, schließt mithin furti actionem nicht aus¹⁶⁾. Unmöglich also kann distr. rat. actio ursprünglich bloß auf furtum gegangen und dann erst auf anderweite Treulosigkeiten ausgedehnt worden sein¹⁷⁾. Das hohe Alter¹⁸⁾, der poenale Charakter der Klage, die Verweisung auf Treulosigkeit ließen eher vermuten, daß rat. distr. actio ursprünglich als die Inofficiositätsklage des Vormundschaftsrechtes gedacht war; daß sie dem vollzogenen, wie suspecti postulatio dem zu fürchtenden, Treubruch galt; daß hier nicht in Frage stand, was Alles dem Pupillen auf Grund der gemeinobligatorischen Haftung wegen Perception, culpa, dolus hinaustreffe, sondern lediglich was nach dem Stand des Inventares und der aufliegenden Rechnungen in unverantwortlicher Weise, also pflichtwidrig (inofficiose, perfide) abhanden gekommen, und also gleichviel ob animus furandi concurrit oder nicht, zu büßen sei. Aber in unseren Quellen

12) I. 2 §. 1. l. 1 §. 22 D. h. t. 27, 3. l. 55 §. 1 D. adm. tut. 26, 7. 3. Bd. 1. 7 §. 3 D. pro empt. 41, 4.

13) I. 2 pr. D. h. t. 27, 3: Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abs-tulerit. Lenei, Edictum §. 125.

14) I. 2 §. 1 eod.: Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. l. 33 D. furtis 47, 2 — si quid furandi animo amoverit, furtum facit —. Vgl. oben §. 498 Anm. 37. — Ueber den der a. rat. distr. zugehörigen Thatbestand handelt Voigt, XII Taf. §. 138 Anm. 4, welcher selbst a. rat. dist. und a. furti anders, nämlich dadurch unterscheidet, daß er Erstere auf die Unterschlagung von anlässlich der Verwaltung ordnungsmäßig in die Hand des Vormunds gelangten Mündelsachen beschränkt und für den Diebstahl anderer Mündelsachen die gewisse Diebstahlsklage Platz greifen läßt. Allein dann durfte die für Letzteres angerufene I. 33 cit. (dorthin§. 7) nicht in Anm. 4 als den Thatbestand der a. rat. distr. bestimmd angeführt werden.

15) I. 55 §. 1 D. adm. tut. 26, 7 cit. — tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam (sc. rem pupilli quam furati sunt) videntur quam perfide agere —.

16) I. 1 §. 22 D. h. t. 27, 3. Bd. II §. 322 Anm. 8.

17) wie Bijnkershoek meinte, vgl. Niedorff, Vormundschaft III §. 4 Anm. 11.

18) I. 55 §. 1 cit. (actione quae proponitur ex lege duodecim tabularum). §. Bd. II §. 322 Anm. 9 und wegen der heutigen Geltung derselbst Anm. 11.

ist dieses Abhandenkommenlassen eine und dieselbe Verschuldung (*una obligatio*) gleichviel ob sie in tutelae oder in rat. distr. actione zur Verurtheilung kommt¹⁹⁾ — eadem res und nur diversum genus actionis²⁰⁾. Eine Concurrenz²¹⁾ von beiden Klagen, so daß mit tutelae actio noch einmal gefordert werden könnte, was bereits mit der rat. distr. actio erreicht ist, und umgekehrt, findet nicht statt; der Tutor ist nur einmal schuldig (*una obligatio est*), wenngleich deren Bemessung nach dem einen oder dem anderen Standpunkte verschieden und auch genus actionum diversum ist.

Nicht blos die noch durch den Tutor selbst contrahirten Verbindlichkeiten und Verschuldungen gehen auf dessen Erben über²²⁾, sondern seine tutelarische Haftung selbst, wenn er erst begonnene Geschäfte hinterläßt, und der Erbe männlichen Geschlechtes und volljährig ist; denn dann muß dieser die begonnenen Geschäfte vollenden²³⁾; desgleichen wenn der Erbe die Geschäfte des Pupillen, oder dessen Vermögen aus eigenen Stücken an sich nimmt²⁴⁾. Sowohl wegen der auf Grund dieser Haftung contrahirten eigenen, als jener ererbten Schulden geht tutelae (nicht auch rat. distr.) actio wider den Erben²⁵⁾.

19) I. 1 §. 21 D. h. t. 27, 3: In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est.

20) Bd. I §. 98 Anm. 17 u. 18 vgl. daselbst S. 345 Ziff. 2.

21) hier in anderem Sinn als Bd. I §. 344, wonach die „allein echte Klagenconcurrenz spätestens mit dem Urtheil über eine der mehrrelei Klagen ihr Ende erreicht“. S. auch Brinz, M. Vierteljahrsschr. XX S. 161.

22) I. 2. 1. 4 C. de heredibus tut. 5, 54. C. de in litem iurando 5, 53. Bd. II §. 322 Anm. 74, vgl. oben Anm. 5.

23) I. 1 pr. D. de fidei. et nom. et heredibus tut. 27. 7. (cf. I. 40 D. pro soc. 17. 2). I. 27 D. appell. 49, 1. Bd. II §. 322 Anm. 76. s. auch Anm. 75.

24) I. 4 pr. §. 2. 1. 1 §. 1 D. eod. 27. 7. Nach Bd. II §. 322 bei Anm. 77 wird eine Haftung des Erben „neu begründet, wenn er eigenmächtig zu geriren fortfährt“.

25) I. 3 C. hered. tut. 5, 54. I. 4 pr. D. cit. I. 60 D. adm. tut. 26, 7. Bd. II §. 322 Anm. 74 - 76. Wegen der ersten (ererbten Schulden) s. Windscheid, Pand. §. 438 Anm. 9. Daß wo die Haftung des Tutors selbst auf den Erben übergeht, dieselbe nicht in ihrem vollen Grade übergehe, sondern der Erbe nur für seinen dolus und seine culpa lata einstehe, ist in der vorigen Auflage S. 1331 wegen I. 1 pr. I. 4 §. 1 D.

Ist der Tutor in patria potestate, so haftet neben ihm der Vater nach den sonstigen Grundsäzen²⁶⁾.

§. 502.

Sicherung.

Zu mehrerer Sicherheit des Pupillen hat der Tutor

1. noch vor dem Eintritt in die Geschäftsführung und bei Vermeidung des Schadensersatzes nach Maßgabe des Würdeungseides ein Inventar zu errichten¹⁾ und zwar unter Beziehung öffentlicher Urkundspersonen²⁾; nur unauffindbare Geschäfte kann er noch vor der Inventarserrichtung vornehmen³⁾;

2. die satisdatio rem pupilli salvam fore zu bestellen — jedoch nur wenn er weder vom Vater, noch ex inquisitione vom höheren Magistrat bestellt ist⁴⁾. Auch wird mit dieser

ead. 27, 7. 1. 17 C. neg. gest. 2, 18 (19) angenommen, aber Bd. II §. 322 Anm. 76 für den Fall der Abwicklung vom Vormund begonnener Geschäfte durch den Erben (Anm. 23) wieder aufgegeben worden. Die freiwillige Übernahme von Geschäften und Geldern (Anm. 24), die man nicht mit aller Sorgfalt hütet und betreibt, scheint uns aber selbst dolus und culpa lata. Das iusurandum in item wegen Nichtvorlegung des Inventars und anderer Urkunden findet wider den Erben nur bei eigener Arglist statt (C. de in lit. iur. 5, 53, bes. I. 4). Windscheid lässt den Erben im Fall der Anm. 23 nur für grobe Nachlässigkeit (Bd. §. 444 Anm. 10, s. auch Anm. 9 zu I. 4 §. 1 D. und I. 17 C. cito.), im Fall unserer Anm. 24 wie den Vormund, also nicht für „alle Sorgfalt“, haften (Bd. §. 444 Anm. 9).

26) Bd. II §. 258 Anm. 2, doch vgl. mit I. 7 D. tut. 26, 1 und I. 5 D. excus. 27. 1 bes. I. 21 D. adm. tut. 26, 7.

1) I. 7 pr. D. adm. 26, 7. 1. 13 C. arbitr. tut. 5, 51 (— nisi testatores qui substantiam transmittunt specialiter inventarium conscribi vetaverint. Scituris tutoribus et curatoribus, quod, si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removeantur —). cf. I. 4 pr. C. de in lit. iur. 5, 53 und Seuffert, Bd. §. 499 Anm. 6.

2) I. 24 pr. C. adm. 5, 37. cf. I. 27 §. 1. §. 3 C. episc. aud. 1, 4. I. 7 §. 6 b. §. 6 c C. cur. fur. et prod. 5. 70.

3) I. 7 pr. D. adm. tut. 26, 7 cit. S. auch oben §. 461 bei Anm. 19.

4) pr. J. satisd. tut. I. 24. I. 17 pr. D. test. tut. 26, 2. I. 3. I. 5 D. confirm. tut. 26, 3. I. 5 §. 1 D. legit. tut. 26, 4. I. 4 C. de tut. vel cur. qui satis non dedit 5. 42. Rudorff, Vormundshaft II §. 217, 3. Oben Bd. II §. 322 Anm. 18. Ueber die historische Quelle der Verbindlichkeit zur Satisfaktion Lenel, Edictum S. 253. Wegen der freiwilligen Satisfaktion s. unten §. 503 Anm. 19 fg.

Caution nur versprochen und verbürgt, wofür man von altersher aus der Tutel (obligatorisch) haftet, also nur die Wahrung des pupillarischen Interesse in der Geschäftsführung, nicht auch die Präsentation der Nichtgerirung; nur der Belang der tutelae nicht auch der der utilis tutelae actio⁵⁾); folgerecht verwirkt sie auch erst mit Ende der Tutel⁶⁾). Vor der Errichtung dieser Caution ist administrandi potestas, mit Ausnahme wiederum nur der unaufschieblichen Geschäfte, nicht da⁷⁾), und natürlich zögert der Tutor auch in dieser Beziehung auf seine Gefahr⁸⁾; er kann aber auch durch Pfändungen und dergl. zur Aufrichtung der Caution gezwungen⁹⁾, nöthigenfalls wegen Nichtaufrichtung mit oder ohne Infamie removirt werden¹⁰⁾). Wo möglich geschah die Satisfatio an den Pupillen selbst, sonst an einen Slaven desselben, und in Ermangelung eines solchen an einen servus publicus oder wen sonst der Magistrat hiezu aufstellte; in den beiden letzten Fällen nur mit indirecter Wirkung für den Pupillen¹¹⁾.

3. Neben oder anstatt der satisfatio dürfte späterhin auch der Tutor noch zur eidlichen Angelobung, das Beste des Pupillen wahren zu wollen, verpflichtet worden sein. Bezeugt ist es nur für Curatoren¹²⁾.

4. Ein persönliches privilegium exigendi gegen den Tutor ist dem Pupillen noch in classischer Zeit gewährt¹³⁾, wogegen

5) I. 4 §. 3. §. 6. l. 11 D. rem pupilli salvam fore 46, 6. Nach Windscheid, Band. §. 444 Anm. 1 antiquirt.

6) I. 4 §. 4 eod.: Hanc stipulationem placet finita demum tutela committi — l. 1. l. 11 eod. Bd. II §. 322 Anm. 20.

7) I. 3. l. 5. l. 1 C. de tut. vel cur. qui satis n. ded. 5, 42. l. 6 §. 1 D. tut. 26, 1. l. 13. §. 1 D. tut. dat. 26, 5. S. auch oben §. 461 bei Anm. 19.

8) vgl. oben §. 500 Nr. 3 und §. 501.

9) §. 3 J. satisf. tut. 1, 24. cf. I. 4 §. 3 D. rem. pup. salv. 46, 6 — compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri.

10) I. 2 C. de tut. vel cur. qui satis n. ded. 5, 42.

11) I. 2 — I. 4 pr. D. rem. pup. 46, 6. l. 1 §. 15. §. 16 D. magistr. conv. 27, 8. Die freiwillige Satisfatio (Anm. 4 a. E.) erfolgte an den Mitwurmund: I. 38 §. 20 D. v. o. 45. l. §. 1 J. satisf. tut. 1, 24.

12) I. 7 §. 5 C. curat. fur. 5. 70. Nov. 72 c. 8; die Schlussworte der Auth. zu I. 7 §. 5 eit. stehen handschriftlich nicht fest. S. jedoch auch Rudorff, Wormundschaft II §. 230 al. 2.

13) privilegium tutelae: I. 25. l. 22 D. tut. et rat. distr. 27, 3 und Bd. II §. 286 Anm. 66. S. auch R.D. §. 54 Biff. 5.

5. die gesetzliche Hypothek am ganzen Vermögen des Tutors (Bd. II §. 354 Anm. 33 fg.) nicht vor Constantin d. Gr. vorkommt¹⁴⁾.

6. Eine Mehrung der pupillarischen Sicherheit liegt darin, daß eine Reihe von Personen, ohne sich ausdrücklich für den Tutor zu verbürgen, als Bürgen desselben behandelt werden:

alle diejenigen, welche sich als Bürgen in das Gerichtsprotokoll aufnehmen lassen, ohne daß eine Bürgschaftsstipulation platzgreift¹⁵⁾; —

desgleichen die Affirmatoren¹⁶⁾; —

nicht minder die Nominatoren¹⁷⁾; —

wogegen die sog. Postulatoren (Petitoren) als solche nur dafür haften, daß sie postuliren¹⁸⁾, gleich Bürgen des Tutors dagegen nur insoferne sie den Tutor auch nominirt haben¹⁹⁾.

7. Sofort steht dem Pupillen noch eine subsidiaria actio gegen jene niederen (städtischen) Magistrate zu, welche durch Auftrag der höheren Magistrate zur Bestellung oder Mitwirkung bei dieser berufen die Bestellung, confirmatio, satisatio des Vormunds besorgt oder unterlassen, ihn nominirt, oder gutgeheißen haben²⁰⁾.

Diese letztere Haftung gilt auch für den Fall, da die Magistrate die ihnen aufgetragene Bestellung wissenschaftlich unterlassen²¹⁾; auf Bürgschaft ist sie also nicht mehr gebaut; auch

14) cf. I. 10 C. arbitr. tut. 5, 51: Diocl. et Max. a. 294 – 305.

15) Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset — I. 4 §. 3 D. de fideiuss. et nominat. 27, 7.

16) — eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fideiussorum vicem sustinent — I. 4 §. 3 cit. cf. I. 13 pr. D. min. 4, 4.

17) arg. Rubr. tit. D. 27, 7: de fideiuss. et nominatoribus et hered. tutorum et curatorum. I. 4 C. quo quis ord. 11, 36 (35). I. 11 §. 1 D. ad. municip. 50, I. 1 pr. D. de mag. conv. 27, 8. Rudorff, Vormundshaft III §. 151.

18) I. 2 §. 1 D. qui petant tut. 26, 6. I. 8. I. 11 C. eod. 5, 31.

19) I. 2 C. eod. I. 28 §. 2 C. adm. 5, 37.

20) I. 1 pr. D. magistr. conv. 27, 8. I. 5 D. confirm. tut. 26, 3; — I. 1 §. 2. I. 6 D. h. t. 27, 8. I. 5 cit. §. 2. §. 4 J. satisd. 1, 24; — I. 1 §. 2. §. 3. §. 6 D. h. t. 27, 8.

21) I. 1 §. 6 D. h. t. 27, 8.

würde sie sonst (nach der Zeit ihrer Aufstellung) nicht subsidiaria sein²²⁾.

Ferner hat es zwar nach mehreren Stellen den Anschein als ob diese subsidiaria actio eine utilis tutelae actio gewesen sei²³⁾, und das ist auch eine alte, vielverbreitete Meinung²⁴⁾; allein wenn dem je so gewesen sein sollte, so war die Fiction, als ob die Magistrate selbst zur Tutel berufen oder Tutores gewesen seien, eben nur eine Fiction, welche für den Belang und Umfang der Klage maßgebend²⁵⁾, unmöglich der wahre und wirkliche Grund, auf welchen die Haftung und Gewährung der Klage selbst gegründet sein sollte. Nun spricht aber das Zeugniß des Theophilus²⁶⁾ überdies dafür, daß die Klage nicht ficticijs, sondern in factum concipirt gewesen sei. So geht denn seit den Glossatoren eine andere Meinung dahin, daß die Klage eine subsidiaria in factum sei²⁷⁾. Aber auch so bleibt noch zu fragen übrig, entweder warum oder aus welchem Gesichtspunkte die Aufstellung der Tutores, Cautionsannahme sc̄. den Municipalmagistrat haftbar machte, während all das den höheren Magistratus nicht obligirte, — oder aber ob das unsere actio begründende Factum vielleicht nicht schlechthin auf jene Aufstellung sc̄. gelautet²⁸⁾, sondern irgend einen den letzten und allgemeinen Grund der Haftung bezeichnenden Zusatz gehabt habe. Da scheint uns nun ehem Rudorff, Vor-

22) I. 1 pr. §. 4 D. eod. I. 5 C. eod. 5, 75. §. 2 J. satisd. 1, 24. Bgl. Bd. II §. 256 Nr. 4.

23) I. 9 D. h. t. 27, 8 — eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores. I. 1 §. 1 C. h. t. 5, 75 — adversus magistratus qui curatorem dederunt actio utilis ita demum competit —. I. 5 C. eod.: In magistratus municipales tutorum nominatores . . . pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem competere —.

24) Rudorff, Wormundschafft III S. 155 und Ed. perp. §. 133 (erste Formel); dagegen Lenel, Edictum §. 127: *neine civilis intentio, weder auf die Person des Magistrats, noch auf die des Tutors gestellt.*

25) arg. I. 9 cit. in Ann. 23; im Wesentlichen so schon Bulgarus bei Rudorff, Worm. III S. 156 Ann. 16.

26) Paraphr. ad §. 2 J. satisdat. 1, 24.

27) Dissens. dominorum ed. Haenel p. 65. Rudorff, a. a. O. S. 155. Für intentio in factum im Fall der Unterlassung der tutoris datio: Rudorff, Ed. perp. §. 133 (zweite Formel; i. oben Ann. 24). Gegen solche Unterscheidung und für durchgängige Formulierung in factum: Lenel a. a. O.

28) so Lenel, Edictum S. 257 Ann. 11.

mundschaft III §. 156 Anm. 15 mit richtigem Blick auf die Analogie von l. 4 §. 7 D. damn. inf. (39, 2) verwiesen zu haben: In eum (*magistratum municipalem*), qui quid eorum, quae supra scripta sunt, non curaverit, quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur. Auch die *magistratus municipales* hafteten nicht, wo sie den Tutor *contra* ihres eigenen ius dandi aufstellten²⁹⁾; ein Mißbrauch und Unfug in diesem Recht wird bei ihnen wie bei den höheren Magistraten eine Verlezung des officium gewesen sein und deshalb keine Privatklage nach sich gezogen haben³⁰⁾. Nur wo sie die Aufstellung, Verpflichtung, Benennung, Qualifizierung³¹⁾ von oben herab mandirt³²⁾ und eben damit als eine außerhalb ihres verfassungsmäßigen Amtes liegende cura³³⁾ bekommen hatten, ward der Grund für eine Privathaftung gelegt. Das ihre Haftung verwirkende, die Privatklage begründende factum lag darin, daß sie curanda „non curaverunt“³⁴⁾. Sie hafteten nicht als *magistratus*³⁵⁾, sondern als Curatoren; natürlich nicht als Curatoren des Mündels selbst, wohl aber als die mit der Aufstellung u. des Tutors, Curators betrauten Curatoren. Nicht ferne liegt darum die Vermuthung, daß unsere actio eine *utilis curationis* causa actio gewesen sei. Zweierlei Haftungen standen über- oder hintereinander: eine aus der Tutel oder Curatel selbst — eine andere aus der Cura, in welche die Tutel oder Curatel gegeben war. Die Subsidiarität der letzteren verstand sich von selbst. Auch daß keine direkte Klage platzgreift, harmonirt mit dem Wesen der cura. Denn

29) l. 1 §. 1 D. h. t. 27, 8: *Neque praetor neque quis alias, cui tutoris dandi ius est, hac actione tenebitur.* §. ult. J. satisd. 1, 24. Vgl. unten §. 506 Ziff. 3 lit. b.

30) Oben §. 455 bei Anm. 32. Rudorffs Belege für das Gegentheil, Wörterbuch I §. 356 scheinen uns nicht ausreichend.

31) 3. B. l. 1 §. 3 D. h. t. 27, 8.

32) l. 1 §. 6 D. eod. Vgl. oben §. 452 Anm. 2.

33) l. 22 §. 1 D. excus. 27, 1.

34) vgl. auch l. 1 §. 17 D. h. t. 27, 8: *Si filiusf. fuit magistratus et caveri pupillo non curaverit — l. 5 eod. — in magistratum, qui non curasset ut caveretur, an . . . actio pupillo dari deberet.* l. 2 §. 5 D. ad municip. 50, 1: *Sed si filius tutores dare non curaverit — und das munus mandatum in l. 1 §. 6 D. h. t. 27, 8, und das curare in der lex Rubria c. XX (lin. 42 u. 47).*

35) übereinstimmend Pernice, Labeo II §. 295 bei Anm. 29.

eine directe Klage wäre nur denkbar gewesen seitens des Mandanten, nicht seitens des Mündels, mit dem der Curator ebensowenig in dem persönlichen Verhältnisse des officium als in dem eines Contractes stand. Einer directen Uebertragung des Quaṣṭcontractes (neg. gestorum) stand entweder die Unfreiwilligkeit der cura³⁶), oder aber der Umstand im Weg, daß die Klage auch ex non gesto platzgreifen sollte³⁷).

8. Eine Sicherung des Pupillen im weiteren Sinne des Wortes liegt in jenem gesamten ius singulare, durch welches entweder die Freiheit der tutelarischen Administration (§. 499), oder, im Interesse des Pupillen, selbst die gemeine Handlungsfreiheit des Tutors beschränkt ist: sein Recht auf Cession (§. 498 Anm. 42); sein Heiratsrecht (connubium Bd. I §. 43 Anm. 12); sein Arrogationsrecht (Bd. I §. 46 Anm. 19)³⁸.

§. 503.

Tutela indivisa, divisa.

D. de adm. et peric. tut. et curat. qui gess. vel non et de agentibus
vel convenientis uno vel pluribus. 26, 7.

Mehrere Tutores hatten die Tutel vielleicht einmal schlechthin ungetheilt¹⁾, mithin auctoritatis interpositionem und administrationem nur alle zusammen, das periculum daraus gemeinschaftlich und solidarisch.

Denn das periculum d. i. Haftung für Schäden aus der Geschäftsführung oder ihrer Versäumung (§. 501) ist ihnen bis auf ein gewisses gemeinsam geblieben, mögen sie gerentes

36. Bd. II §. 321 Anm. 7.

37) vgl. oben §. 500 Nr. 3. §. 501 nach Anm. 6 und Bd. II §. 322 Anm. 67, ferner auch oben §. 452 bei Anm. 4 u. 5.

38) Sein Recht auf fiskalische Pachtungen ist nicht im Interesse des Pupillen, sondern in dem des Kaisers und des Fiskus beschränkt: vgl. mit l. 49 pr. §. 1 D. loc. 19, 2 und C. ne tut. vel cur. vectig. cond. 5, 41 die l. 6 (5) §. 10 D. iure imm. 50, 6 (— ne extenuentur facultates eorum, quae subsignatae sint fisco.) und unten §. 507 Anm. 42.

1) administratio communis: l. 6 D. fidej. et nom. 27, 7; periculum commune: l. 55 pr. D. h. t. 26, 7; individuum officium: l. 46 §. 1 D. h. t. 26, 7. l. 11 pr. l. 13 D. ad municip. 50, 1. Vgl. Bd. II §. 236 zu Anm. 15. §. 322 zu Anm. 21. Das Wort communis gestus kommt in l. 1 §. 13 D. tut. et rat. 27, 3 vor, jedoch nur für die zufällig gemeinsame Gestión im Gegensatz zu der alleinigen.

oder non gerentes, honorarii oder blos in notitiam dati tutores, und mag im übrigen tutela divisa oder indivisa sein²⁾. Auctoritatis interpositio muß wenigstens in Einem Falle auch noch nach neuestem Rechte durch alle Tutoren zusammen erfolgen³⁾). Die Administration mag infoweit als sie die Vollmacht zur Vornahme von für den Pupillen blos lucrativen Handlungen war, von jeher jedem der mehreren Tutoren für sich zugestanden haben. Nicht so die Vornahme von onerosen Handlungen. Denn daß Einer von den Mehreren allein klagen kann, wird noch von Paulus als etwas hingestellt, das erst „anzunehmen“ ist, und nur vermöge einer gewissen Nachsicht angenommen werden kann⁴⁾). In l. 1 C. si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possunt — 5, 40 (a. 214) steht die Möglichkeit, daß Einer defendire, bereits fest, aber nur für den Fall, daß die Anderen nicht defendiren wollen⁵⁾; die Bezahlung von Schulden kann nach l. 14 §. 1 D. solut. 46, 3 (Ulp.) schon unbedingt richtig an jeden einzelnen Tutor geschehen; allein §. 5 verräth doch, daß auch hier, wie bei der Auctorirung, einmal nach der Bestellung unterschieden worden sein dürfte. Ja zu Julians Zeit war es noch quaestio, ob von mehreren Curatoren eines Wahnsinnigen einer allein quittiren und veräußern könne, und wenn nun Julian die Frage gleich bejaht, so geschieht selbst die Bejahung auf Grund der Einheit und Gemeinschaftlichkeit der Curatel und ihrer Vollmachten⁶⁾. Auch Pomponius behandelte die Gewährung dessen quod per unum (curatorum) gestum est, als etwas erst zu Begründendes⁷⁾. Intensiver als die der Tutel dürfte die Individualität

2) Bd. II §. 322 Anm. 22. 33—38.

3) wo es sich um Auflösung der Tutel selbst (durch Arrogation) handelt: l. 5 C. auct. praest. 5, 59. a. 531.

4) benigne accipiendum est etiam uni agere permisum, quia duo simul agere non possunt. l. 24 §. 1 D. h. t. 26, 7.

5) cf. l. 2 §. 2. l. 3 D. curat. bon. 42, 7.

6) denn es werde präsumirt, daß Alle zustimmen, und sei darum auch die Handlung des Einen ohnmächtig, wenn der Andere sie verbiete: l. 7 §. 3 D. cur. fur. 27, 10. cf. l. 2 §. 2 D. curat. bon. 42, 7.

7) Si plures curatores dati sunt, Pomp. . . . scripsit ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est: nam et in furiosi curatoribus etc. l. 3 pr. D. h. t. 26, 7.

der Curatel aber nicht gewesen sein. — Allein aus all dem geht hervor, daß nach dem vor uns liegenden Rechte die einzelnen Administrationsacte ununterschiedlich von Einem ohne die Anderen vorgenommen werden können (vgl. Anm. 4); daß desgleichen auctoritatis interpositio gewöhnlich durch Einen möglich ist⁸⁾; nur daß um deswillen auch das periculum einzig bei dem Alleinhandelnden sei, ist, wie sich von selbst ergibt wird, nicht der Fall.

Hätte die Untheilbarkeit der Geschäftsführung ihre Schwierigkeiten gehabt (vgl. Anm. 4), so lag in der Möglichkeit, daß Einer ohne die Anderen handle, die Gefahr der Berüppelzung, Verzettelung, Planlosigkeit der Geschäftsführung; hieraus entwickelt sich denn die Möglichkeit,

I. daß je nach Umständen Einer die Administration allein habe⁹⁾, oder

II. daß in verschiedenen Regionen, oder Sparten je nur dieser oder jener handeln kann (*tutela divisa*)¹⁰⁾.

Periculi societas dauert in dem ersteren dieser beiden Fällen fort, nur daß eine gewisse Rangordnung der Haftung aufkommt; in dem zweiten Falle wird die Gemeinsamkeit der Haftung selbst zur Ausnahme.

ad I. Daß von mehreren Tutoren Einer allein Geschäftsführer (*tutor gerens*) sei, ist mit den dieser Thatstache eigenthümlichen rechtlichen Wirkungen (unten Anm. 31 fg.) nur auf Grund magistraticher, wenngleich edictaler Zulassung¹¹⁾ möglich geworden.

8) 1. 5 C. cit. in Anm. 3. I. 4 D. auct. tut. 26, 8: *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen —.*

9) — ut per unum administretur . . . ne per multos tutela spargatur — 1. 3 §. 6. §. 7. cf. pr. D. h. t. 26, 7.

10) 1. 3 §. ult. l. 4. l. 51. l. 55 pr. in f. D. eod. l. 2 C. si ex plur. tut. 5, 40. l. 5 pr. C. auctorit. praest. 5, 59. l. 2 C. divid. tut. 5, 52.

11) Ratihabition: cf. 1. 3 pr. D. h. t. 26, 7 — ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est — l. 4 D. auct. tut. 26, 8 — si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. S. auch Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. IV S. 683 Anm. 24. — Edicte Zulassung: 1. 3 §. 5 D. iud. solvi 46, 7 — edicto praetoris illi tutori agendi facultas datur — S. Lenel, Edictum §. 121.

Darum kann zwar 1. von mehreren testamentarischen Tutoren Einer testamentarisch zum Gerenten ernannt werden, und wird der also ernannte denn auch regelmäßig Gerent; allein er wird es nicht einzig auf Grund der autonomischen Bestimmung des Vaters, in der Art wie der Tutor lediglich durch diese Tutor wird, sondern mit dem Willen des Magistrates, der freilich zu billigen pflegt, was der Vater bestimmt¹²⁾, allein dringenden Falles auch einem Anderen anstatt des vom Vater Ernannten die Gestion zu übertragen sich vorbehielt¹³⁾. Im Gegensahe zu dem tutor gerens erscheinen die übrigen vom Testator ernannten¹⁴⁾ Tutoren als ob honorem scripti¹⁵⁾ mit dem Namen honorarii tutores¹⁶⁾.

2. Wenn von mehreren testamentarischen Tutoren testamentarisch keiner als gerens bestimmt ist, oder der Bestimmte nicht geriren will, so soll kraft des Edictes gerens sein, wen die Majorität wählt; wenn sie nicht wählt, wen der Prätor selbst aufstellt: es wäre denn, daß dieser von den Uebrigen perhorrescirt wird; in diesem Falle bleiben Alle Gerenten¹⁷⁾.

3. Alle diese Bestimmungen des Gerens, seien sie durch den Vater, durch die Majorität, oder endlich durch den Magistratus selbst getroffen, gelten aber nur subsidiär, nämlich nur für den Fall, daß die Tutoren nicht unter sich selbst ein Abkommen treffen, indem Einer aus ihnen ein Mandat zur alleinigen Geschäftsführung von den Anderen bekommt oder annimmt¹⁸⁾, oder sich Einer von ihnen durch Anerbieten einer

12) I. 3 §. 1 D. h. t. 26, 7.

13) I. 3 §. 3 eod.: Quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum praetor dicat, cui testator delegavit, attamen nonnumquam ab hoc recedet, ut puta si pater minus penso consilio hoc fecit etc.

14) Löhr, Arch. f. civ. Pr. XI §. 4 unten.

15) I. 15 §. 9 D. excus. 27, 1: *οἱ κατὰ τιμὴν ἐπίτροποι γραφεῖτες.*

16) I. 3 §. 1. §. 2 D. h. t. 26, 7. I. 14 §. 1 D. sol. 46, 3. I. 60 §. 2 D. ritu n. 23, 2. cf. I. 26 §. 1 D. test. tut. 26, 2.

17) I. 3 §. 7. §. 8 D. h. t. 26, 7. I. 3 pr. D. postul. 3, 1. I. 3 §. 5 D. iud. solvi 46, 7.

18) I. 55 pr. §. 2 D. h. t. 26, 7 — qui alii gerendam (sc. tutelam) mandavit — .

Satisdatio¹⁹⁾ an die Andern die Alleinverwaltung erzwingt²⁰⁾. Denn auch das war im Edicte wahrgenommen, daß man (Cognition der Personen vorbehalten) solche Satisdatio entweder annehmen oder gleichmäßig bieten müsse, wenn man sich bei der Geschäftsführung erhalten wolle²¹⁾.

Diese zwangswise Ueberlassung der Administration an Einen aus Mehreren ging von der testamentarischen Tutel aus²²⁾, galt aber edictmäig auch für die (sine inquisitione) confirmirten²³⁾, interpretationsweise auch bei den ex inquisitione gegebenen Tutoren²⁴⁾, nur interpretations- und nur theilweise bei gesetzlichen und sine inquisitione (vom Magistrat) gegebenen Tutoren²⁵⁾. Die gesetzlichen und die sine inquisitione (des höheren Magistrates) gegebenen Tutoren mußten schon an sich jämmtlich die Satisdatio rem pupilli salvam fore bestellen²⁶⁾; die Erwirkung der Alleinverwaltung durch Erbieten zu eben dieser Satisdatio ging hiernach nurnehr „quo casu cautum non est“ d. h. nur in Fällen an, wo die an sich nothwendige satisdatio erloschen, unmöglich, vernachlässigt war²⁷⁾. Der Defretirung der Alleinverwaltung durch den Magistrat aber stand bei den gesetzlichen Tutoren deren eigenes Interesse an der Verwaltung entgegen²⁸⁾; wir finden sie denn auch nur für den Fall, da die übrigen körperlich oder geistig abwesend waren und nur utilitatis gratia zugelassen²⁹⁾; einer Defreti-

19) rem pupilli salvam fore, cf. I. 38 §. 20 D. v. o. 45, 1. Oben §. 502 Anm. 4 a. E. Anm. 11 a. E.

20) §. 1 J. satisd. tut. 1, 24 — potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adulescentis et contutori vel concuratori praeferriri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens praeponatur ei, ut ipse solus administret —.

21) I. 17 pr. §. 1. §. 2. I. 18. I. 19 pr. §. 1 D. test. tut. 26, 2. 1. 7 D. rem. pup. salv. 46, 6. Lenel, Edictum S. 254.

22) I. 3 §. 1. §. 7. D. h. t. 26, 7. I. 17 pr. D. test. tut. 26, 2.

23) I. 3 §. 1 cit.

24) I. 19 §. 1 D. test. tut. 26, 2. §. 1 J. satisd. tut. 1, 24.

25) I. 5 §. 2 — §. 4 D. legit. tut. 26, 4.

26) cf. I. 4 C. tut. vel cur. qui satis n. dedit 5, 42. Oben §. 502 Anm. 4.

27) I. 5 §. 3 cit. — si omnes satis non dederint vel si finita est satisdatio (nonnumquam enim satisdatio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum, aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere) —.

28) arg. I. 5 §. 4 cit. Gai. I 192.

29) I. 5 §. 2 cit. — quae sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio.

rung durch Majorität geschieht bei den gesetzlichen wie bei den sine inq. datis nirgends Erwähnung.

Merkwürdig aber ist, daß selbst diese edictmäßige Constituirung von gerirenden neben nicht gerirenden Tutores letzteren die Macht sowohl zur auctoritatis interpositio als zur Vornahme oneroßer Handlungen noch immer nicht nahm; es wäre denn, daß ihnen dieses eigens interdicirt wurde³⁰⁾. Die Constituirung eines gerirenden Tutors scheint die nicht gerirenden also blos von der Pflicht zur Geschäftsführung befreit³¹⁾, und ihr (etwaiges) Widerspruchsrecht³²⁾ beseitigt zu haben. Indessen agendi facultas war ihnen edictmäßig versagt³³⁾, und auch ihre sonstige Vollmacht bestund doch nicht so uneingeschränkt und unbezweifelt fort, als es nach den ll. citt. den Anschein hat³⁴⁾.

Tutores aber blieben auch die nicht gerirenden für alle Fälle, selbst für den der interdicta administratio. Das officium, den Pupillen zu bewahren, so weit es noch ohne auctoritatis interpositio und administratio möglich war, bestund auch für sie fort. Es war aber ohne auctoritatis interpositio und administratio möglich als Controle gegen den gerirenden Vormund. Und diese Controle lastet mit solcher Vollständigkeit auf ihnen, daß was immer der gerirende Tutor verschuldet auch ihre Verschuldung ist, und auch in den kaiserlichen Con-

30) I. 49 D. a. v. o. h. 29, 2: *Pupillum etiam eo tute auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait.* I. 14 §. 1 D. solut. 46, 3 — *honorariis . . . recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur —.* Vgl. Löhr, Arch. f. civ. Pr. XI S. 6.

31) Löhr a. a. O.

32) cf. I. 7 §. 3 D. curat. fur. 27, 10, oben Ann. 6.

33) I. 3 §. 5 D. iud. solvi 46, 7, oben Ann. 11 a. E.

34) I. 4 D. auct. tut. 26, 8, vgl. Ann. 11. Hinsichtlich der Auctoritirung unterscheidet Bangewow, Band. §. 281 Ann. mit Cujaz die Art der Administration von den übrigen und läßt nur für die Letzteren die auctoritas des tutor honorarius zu. Besser vereinigt I. 4 cit. und I. 49 cit. (Ann. 30) Dernburg, Band. III §. 42 Ann. 5 durch die Annahme, daß zwar auch der tutor honor. Verwaltungsrecht und auctoritas hatte, „aber er sollte sich nicht in die Verwaltung mischen, weshalb dritte, welche das Verhältniß kannten und doch unter seiner auctoritas kontrahirten, keine Ansprüche erhielten“. Zu I. 4 cit. f. auch Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. IV S. 682 Ann. 24, wonach die Stelle mindestens innerhalb der Compilation von der Erfüllung verstanden werden muß.*

stitutionen und erst in diesen nur in der Rangordnung der Haftung, nicht in der Haftung selbst ein Unterschied gemacht ist: der nämlich, daß vorauszuklägen sei, wer gerirt hat³⁵⁾. Der nichtgerirende solle, meinte man, suspectum postulare, wenn er die schädlichen Handlungen des Gerenten nicht verhindern kann³⁶⁾. Periculum also bleibt hier allen Tutores commune, sie mögen geriren oder nicht geriren³⁷⁾. Da nicht einmal in der Rangordnung der Haftung ist ein Unterschied, wenn der Uebergang der Verwaltung auf Einen auf dem freien Willen Aller, Mandat oder Satisfactionsannahme beruht³⁸⁾; der wird selbst als Gerent betrachtet, der einen Anderen freiwillig geriren läßt³⁹⁾.

Verschieden von den honorarischen, überhaupt nicht gerirenden Tutores waren die in notitiam dati tutores⁴⁰⁾. Nichtsdestoweniger erblicken wir sie nicht blos mit der Instruirung

35) I. 3 §. 2. l. 55 §. 2 D. h. t. 26, 7. l. 3 C. divid. tut. 5, 52. Bd. II §. 236 unter 7. a und Anm. 45, §. 322 Anm. 35 u. 36, sowie unten §. 504.

36) I. 3 §. 2 cit. — imputabiturque eis (sc. honorariis tutoribus) quandoque, cur, si male eum (sc. tutorem qui gessit) conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. cf. I. 60 §. 2 D. r. n. 23, 2. Suspecti postulatio wirkt als Interdicirung der administratio: l. 14 §. 1 in f. D. sol. 46, 3: nam iis (sc. suspectis postulatis) interim videtur interdicta administratio.

37) I. 3 C. cit.: Licet tutorum conventione mutuum periculum minime finiatur tamen — (Anm. 38). Bd. II §. 270 Anm. 23. S. auch Seuffert, Pand. §. 508 Anm. 4.

38) Anm. 18 fg. l. 55 pr. §. 2. D. citt.: Non solum ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit. l. 5 D. magistr. conv. 27, 8. Bd. II §. 270 Anm. 15, 20. §. 322 Anm. 33. l. 3 C. cit. (Anm. 37), welche das Recht der Vorausflagung gewährt, ist von durch ediftmäßigen Majoritätsbeschluß bewirkter Scheidung in Gerenten und Nichtgerenten zu verstehen: Bd. II §. 322 Anm. 32 u. 35.

39) Hier folgt in der vorigen Aufl. S. 1340 der Satz: „und nur der Umstand, daß an den Handelnden etwas gekommen, fann dem Nichthandelnden noch zu statthen kommen“, mit Berufung auf I. 3 (soll heißen: 39) §. 11 D. h. t. 26, 7. Allein nach der Bd. II §. 322 Anm. 32 (s. auch bei Anm. 34 und Anm. 36 eingangs) versuchter Auslegung von I. 39 §. 11 ist dieselbe vom tutor cessans, nicht vom non gerens und auch sonst abweichend von der früheren Deutung zu verstehen. Durch Weglassung des erwähnten Satzes im Texte läßt man die neuere Meinung des Verf. vorwiegen.

40) I. 1 §. 6. §. 7 D. tut. et rat. 27, 3. cf. I. 22 §. 2 C. adm. tut. 5, 37.

der übrigen Tutores betraut⁴¹⁾, sondern auch zu Controle und suspecti postulatio verpflichtet⁴²⁾ und mit so viel Vollmacht auch zu einzelnen Geschäften ausgerüstet, als sie den nichtgerritenden zusteht⁴³⁾. Ihre Haftung scheint denn auch keine geringere gewesen zu sein als die der honorarischen Tutores⁴²⁾.

ad II. Wenn die mehreren Tutores sich in die Geschäftsführung selbst, nach Sparten, oder Regionen theilen, so ändert dieses nichts, weder an ihrer Haftung nach außen, noch an ihrer Vollmacht nach innen⁴³⁾. Ganz anders, wenn sie eine solche Theilung bei der Obrigkeit nachsuchen und wie gewöhnlich erlangen⁴⁴⁾, oder vornherein für solche Theile bestellt sind⁴⁵⁾; denn damit ist ihnen auctoritatis interpositio und administratio bezüglich der anderen regio, oder der anderen Sparte entzogen⁴⁶⁾; und auch ihre Haftung schränkt sich grundsätzlich auf den ihnen überwiesenen Bereich ein⁴⁷⁾.

Der Tutor dieser Sparte, oder dieser Gegend ist tutor non gerens bezüglich der anderen Sparte, oder Gegend (Bd. II §. 236 Anm. 45 a. E.). Während aber der non gerens sonst schlechthin zur Controle des anderen verpflichtet ist, jede Verschuldung des gerens auch seine Verschuldung, jede Haftung desselben auch seine Haftung und nur in der Rangordnung ein Unterschied ist, hört hier die Verpflichtung zur Aufficht über die eigene Sparte sc. hinaus auf, damit denn auch die Gemeinsamkeit der Verschuldung und der Gefahr⁴⁸⁾. Dies ist eine natürliche Folge der Geschäftstheilung. Denn dieser zufolge ist jeder nicht nur non gerens sondern zugleich gerens, hat

41) l. 14 §. 6 D. solut. 46, 3: Ei, qui notitiae gratia datus est an recte solvatur, videndum est, quia ad instruendos contutores datur. Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere.

42) l. 1 C. peric. tut. 5, 38.

43) l. 2 C. div. tut. 5, 52, cf. l. 46 §. 1 in f. D. h. t. 26, 7.

44) l. 3 §. ult. D. h. t. 26, 7.

45) unten §. 506, 3, c. l. 46 §. 6 in f. D. h. t. 26, 7.

46) l. 5 pr. C. auctor. praest. 5, 59. l. 100 D. solut. 46, 3. l. 4 D. h. t. 26, 7. l. 1 §. 2 D. quod falso tut. 27, 6.

47) l. 2 C. peric. tut. 5, 38. l. 51 D. h. t. 26, 7.

48) l. 55 pr. D. h. t. 26, 7 — plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur. Ferner Bd. II §. 322 Anm. 37.

jeder mit sich selbst zu thun, so daß Beaufsichtigung auch des Anderen nicht gefordert und also Verschuldung auf dem fremden Geschäftsgebiet nicht angenommen werden kann. Indessen gibt es Angelegenheiten und Fälle, welche weder im voraus, noch überhaupt nach Gegenenden oder Sparten vertheilbar sind⁴⁹); anderseits aber vertritt jeder auch in seiner Sparte das Ganze, den Pupillen (non rei sed personae datur)⁵⁰), bleibt jeder Tutor des Pupillen, und bleibt darum jeder denselben auch außer seiner Sparte zu vertreten schuldig, so oft nur einer von jenen über die divisio administrationis erhabenen Fälle eintritt⁵¹). Für gewisse Fälle bleibt also trotz der divisio Gemeinsamkeit der Verschuldung und der Gefahr aufrecht, nur daß dann auch hier die Schuld des Gerenten und seiner Bürgen der des Richtgerenten vorgeht⁵²). Endlich beruht auch diese divisio tutelae auf magistratischer Gewähr (iurisdictionis est), gleichviel ob sofort bei der Berufung oder nachher getheilt wird⁵³); anderseits aber auch nur auf magistratischer Gewähr, nicht im Rechte der Tutel selbst (non iuris, sed iurisdictionis est); sie modifizirt die Vollmacht und die Haftungen der Tutoren unter einander und gegenüber dem Pupillen, hindert aber den Dritten nicht zu klagen gegen wen er will⁵⁴); er hat eine Exceptio wider den Tutor, der sein modifizirtes Administrationsrecht überschreitet⁵⁵), nicht dieser umgekehrt eine exceptio wider den Dritten, der auf die Theilung nicht achtet.

49) 3. B. 1. 47 §. 2. 1. 39 §. 3. §. 7 D. h. t. 26, 7. S. auch oben §. 452 Anm. 19.

50) vgl. §. 496 bei Anm. 9.

51) Hierher gehört auch der Fall, daß der Eine wie immer Einblick in die Verdächtigkeit des Anderen gewinnt. Trotz divisio tutelae ist er hier suspecti postulationem schuldig: 1. 2 §. 1 C. div. tut. 5, 52. Bgl. Anm. 36.

52) 1. 2 §. 1 C. cit. 1. 46 §. 1. §. 6 in f. D. h. t. 26, 7. 1. 12 D. rem pup. salv. 46, 6. Bd. II §. 322 Anm. 38 (zu 1. 46 §. 6 cit. daselbst Anm. 37 q. E.).

53) 1. 36 D. h. t. 26, 7 — divisio tutelae. quae non iuris, sed iurisdictionis est. modum administrationis facit et inter ipsos locum habet nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet. — Dagegen die Unterscheidung von Windſcheid, Pand. §. 443 Nr. 1 und 2.

54) 1. 36 cit. in Anm. 53. cf. 1. 51 eod. und Anm. 34.

55) 1. 4 D. eod.: vel in partes vel in regiones, et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat.

§. 504.

Ordo conventionis¹⁾.

Innerhalb sämmtlicher Haftungen aus und wegen der Tutel herrscht eine gewisse Rangordnung²⁾. Und zwar bestehen für den Fall, daß eine Haftung der niederen Magistrate überhaupt platzgreift (§. 502 Nr. 7), zwei Klassen von Haftungen: eine derer welche durch die Tutel selbst, principaliter oder accessoriisch begründet sind, d. i. der Tutoren selbst, ihrer Erben oder Gewalthaber (rationibus distrahendis iudicio — tut. iudicio directo und utili — de peculio, in rem verso, quod iussu), ihrer Bürgen und Quasibürgen (§. 501 §. 502 Nr. 6); — und eine der Magistrate, welche, wie wir meinten (S. 831), in der diesen aufgetragenen cura beruhte (subsidiaria utili s. in factum actione).

Sie sämmtlich unterliegen noch einer anderen obersten Eintheilung: nämlich in Haftungen von Selbstschuldnern und in die ihrer Garanten — einer Eintheilung, welche die vorige durchkreuzt. Denn unter den Selbstschuldnern stehen nicht blos die Tutoren, sondern auch die Magistrate; auch diese haften nämlich für ihre eigene Schuld (quod non curaverunt S. 831 fg.). Innerhalb der Selbstschuldnner besteht aber selbst wieder ein wichtiger, für die Rangordnung maßgebender Unterschied darin, daß die Einen den Schaden um dessen Besserung es sich handelt selber gestiftet, die Anderen ihn nur nicht verhütet haben. Zu den letzteren gehören nicht nur die Magistrate (wenn sie haften), sondern auch die Contutoren, welche selbst nicht gerirt haben und nicht etwa durch divisio tutelae außer Schuld sind³⁾. Gerne möchte man nun den Satz aufstellen, daß die Selbstschuldnner der zweiten Art überall denen der ersten nachstehen,

1) Wegen des beneficium divisionis der Contutoren s. Bd. II §. 236 Ziff. 5 (S. 84 fg.) und §. 322 Ziff. 1 (S. 662 fg.), wegen ihres beneficium cedendarum actionum. Bd. II §. 236 Ziff. 6 (S. 87 fg.).

2) vgl. Rubr. C. quo quis ordine conveniatur. 11, 36 (35). Oben §. 452 (S. 574 al. und S. 575 Anm. 20). Rudorff, Vermundshaft III §. 192.

3) daß auch bei divisa tutela Schuld möglich und ordo conventionis anwendbar ist, ward schon Bd. II §. 322 Anm. 38 und dann oben §. 503 bei Anm. 51 und 52 erörtert. S. auch noch Nr. 7 a. E. dieses §.

daz̄ also namentlich der nicht gerirende Tutor stets erst nach dem gerirenden belangbar sei⁴); allein es ist schon oben nachgewiesen, daz̄ der Contutor, welcher nicht vom Prätor (editaliter oder durch Dekret) von der Gestion befreit worden ist, als Gerent gilt, mag er geriren oder nicht⁵). Dagegen die Contutoren, welche vom Prätor als non gerentes erachtet (honorarische oder quasihonorarische Tutores) sind (§. 503 ad I. 1. u. 2.), und die Magistrate haften allerdings erst nach den Selbstschuldern der ersten Art, und zwar nicht nur nach ihnen selbst, ihren Erben und Gewalthabern, sondern auch nach ihren Garanten; denn die Bürgen und Quasibürgen (§. 502 Nr. 6) haben ihr Wort verpfändet; dieses muß gelöst werden, bevor es zur Verurtheilung wegen bloßer Nachlässigkeit kommt⁶). Was aber endlich das Verhältniß der Contutores non gerentes zu den Magistraten anlangt, so liegt dieses durch die verdorbene Lesart der I. 1 §. 15 D. tut. et rat. distr. (27, 3) im Argen. Indessen wird doch durch den zweiten Theil der Stelle so viel bezeugt, daz̄ durch häufige Rescripte die Haftung der Magistrate hinter die der Contutoren zurückgestellt worden sei; davon machte die Interpretation eine Ausnahme, falls der Contutor die Remotion seines Collegen, oder die Cautionsstellung seitens desselben zu betreiben versäumt hatte⁷).

4) Rudorff a. a. O. S. 173. IV. S. auch oben Bd. II §. 236 unter 7. a.

5) §. 503 bei Anm. 38. Der in der 1. Auflage (S. 1343) folgende Satz: „und daz̄ der wirklich gerirende dann nur insofern aus der Gestion etwas an ihn gekommen, zuvor einzufügen ist“ (unter Verweisung auf die oben §. 503 Anm. 39 angeführte Stelle) ist mit Bezug auf das §. 503 Anm. 39 Gesagte in den Text dieser Aufl. nicht aufgenommen worden.

6) I. 11 §. 1 D. ad municip. 50, 1. Bd. II §. 322 Anm. 36 (S. 665)

7) Der vorstehende mit Benutzung von Bd. II §. 322 Anm. 36 geschriebene Satz ist an die Stelle einer an I. 1 §. 15 cit. anknüpfenden Erörterung der 1. Aufl. S. 1343/4 gesetzt worden, welche der Verf. in Bd. II §. 322 Anm. 36 aufgegeben hat. Die beiden Auffassungen unterscheiden sich hauptsächlich dadurch daz̄ a) im zweiten Theil der I. 1 §. 15 die durch sic erit accipendum, si non etc. ausgedrückte, oben angegebene Ausnahme oder Schranke der primären Haftung der Contutoren früher als Voraussetzung dieser Haftung gedacht war; b) der Eingang der Stelle früher ad contutores venitur, si sint non solvendo contutores gelesen wurde, jetzt das überlieferte non vor venitur beibehalten und aber auch non solvendo emendirt wird; c) früher die nicht oder nur secundär haftenden Tutores der

Im Einzelnen betrachtet kommen hiernach

1. zuerst die Tutores selbst an die Reihe. Den Tutores gleich stehen deren Erben (§. 826), nur daß wider diese bloß tutelae und tutelae utilis, nicht auch actio rationibus distr. angeht⁸⁾. Das gleiche gilt auch vom Gewalthaber (§. 827). — An erster Stelle sind aber nicht immer alle Tutores, sondern bei tutela divisa nur die der betreffenden Sparte oder Gegend, bei tutela indivisa nur die tutores gerentes oder die diesen gleichstehen. Alle diese müssen ausgeflagt sein, bevor es

2. wider ihre Bürgen geht⁹⁾. Dies gilt aber ohne weiteres erst seit der Novelle 4 c. 1¹⁰⁾. Vorher mußte die Bürgschaftsstipulation, wenn dem Gläubiger das Wahlrecht genommen werden sollte, eigens gesetzt werden, nämlich in id quod a tute re servari non potest¹¹⁾. Nicht nur bei der „einfachen“ Stipulation (auf daß „was der Tutor schuldet“), sondern auch bei der pupilli rem salvam fore stipulatio hatte der Pupille Wahlrecht zwischen Tutores und Bürgen¹²⁾; der Unterschied zwischen der einfachen und der rem p. s. f. stipulatio bestand darin, daß diese von geringerem Umfang (§. 502 bei Anm. 5), aber von größerer Beständigkeit war, indem sie fortbestand bis der Pupille gedeckt (res pupilli salva) war, mithin durch Einfliegung des Bürgen nicht consumirt wurde¹³⁾; eine Vorausfliegung des Tutors konnte der Bürge hier so wenig verlangen wie bei der einfachen Bürgschaft. Die l. 28 C. fidej. 8, 40 (41), welche verordnet, daß fünfzig Litiscontestation mit dem Schuldner oder dem einen von mehreren Bürgen die übrigen Bürgen nicht mehr liberiren solle (Bd. II §. 189), ist nichts als eine

Stelle als Tutores einer tutela divisa galten (s. dazu oben Anm. 3), nunmehr als non gerentes angesehen werden. Im Illebrigen s. Bd. II a. a. D. (wo Kontutores statt Kuratoren zu lesen ist).

8) l. 1 §. 23 D. tut. et rat. 27, 3.

9) die aber gegenüber dem Mündel nicht das beneficium divisionis haben: l. 12 D. rem pup. 46, 6. Arndts, Band. §. 355 not. g.

10) Bd. II §. 256 Nr. 4.

11) vgl. die übrigens mehrfach interpolirte l. 2 C. fidej. tut. 5, 57 mit l. 116 D. v. o. 45, 1. l. 150 D. v. s. 50, 16. l. 42 pr. D. reb. cr. 12, l. 1. 21 D. sol. 46, 3. l. 41 pr. D. fidej. et mand. 46, 1.

12) argg. l. 1. 1. 2 C. fidej. tut. 5, 57. Vgl. oben §. 502 bei Anm. 22. l. 7 D. eod. 27, 7.

13) l. 2 C. cit.

Verallgemeinerung der rem pupilli salvam fore stipulatio in eine rem creditoris salvam fore stipulatio oder fideiussio; darum enthält sie das beneficium ordinis sive excus-
sionis noch immer nicht; erst die citirte Novelle führt dieses ein; l. 28 C. cit. verwandelt jede einfache Bürgschaft in eine rem creditoris salvam fore — Novelle 4 überdies in eine in id quod a debitore servari non potest fideiussio.

3. Erst nach den eigentlichen Bürgen sind die Nominatoren und Affirmatoren belangbar¹⁴⁾; erst nach diesen

4. die tutores non gerentes¹⁵⁾; auf die tutores non gerentes folgen wieder

5. deren Garanten; auf diese endlich

6. die Magistrate¹⁶⁾. Die Haftung ihrer Nominatoren, Affirmatoren, bezieht sich nur auf die Magistratur, nicht auf den ihnen außerhalb ihrer Magistratur übertragenen Dienst einer Vormundschaftsbestellung ic.¹⁷⁾.

7. Allenfalls noch die Tutores einer anderen Sparte, Gegend (oben Anm. 3).

§. 505.

Fähigkeit zur Tutel.

Die Fähigkeit zur Altersstutel bedingt

1. die volle natürliche Handlungsfähigkeit; Wahnsinnige, Taube und Stumme, nach neuerem Rechte Minderjährige können nicht Tutores sein¹⁾; mit der Frage ob diese Personen Tutores sein können, ist nicht zu verwechseln die Frage, inwieferne sie als Tutores gegeben werden können²⁾.

14) argg. l. 13 D. ad municip. 50, 1. l. 2 C. quo quis ord. 11, 36 (35).

15) die ihnen in l. 4 C. mag. conv. 5, 75 nachgesetzten Nominatoren sind Magistratus, so schon Rudorff, Vormundschaft III §. 174 Anm. 10, anders oben Bd. II §. 322 Anm. 36 a. E.

16) s. jedoch die Ausnahme bei Anm. 7.

17) l. 1 pr. D. magistr. conv. 27, 8. Bgl. oben §. 502 bei Anm. 33.

1) l. 10 §. 3 D. test. tut. 26, 2. l. 11 D. tut. 26, 1; — l. 1 §. 2. §. 3 eod. l. 10 §. 1 D. legit. tut. 26, 4; — l. 5 C. legit. tut. 5. 30. §. 13 J. excus. 1, 25 vgl. mit l. 16 §. 1 D. tut. 26, 1. l. 32 §. 2 in fin. D. test. tut. 26, 2. Bd. I §. 55 Anm. 11–13 und dazu Bruns im Syr.-röm. Rechtsbuch §. 185.

2) l. 10 §. 3 cit.: Si furiosus testamento tutor detur, si quidem,

2. die volle Rechtsfähigkeit des Privatrechtes³⁾); daß ein filiusfamilias Tutor sein kann, steht dem nicht entgegen⁴⁾; —

3. publicistische Rechtsfähigkeit, insoferne regelmäßig nur Männer Tutores sein können⁵⁾; Frauen gelangten zuerst nur durch Spezialprivileg⁶⁾, später zwar durch Gesetz zur Tutel, jedoch nur zur Tutel über die eigenen Kinder und Enkel, und nur gegen eidlichen und gerichtlichen Verzicht auf Wiederverheirathung und das SC. Velleianum⁷⁾; von der Eidlichkeit dieser Verzichte ist jedoch neuestens Umgang genommen⁸⁾.

Trotz der vorhandenen Handlungs- und Rechtsfähigkeit sind, iure singulari, unfähig geworden

1. die Soldaten schlechthin⁹⁾ —

2. die Bischöfe desgleichen —

3. Priester, Diacone, Subdiacone und Mönche zu jeder anderen Tutel (desgleichen cura) als derjenigen, zu welcher sie von Verwandtschaftswegen berufen sind; selbst diese ist nicht ihr munus, sondern freiwillig. Ursprünglich scheint freilich überall hier nur an Immunität, nicht an Unfähigkeit gedacht zu sein¹⁰⁾.

4. Nach Nov. 72 c. 1—4 sollen Gläubiger wie Schuldner des Mündels nicht zur Vormundschaft gelangen¹¹⁾.

cum furere desierit, tutorem esse recte datum Proculus existimat: quod si datus sit pure, negat Proculus valere dationem. Sed est verius . . . recte videri datum et tunc fore tutorem, cum sapere cooperit. 1. 11 D. tut. 26, 1. §. 2 J. qui tut. test. 1, 14.

3) arg. I. 21. 1. 28 §. 1. 1. 11 §. 4 D. test. tut. 26, 2.

4) I. 21 D. adm. tut. 26, 7. — Bd. I §. 52. §. 58 und oben §. 457 Nr. 4 und Anm. 28. §. 460. §. 501 a. E.

5) I. 16. 1. 18 D. tut. 26, 1. I. 1 C. quando mul. tut. 5, 35. Bd. I §. 54 Anm. 42.

6) — nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent. I. 18 cit.

7) I. 2. 1. 3 C. quando mulier tut. off. 5, 35. Vgl. §. 509 Anm. 5.

8) Nov. 94 c. 2. Nov. 118 c. 5.

9) I. 4 C. qui dare tut. 5, 34. §. 14 J. excus. 1, 25 — s. jedoch auch I. 23 §. 1 D. excus. 27, 1.

10) I. 51 (52) pr. §. 1 C. episc. 1, 3. Nov. 123 c. 5. Hierzu und zu Nr. 2 s. Windscheid, Pand. §. 434 Anm. 2 und wegen des Motivs Dernburg, Pand. III §. 45 Anm. 4.

11) doch wohl wann sie testamento berufen sind; dagegen Seuffert, Pand. §. 493 Anm. 10. Nach Windscheid, Pand. §. 434 Anm. 18 ge-

S. 506.

Delation.

Unter Delation versteht man hier das Ereigniß, durch welchesemand nicht erst die Macht erlangt, Tutor zu werden¹⁾, sondern sofort Tutor wird²⁾. Sie beruht

1. auf leßtwilliger Berufung (tutela testamentaria — tutoris datio)³⁾, vorausgesetzt, daß „recte“ (et a quibus oportet, et quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet), d. i. durch den Vater und Kraft väterlicher Gewalt, — also nur über Kinder in der väterlichen Gewalt des Disponenten — mit dem erforderlichen Ausdrucke — in einem Testamente oder testamentarisch confirmirten Codicill berufen ist⁴⁾; Bedingungen und Termine sind suspensiv und resolutiv möglich⁵⁾; die Berufung kann noch in demselben Testamente oder Codicille, oder in einem nachfolgenden Codicille widerrufen werden⁶⁾, und kommt selbstverständlich nicht in Kraft, wosfern nicht das Testament oder der Codicill überhaupt in Kraft tritt⁷⁾; —

2. auf gesetzlicher Berufung (tutela legitima)⁸⁾,

hört dieser Fall unter die unten §. 507. VI angeführten der sog. excusatio necessaria, während Arndts, Pand. §. 443 Nr. 5 und Dernburg, Pand. III §. 45 Anm. 9 hier von relativer Unfähigkeit sprechen. S. auch oben §. 498 Anm. 36.

1) vgl. I. 151 D. v. s. 50, 16. Oben §. 365 bei Anm. 1.

2) arg. I. 1 §. 1 D. adm. tut. 26, 7. 1. 3 in fin. D. conf. tut. 26, 3. Bethmann-Hollweg, Rhein. Museum VI S. 246.

3) D. de testamentaria tutela 26, 2. C. de tut. test. 5, 28. J. qui dari tut. test. possunt. Vgl. oben §. 376 Anm. 3.

4) I. 73 §. 1 D. r. i. 50, 17. 1. 1 §. 1. 1. 2 pr. I. 5 D. confirm. tut. 26, 3; — 1. 1 §. 1 cit. I. 1 §. 2 D. h. t. 26, 2; — 1. 3 pr. eod. Gai. I §. 149. I. 1 §. 1 cit. („rogo te“ etc.). I. 40 D. adm. tut. 26, 7. I. 8 C. h. t. 5, 28. cf. I. 15 C. testam. 6, 23 und Voigt, Jus naturale III Anm. 26—28. §. 55 a. E. und Anm. 702. S. ferner §. 27 J. leg. 2, 20. I. 20 pr. D. h. t. 26, 2: Tutor incertus dari non potest.

5) I. 8 §. 1. §. 2. §. 3 D. h. t. 26, 2. I. 14 §. 3. §. 5 D. tut. 26, 1.

6) I. 8 pr. I. 10 §. 1. I. 3 D. h. t. 26, 2. I. 10 D. conf. tut. 26, 3.

7) I. 10 pr. D. h. t. 26, 2. arg. I. 3 D. conf. tut. 26, 3. S. ferner oben §. 377 Anm. 17.

8) D. de legitimis tutoribus 26, 4. C. de legit. tutela 5, 30. J. de legit. agnitorum tut. 1, 15. I. 5 pr. D. h. t. 26, 4: Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores. Nach Voigt, XII Taf. S. 420. 421 wurde aus der Gruppe der durch das Gesetz Berufenen (Agnaten, bezw. Gentilen) der zur Tutel geeignete vom Ges-

welche voraussetzt, daß der Vater wenigstens in Ansehung der Tutel intestatus verstorben, oder daß eine testamentarische Tutel nicht auch jetzt noch möglich, oder daß die testamentarische Berufung ausgefallen sei⁹⁾, und neuestens an die Verwandten ohne Unterschied der Cognition und Agnation¹⁰⁾, und zwar nach Maßgabe der Intestaterbsfolgeordnung ergeht¹¹⁾, aber eine successio von jeher zuläßt¹²⁾; —

3. auf obrigkeitlicher Bestellung — (tutela dativa)¹³⁾. Diese zählt (im Gegensatz zu der testamentarischen datio) zu jenen actus legitimi, welche durch Beifügung von conditio und dies richtig werden¹⁴⁾, und erträgt auch keinen Irrthum in Ansehung des Anlasses, aus welchem die Bestellung nothwendig wird¹⁵⁾ — geschweige denn Wahnsinn¹⁶⁾.

a. Ihre Voraussetzung besteht grundsätzlich darin, daß von den beiden vorigen Tuteleien keine zu Recht bestehet, — quia tutorem habenti tutor dari non potest¹⁷⁾. Dieser Grund-

milienrath bestellt; s. auch Jus nat. III Ann. 1807 und vgl. hier unten §. 511 Ann. 21. Durch l. 31 (32) C. episc. 1, 3 sind die orphanotrophi (Waisenväter) quasi tutores und quasi curatores der in dem Waisenhaus befindlichen Pupillen und Minorennen: in ihre custodia gelangt auch unter obrigkeitlicher Mitwirkung deren Vermögen. S. oben §. 451 bei Ann. 5 (S. 568).

9) l. 6 D. h. t. 26, 4. l. 89 D. r. i. 50, 17. l. 11 pr. §. 3 cf. l. 26 §. 2. l. 27 pr. D. test. tut. 26, 2. l. 10 §. 7 D. excus. 27, 1. l. 11 §§. 1—4 D. test. tut. 26, 2. l. 9 §. 1 in fin. D. tut. et rat. 27, 3 — quia semper legitima tutela testamentariae cedit.

10) l. 4 C. h. t. 5, 30 a. 498. l. 15 §§. 2—4 C. leg. her. 6, 58 a. 534. Nov. 118 c. 5.

11) l. 9. l. 1 §. 1. §. 3 D. h. t. 26, 4. l. 73 pr. D. r. i. 50, 17. Detail und Streitfragen bei Windscheid, Band. §. 433 Ann. 20—21a.

12) l. 3 §. 9 cf. §. 8 D. h. t. 26, 4. l. 11 §. 2 D. test. tut. 26, 2.

13) l. 51 (52) pr. C. episc. 1, 3 — nicht zu verwechseln mit der tutores dativi des älteren Rechtes (Gai. I, 154), dagegen wahrscheinlich identisch mit der der tutores dativi in l. 7 D. rem pup. salv. 46, 6. l. 5 C. leg. tut. 5, 30. arg. l. 77 D. r. i. 50, 17. Rudorff, Vormundschaft I S. 339. S. auch l. 3 pr. D. postul. 3, 1.

14) l. 77 D. r. i. 50, 17. l. 6 §. 1 D. tut. 26, 1. Alleber den Grund dieser Richtigkeit im Gegensatz zu der bei Ann. 5 erwähnten Möglichkeit: Keller, Band. §. 427 nach Ann. 33.

15) l. 26 D. tut. et cur. dat. 26, 5. l. 10 eod. l. 9 C. qui dare 5, 34.

16) l. 8 §. 1 D. tut. et cur. 26, 5.

17) l. 27 pr. D. test. tut. 26, 2. l. 9 C. qui pet. tut. 5, 31. l. 10 D. tut. et cur. dat. 26, 5. l. 9 C. qui dare 5, 34. Vgl. l. 21 §. 4 D. excus. 27, 1, und unten §. 511 Ann. 23.

satz war in der lex Atilia und der lex Julia et Titia zu vielleicht nur allzu scharfem Ausdrucke gekommen, indem sie die Bestellung für den Fall anordneten, si cui nullus omnino tutor sit¹⁸⁾; denn eine Bestellung war auch noch nothwendig und in der That zugelassen, nicht nur wo eine andere Tutel durch Bedingung, Aufschub des Erbschaftsantrittes, Streit um das Testament, Kriegsgefangenschaft des Tutors in Schweben¹⁹⁾, sondern auch da, wo sie durch einen dies, Anfechtung des Testamente, Wahnsinn, Jugend, Appellation des Tutors blos aufgeschoben war²⁰⁾), — kurz auch in den Fällen, wo eine anderweite Tutel nur noch nicht bestand, und um eben deswillen anderwärts (beim Uebergang der tutela testamentaria zur legitima) nicht als nicht vorhanden angenommen wurde²¹⁾). Der tutor excusatus und remotus dagegen galt nicht für einen omnino non vorhandenen tutor; Excusation und Remotion machten so wenig jenen alten Gesetzen als der legitima tutela Raum²²⁾; die Competenz zu einer Dativtutel mußte für diesen Fall durch ein Senatusconsult erst geschaffen werden²³⁾). Aber auch der Senat hielt den excusirten und removirten Tutor nicht für schlechthin nicht vorhanden, und durfte den Grundsatz tutorem habenti tutor non datur nicht umstoßen; darum lautete die Vollmacht, welche er den Magistraten gab, nicht allgemein dahin, daß sie nach geschehener Excusation oder Remotion Tutoren aufstellen dürften (neben den excusirten oder removirten), sondern dahin, daß in locum derselben zu bestellen — daß also der noch vorhandene erst vollends zu verdrängen und nur so ein neuer zu geben sei²⁴⁾). — Neben

18) Gai. I, 185. pr. J. de Atil. tut. 1, 20.

19) §§. 1. 2 J. eod. I. 10 pr. I. 11 pr. D. test. tut. 26, 2. I. 9 §. 2 D. tut. et rat. 27, 3.

20) §. 1 J. eod.; I. 26 §. 2. I. 27 pr. D. test. tut. 26, 2; I. 10 §. 3 eod. (oben §. 505 Ann. 2); I. 9 §. 1 D. tut. et rat. 27, 3; I. 2 D. tutor. et cur. 26, 5 (dandum temporarium tutorem).

21) f. S. 847 §. 2/3. I. 11 pr. D. test. tut. 26, 2: Si quis sub condicione vel ex die tutorem dederit, medio tempore aliis tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat: sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.

22) I. 11 §. 1. §. 2 eod.

23) Gai. I, 182. Ulp. XI, 23. I. 4 C. in quib. causis 5, 36.

24) — in locum eius aliis tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam. Gai. cit.

dieser definitiven ward nun aber auch eine blos interimistische Verdrängung des iure vorhandenen Tutors für den Fall der bloßen Abwesenheit des letzteren nothwendig; sie tritt auf in Gestalt der Bestellung eines Tutors in locum absentis reipublicae causa²⁵⁾; der Ersetzte gilt, wiewohl er nach seiner Rückkehr von selbst wieder Tutor ist, nicht mehr als Tutor²⁶⁾; der Ersatzmann ist tutor, allein nur bis zur Rückkehr des Ersetzten und nicht ohne quaestio noch Tutor, nachdem jener gestorben²⁷⁾). Gleich einer (definitiven) Absentirung wird endlich der Fall behandelt, wo von mehreren Tutoren einer stirbt; trotzdem hier schlechthin ein Tutor da ist, wird in locum mortui gegeben²⁸⁾.

b. Das Recht der Bestellung (ius dandi) war kein Bestandtheil weder des imperium, noch der iurisdictio, sondern eine für sich stehende, durch die Legislative gewährte Gerechtsame²⁹⁾. Die Vollmachten der alten Volksgesetze (lex Atilia — lex Julia et Titia) machten in der Kaiserzeit denen der Senatusconsulte und Constitutionen Platz. Consuli und Prä-

25) 1. 12 D. tut. 26, 1. 1. 9 pr. D. tut. et rat. 27, 3. 1. 14 §. 4 D. solut. 46, 3. 1. 1 C. in quib. eau. 5, 36. S. auch Ann. 28.

26) argg. 1. 9 pr. 1. 14 §. 4 citt.

27) 1. 12 cit. Würde irrthümlich für immer bestellt, wo nur in locum absentis bestellt werden kann, so ist die Bestellung nichtig: 1. 10 D. tut. et cur. dat. 26, 5, oben bei Ann. 15.

28) 1. 11 §. ult. D. test. tut. 26, 2. 1. 46 §. 6 D. adm. tut. 26, 7. — Uebrigens wird in locum absentis auch ein bloßer curator gegeben: 1. 15. 1. 16 D. tut. et cur. dat. 26, 5, desgleichen an Stelle desjenigen Tutors, der nur auf Zeit excusirt ist: §. 5 in f. J. curat. 1, 23. Blos ein curator wird im späteren Rechte anstatt des alten praetorius tutor — der zwar neben einem bereits vorhandenen Tutor aber blos in rem gegeben wurde — aufgestellt: §. 3 J. anet. tut. 1, 21. Gai. I, 184. Ulp. XI, 24; über den praetorius tutor Wlassak, Krit. Studien z. Theorie d. Rechtsquellen S. 27—31, s. auch Hruza, lege agere pro tutela S. 35 und hier unten Ann. 29. Ebenso wird nach §. 5 J. curat. 1, 23 dem tutor ein curator beigesetzt, wenn Ersterer nicht idoneus ist. S. auch unten §. 513 u. §. 519 Nr. 1.

29) 1. 6 §. 2 D. tut. 26, 1: Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatum hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps. Auch moribus konnte sie gegründet sein: Ulp. XI, 24 (Ann. 28). Wlassak, Krit. Studien z. Theorie d. Rechtsquellen S. 28 bei Ann. 26 sieht „die Vormundsbestellung als einen ursprünglichen Bestandtheil der röm. Oberamtsgewalt“ an; s. die dort folgende Kritik von 1. 6 §. 2 cit. Gegen diese und für die bisherige Ansicht Bernice in der Festgabe für Beßeler S. 53 Ann. 1.

toren, Provincialstatthalter, Municipalmagistrate, Stadtpräfeten, Defensoren mit den Bischöfen erhielten sie theils nach, theils neben einander³⁰⁾; die Municipalmagistrate hatten bald kraft eigener Gerechtsame, bald nur im Auftrag der Provincialstatthalter rc. zu fungiren (S. 831). — Mit der Quelle wechselten aber auch die Modalitäten und der Umfang dieser Vollmachten. Denn während die alten lediglich und ohne weiteres zur Aufstellung von Tutores berechtigt und verpflichtet zu haben scheinen, erweiterten sich die neuen zur Constituirung von Waisen- und Obervormundschaftsbehörden, denen nicht nur die Aufstellung der s. g. obrigkeitlichen Tutores, sondern auch die Competenz über Unterbehörden, der Zwang zum Antritt der Vormundschaft, Cautionszwang, Veräußerungsbewilligungen, Excusation und suspecti postulatio u. dgl. mehr zuftand^{31).}

c. Die Competenz dieser Behörden bestimmt sich theils nach dem Amtsprengel derselben, theils nach dem Domizil, oder der Heimat der zu ernennenden Tutores, theils nach dem Domizil, oder der Heimat, oder dem Vermögen des Pupillen. Keine Behörde kann einem Pupillen, der in ihrem Amtsprengel weder Heimat (originem, civitatem), noch Domizil (Incolat)³²⁾, noch ein Vermögen hat, einen Tutor geben, der in demselben Sprengel nicht entweder sein Domizil oder seine Heimat hat^{33).} Liegt das Vermögen des Pupillen in einem andern Sprengel, als dessen Heimat oder Domizil, so geht der Ort des Vermögens vor und soll der Pupille dorthin remittirt werden^{34).} — Mehrwärts belegene Vermögenshaften machen mehrere Behörden competent³⁵⁾ und zwar competent in

30) vgl. die Institutionenfigze de Atil. tut. vel eo qui ex lege Jul. et Tit. dabatur 1, 20 und Weiteres in Rudorff, Vormundschaft I §. 47. §. 48.

31) §. 3 J. eod. 1, 20. c. 2 C. Th. praed. min. 3, 32. Rudorff, Vormundschaft I §. 349. Mommsen, röm. Staatsr. I §. 183. II, 1 §. 98. §. 216.

32) I. 7 C. incol. 10, 40 (39).

33) I. 1 §. 2 D. tut. et cur. dat. 26, 5; I. 27 pr. eod.; — I. 3 eod. I. 5 C. qui dare tut. 5, 34.

34) I. unic. C. ubi pet. tut. 5, 32. fr. Vat. §. 232.

35) I. 27 pr. D. tut. et cur. dat. 26, 5. I. 30 §. 1 D. excus. 27, 1.

Betreff des Pupillen und seines Vermögens überhaupt, nicht blos in Betreff des dort belegenen Vermögens³⁶⁾). Freilich kann der Magistrat sofort die Ernennung auf das in seinem Sprengel belegene Vermögen einschränken, gleichwie der Tutor die Tutel, soweit sie über seine Provinz hinausgeht, ablehnen darf³⁷⁾; allein wosfern diese Einschränkung nicht ausdrücklich erfolgt, ist der Tutor für die Tutel überhaupt ernannt³⁸⁾. Nur wenn die Ernennung mit Einschränkung erfolgt, oder die Tutel in Betreff des fernen Vermögens abgelehnt wird, ist der fremde Magistrat zur Ernennung eines Tutors über das ferne Vermögen noch nachher competent³⁹⁾; außerdem steht ihm das tutorem habenti tutor non datur entgegen. Die Stadtmagistrate greifen zwar über ihr eigenes Weichbild hinaus, wenn sich in diesem keine taugliche Persönlichkeit findet; aber nur um dem Provinzialstatthalter sc. eine solche zu nennen, nicht um sie zu ernennen⁴⁰⁾.

d. Das Verfahren beginnt mit tutoris petitio. Diese besteht nicht überall in der bloßen postulatio, daß ein Tutor gesetzt werde⁴¹⁾, sondern auch in der Bezeichnung von Personen, aus welchen der eine oder die mehreren Tutores genommen werden sollen (nomina dare, edere, nominatio)⁴²⁾. — Auf die petitio folgt die obrigkeitsliche inquisitio, vorausgesetzt daß der bestellende Magistrat ex inquisitione (ohne eigene Haftung), nicht blos ex satisdatione (mit eigener Haftung) bestellen kann (§. 502 Nr. 2 u. 7), daß er also namentlich nicht blos im Auftrag eines höheren Magistrates bestellt, oder daß er zwar ex inquisitione zu bestellen vermöchte, statt dessen aber einen unterstehenden Magistrat mit der Bestellung be-

36) l. 27 pr. D. excus. 27, 1.

37) l. 21 §. 2. §. 3 eod. unten §. 507 Anm. 35.

38) l. 2 C. excus. 5, 62.

39) l. 21 §. 4 D. excus. 27, 1, vgl. oben bei Anm. 17.

40) l. 1 §. 10 D. mag. conv. 27, 8 = l. 24 D. tut. et cur. dat.

26, 5.

41) l. 3 C. qui pet. tut. 5, 31.

42) l. 2 (bes. §. 2) D. qui pet. 26, 6. l. 2 §. 23 D. ad SC. Tert. 38, 17. l. 2 C. qui pet. 5, 31. Es läßt sich vermuthen, daß alle, die zur petitio verpflichtet waren sc., auch Namen zu nennen hatten, woferne dies irgend anging, vgl. l. 24 D. tut. et cur. 26, 5 = l. 1 §. 10 D. mag. conv. 27, 8.

traut (S. 831). Gerichtet aber ist die Prüfung darauf, ob der Fall der obrigkeitlichen TuteL überhaupt vorliege⁴³⁾; dann auf die Person des Candidaten; und zwar erhebt weder Stand und Ansehen, noch Vermögen, noch Verwandtschaft und Freundschaft über diese Prüfung⁴⁴⁾; im Zweifel gibt Rechtschaffenheit den Auschlag⁴⁵⁾ (*vir bonus eligitur*). Unwesenheit des Tutors oder Pupillen ist nicht nothwendig⁴⁶⁾; war ersterer anwesend, so konnte die Prüfung auch sofort auf den Excusationsgrund erstreckt werden, wenn ein solcher vorgebracht war⁴⁷⁾. — Den Schluß bildet das Ernennungsdefret. Es muß pro tribunali erfolgen, wenn ex inquisitione bestellt wird, kann, ja muß die Ernennung von mehreren zugleich enthalten, wenn mehrere gegeben werden wollen, und ist an jedem Tage möglich⁴⁸⁾. —

e. Das Petitionsrecht dürfte wohl allen denen zugestanden sein, die pro alio zu postuliren befugt waren⁴⁹⁾, so wie denen, welche nur pro certis personis zu postuliren befugt waren, wenn der Pupille sich unter diesen certis personis befand⁵⁰⁾. Allein ganz ging dieses Petitions- und Nominationsrecht in dem Postulationsrecht nicht auf, indem es, Verwandtschaft oder Affinität vorausgesetzt, auch den Frauen zustund, trotzdem diese pro alio nicht postuliren durften⁵¹⁾. Diese Ausdehnung des Petitionsrechtes wird aber mit der Petitionspflicht zusammengehangen haben. Denn diese dürfte, als ein Bestandtheil des Officiums⁵²⁾, für Cognaten und Affinen wie für Freigelassene des Vaters von altersher bestanden haben⁵³⁾,

43) 3. B. l. 26 D. tut. et cur. dat. 26, 5. l. 9 §. 2 D. tut. et rat. 27, 3.

44) l. 18 D. tut. et cur. dat. 26, 5. cf. l. 1 §. 23 D. ventre in poss. 37, 9.

45) l. 1 §. 23 cit. l. 21 §. 5 D. tut. et cur. 26, 5.

46) l. 5. l. 6 eod. l. 19 C. adm. tut. 5, 37.

47) vgl. 3. B. l. 4 pr. D. excus. 27, 1.

48) l. 7 §. 1 D. conf. tut. 26, 3; — l. 23 D. tut. et cur. 26, 5 oben a. und c. a. E.; — l. 8 §. 2 D. eod. 26, 5.

49) vgl. l. 1 §. 1. §. 5 D. postul. 3, 1 mit c. 1 C. Th. qui petant 3, 18 („necessitas postulandi“). l. 3 („postula“). l. 9 („postulare“) C. qui pet. 5, 31. Rudorff, Wormundschafft I S. 417.

50) l. 1 §. 8 D. postul. 3, 1. Bgl. oben §. 500 Ann. 11.

51) l. 1 §. 5 D. postul. 3, 1 cit. 3. B. l. 5 C. qui pet. 5, 31.

52) l. 8. l. 9. l. 10. l. 2 C. eod. 5, 31. Oben §. 492 Ann. 2.

53) vgl. Kleenze, Familienr. der Cognaten u. Affinen S. 74 und

wenn sie gleich erst später auch vom Rechte anerkannt, petitio necessaria ward. Rechtlich nothwendig, bei Vermeidung der in §. 396 IV. 2 (S. 202) besprochenen Indignität, ward die petitio zunächst für die Mutter, dann für die Großeltern, endlich für die intestaterbberechtigten Verwandten überhaupt, und — über die Grenzen des Officiums hinaus — für den Pupillarsubstituten⁵⁴⁾. — Ergend eine bestimmte Frist für die Petition besteht nicht, sie hat sofort, d. i. sobald nur immer möglich zu erfolgen⁵⁵⁾. —

4. Auf obrigkeitslicher Confirmation⁵⁶⁾. Von den Fällen testamentarischer Bestellung, wo tota datio nihil valebit⁵⁷⁾, müssen diejenigen unterschieden werden, welche zum mindesten in so weit wirken, daß die Vormundschaftsbehörde sie zu confirmiren hat: entweder schlechthin, oder je nach Besund (sine, ex inquisitione). Zum Unterschiede von jenen erstenen, die rechtlich als nicht gegeben erscheinen, sind sie die nicht recht gegebenen (non recte dati — s. g. tutela test. imperfecta). Da fehlt es zwar an dem Vater, der allein richtig geben kann; allein es gibt die Mutter, ein Verwandter, Bekannter, kurz wer den Vormund zwar nicht ernennen aber doch nennen kann oder soll⁵⁸⁾; oder nur an der rechten Form des letzten Willens, nicht am letzten Willen selbst; oder nur an dem Ort, wo der letzte Wille stehen sollte; oder es fehlt nur an der väterlichen Gewalt über denjenigen dem gegeben wird, aber nicht an der (echten und rechten) Vaterschaft⁵⁹⁾. Wider den Begriff der Tutel selbst, oder gegen die Fähigkeit zur Tutel, oder das Er-

1. 1 pr. §. 2 D. ubi pup. educ. 27, 2. Leist bei Glück, Comm. Serie 37. 38 Bd. 5 S. 110 Anm. 7.

54) 1. 2 §. 1. §. 2 D. qui pet. 26, 6. c. 1 C. Th. eod. 3, 18. 1. 2 C. si adv. delictum 2, 34 (35). 1. 10 C. legit. her. 6, 58. Voigt, Jus nat. III Anm. 1889 und Seuffert, Pand. §. 597 Anm. 14. — Freigelassenen drohte eine öffentliche Strafe: 1. 2 §. 1 cit.

55) 1. 28 §. 2 C. adm. tut. 5, 37. 1. 2 §. 24. §. 43 D. ad SC. Tert. 38, 17.

56) D. de confirmando tuteore vel curatore 26, 3. C. de conf. tut. 5, 29.

57) 1. 13 D. test. tut. 26, 2.

58) vgl. 1. 32 D. excus. 27, 1. 1. 2 pr. 1. 4. 1. 5 D. h. t. 26, 3. 1. 3 C. h. t. 5, 29.

59) 1. 1 §. 1. §. 2. 1. 3 D. h. t. 26, 3.

forderniß der Willensbestimmtheit ist hier nirgends verstoßen; eines oder das andere hievon ist aber der Fall, wo die testamentarische Bestellung schlechthin nichtig ist⁶⁰⁾. — Nur wo die Ernennung vom Vater herrührt, und nicht etwa seit der Ernennung sich etwas in dem Grund der Ernennung verändert hat, ist sine inquisitione zu confirmiren⁶¹⁾; hier wird der confirmirte Tutor auch durchweg gleich einem testamentarischen behandelt⁶²⁾. Außerdem ist nicht ohne Prüfung und nur unter der Voraussetzung zu bestätigen, daß der Pupille von dem Nennenden leztwillig bedacht ist⁶³⁾. Ein also Confirmirter steht nicht durchweg dem testamentarischen Tutor gleich⁶⁴⁾. — Das Recht zur Confirmatio und die Competenz scheinen gleichmäßig wie das Recht zur Bestellung und die diesfällige Competenz geregelt worden zu sein, nur daß es für die Mu-

60) I. 12—I. 15 D. test. tut. 26, 2. §. 4 J. qui dari tut. test. 1, 14: Certae autem rei vel causae tutor dari non potest —; I. 21 D. test. tut. 26, 2; I. 20 pr. eod. §. 27 J. leg. 2, 20.

61) I. 4 D. test. tut. 26, 2. I. 6 D. h. t. 26, 3. I. 2 C. h. t. 5, 29. §. 5 J. tut. 1, 13.

62) im Vorrang vor den legitimi tutores: arg. I. 27 pr. D. test. tut. 26, 2. I. 3 pr. C. quando mul. 5, 35, anders Windscheid, Band. §. 433 Anm. 10 a. E. — in den Folgen der Excusation: I. 32—I. 34 D. excus. 27, 1. I. 5 §. 2 D. de his quae ut indign. 34, 9 (oben §. 396 Anm. 26) — in der Satisfatio: I. 3 D. h. t. 26, 3 (oben §. 502 Anm. 4) — in der potioris nominatio, welche nur wider obrigkeitliche Bestellung vorkam: fr. Vat. §. 159. §. 246. Rudorff, Vermundshaft I §. 329 fg. II §. 14. Dagegen ist nach Windscheid, Band. §. 433 der confirmirte Vermund ein obrigkeitlich berufener, der nur in einzelnen Beziehungen behandelt wird wie ein leztwillig berufener.

63) I. 4 D. test. tut. 26, 2. I. 4. I. 7 pr. D. h. t. 26, 3. I. 4 C. h. t. 5, 29. Wegen dieser Stellen ist im Text Pupille statt Genannte der 1. Aufl. §. 1353 gesetzt worden; die dort mit cf. angezogene I. 11 pr. D. h. t. 26, 3 steht nicht im Wege. Bedenken hat dagegen längst I. 4 C. test. tut. 5, 28 erregt, welche die Meisten durch Streichung des zweiten non gehoben haben: J. Bangewow, Band. §. 265 Anm. unter 2. — Die Confirmation einer von einem extraneus ausgegangenen Nennung hat zur „ferneren Voraussetzung, daß das Kind kein weiteres Vermögen hat“: Windscheid, Band. §. 433 Anm. 13.

64) Excusation bringt ihn nicht in Conflict mit dem iudicium patris: I. 32—I. 34 D. excus. 27, 1. I. 5 §. 2 D. de his quae ut ind. 34, 9. — Satisfatio ist ihm nicht erlassen, wenn der competente Magistrat nicht selbst confirmiri, sondern durch Unterbehörden confirmiren läßt: I. 5 D. h. t. 26, 3. I. 46 §. 6 D. adm. tut. 26, 7 vgl. mit I. 2 pr. D. h. t. 26, 3 — wogegen ihm potioris nominatio (die dem testamentarischen Tutor abgeht) zu statthen kommt: fr. Vat. §. 211 cf. §§. 159. 246. S. auch die Verweisungen der Anm. 62.

nicipalmagistrate anders als mandatweise nicht vorkommt⁶⁵⁾). Gleiches gilt von dem Verfahren⁶⁶⁾, nur daß hier nach Umständen die inquisitio ausfällt⁶⁷⁾; ein gleiches von dem Petitionsrechte und der Petitionspflicht⁶⁸⁾.

§. 507.

Excusation.

D. de excusationibus 27, 1. C. de excus. et temporibus earum 5, 62.

J. de excus. tutorum vel curatorum 1, 25.

Wer also (§. 506) Tutor geworden ist, kann von der Tutel noch frei (immunis) werden, ohne daß eine Remotion, oder das Ende der Tutel (für ihn, oder an sich) einträte. Diese Befreiung war möglich durch excusatio und potioris nominatio. Beiderlei Gattungen von Einwänden (gewissermaßen Exceptionen) wider das ius der Delation kamen wider die Uebertragung nicht blos der Tutel, sondern der munera publica und civilia überhaupt vor: die excusatio als Geltendmachung einer Immunität¹⁾, — die potioris nominatio als Vorschreibung eines durch Verwandtschaft, Vermögen, Kredit (nicht auch Nachbarschaft) tauglicheren Kandidaten²⁾. Die potioris nominatio, nur wider obrigkeitliche Bestellung oder Confirmirung ex inquisitione möglich³⁾, gerade den bei der obrigkeitlichen Bestellung zunächst in Betracht kommenden Personen, Cognaten und Affinen, Freigelassenen, Collegen und Corporationsgenossen nicht möglich⁴⁾, und den Nominator nicht schlechthin entlastend (§. 502 bei Anm. 17), kommt in unseren Quellen

65) Rudorff, Vormundschaft I §. 322.

66) 3. B. l. 5 D. h. t. 26, 3 — praetor non ante decretum interponere potest quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis.

67) 1. 1 §. 2. l. 6 D. h. t. 26, 3. 1. 4 D. test. tut. 26, 2.

68) arg. 1. 4 pr. §. 4 D. qui petant 26, 6.

1) vgl. D. de excusationibus 27, 1 mit D. de vacatione et excusatione munerum 50, 5. D. de iure immunitatis 50, 6. C. de excusationibus munerum 10, 48 (47) et titt. sqq. pr. J. h. t. 1, 25 — a tutela vel cura possunt excusari exemplo ceterorum munerum —. l. 1 §. 2 D. quando app. 49, 4. S. auch oben §. 500 Anm. 16 fg.

2) fr. Vat. §§. 157—167. 206—219. Paul. r. s. II 28 u. 29.

3) fr. Vat. §§. 159. 211; vgl. oben §. 506 Anm. 62 u. 64.

4) fr. Vat. §§. 158. 214—219.

nicht mehr vor⁵⁾). Näherer Betrachtung bedarf darum nur mehr die Excusation.

Voraussetzung der Excusation ist Delation. Wo die Delation selbst an einer Nichtigkeit leidet, ist excusatio weder nothwendig noch denkbar⁶⁾). Vor der Delation ist keine Excusation⁷⁾, sondern nur ein Vorbringen von Excusationsgründen (anlässlich der inquisitio in Sachen obrigkeitlicher Bestellung oder Confirmirung) denkbar (§. 506 Anm. 47). Daß die Delation rechtskräftig sein müsse, konnte man ursprünglich nicht schlechthin behaupten, indem wenigstens die Excusation wider Delation durch obrigkeitliches Dekret bis auf Mark Aurel die Gestalt einer Appellation hatte⁸⁾.

Der Excusationsgründe sind vielerlei —

I. die meisten von der Art, daß sie zwar einerseits nur von der erst anzutretenden, nicht auch von der bereits angekommenen Tutel (a tutela suscipienda, nicht suscepta), anderseits dagegen ohne Einschränkung auf eine gewisse Zeit, Person oder einen gewissen Theil, und nur nach dem freien Willen des Delaten befreien⁹⁾). Von dieser Art sind:

1. Die Bekleidung eines Staatsamtes im äußeren Dienste; wenn es gleich eine bloße Stadt beträfe¹⁰⁾; —

2. Die Stellung eines öffentlichen (concessionirten) Lehrers oder Arztes, oder eines Getreidemessers¹¹⁾; —

3. Die Zahl von 3, 4, 5 leiblichen, lebenden Kindern (in Rom, Italien, den Provinzen¹²⁾), oder anstatt je des verstor-

5) Rudorff, Wormundshäft II S. 9 Anm. 9.

6) I. 13 §. 12 D. h. t. 27, 1.

7) I. 16 in fin. eod.

8) I. 1 §. 1 D. quando appell. 49, 4. cf. I. 16. I. 13 pr. D. h. t. 27, 1.

9) cf. I. 2 C. si tut. fals. adleg. 5, 63. fr. Vat. §. 154. I. 17 §. 5 D. h. t. 27, 1.

10) §. 3 J. h. t. 1, 25. I. 17 §. 5. I. 6 §. 14 D. eod. 27, 1. §. 1 J. eod. I. 41 pr. D. eod. — I. 22 §. 1 D. eod. fr. Vat. §. 136 — nicht auch die Bekleidung eines bloß städtischen Amtes: I. 23 pr. D. eod.

11) §. 15 J. h. t. 1, 25. I. 6 §§. 1—12 D. eod. 27, 1 (§. 12 cit.: Νόμων δὲ διδάσκαλοι ἐν παιδικίᾳ διδάσκοντες ἀφεσιν οὐχ ἔχουσιν, ἐν Ρώμῃ δὲ διδάσκοντες ἀφίενται.); I. 26 D. eod.

12) pr. J. h. t. 1, 25. I. 2 §§. 2—6. I. 36 §. 1 D. h. t. 27, 1. I. 1 C. qui numero lib. 5, 66. (I. 2 §. 2 cit.: Νομίμους δὲ παιδας εἶναι δεῖ πάντας, καὶ μὴ ὄσιν ἐν ἔξουσιᾳ.).

benen Kindes, die Enkel aus ihm (so daß beliebig viele Enkel aus Einem Kinde für Ein KInd zählen¹³⁾); —

4. Die Zahl von drei dem Delaten bereits obliegenden, nicht gesuchten, und nicht gar zu geringfügigen, — ebendarum allenfalls auch schon eine geringere Zahl von Tutelen oder Curatelen¹⁴⁾; ja sie brauchen nicht dem Delaten selbst obzuliegen, wosfern sie nur im „Hause“ desselben bestehen, und der Hausvater für alle mit aufzukommen hat¹⁵⁾; wogegen anderseits nicht schon die Zahl der Pupillen, für welche admistrirt werden soll, sondern erst die Zahl der (ungetheilten) Patrimonien entscheidet¹⁶⁾); —

5. Unbrauchbarkeit in Geschäften, unter anderem wegen Unkenntniß im Lesen und Schreiben¹⁷⁾); —

6. Das Alter von 70 Jahren¹⁸⁾); —

7. Der Wohnort — wenn ihn der Delat nicht am Orte der Tutel hat¹⁹⁾); —

8. Ernennung aus Feindschaft (des Testators)²⁰⁾); —

9. Tödtliche nicht gesühnte Feindschaft mit dem Vater des Pupillen²¹⁾; — insonderheit auch ein Statusprozeß, in welchen der Vater des Pupillen den Delaten verwickelt hat²²⁾); —

10. Ein Prozeß mit dem Pupillen, wenn er um das ganze Vermögen, oder einen großen Theil desselben, oder eine Erbschaft geht²³⁾.

II. Etwelche befreien nicht bloß von der erst anzutretenden (a suscipienda), sondern auch von der bereits angetretenen Tutel (a suscepta t.):

13) 1. 2 §. 7 D. h. t. 27, 1. 1. 2 C. qui num. lib. 5, 66. Vor dem Feind (in der Schlacht) verlorene gelten für lebend: pr. in f. J. h. t. 1, 25. 1. 18 D. h. t. 27, 1.

14) §. 5 J. eod. 1. 2 §. ult. 1. 4 pr. 1. 31 pr. §. 4 D. h. t. 27, 1. 1. unic. C. qui num. tut. 5, 69.

15) 1. 5. 1. 4 §. 1 D. h. t. 27, 1. S. oben §. 501 Anm. 26.

16) 1. 3 D. eod. §. 5 J. h. t. 1, 25.

17) 1. 6 §. ult. D. eod. §. 8 J. eod.

18) §. 13 J. eod. 1. 2 pr. §. 1 D. eod. 1. unic. C. qui aetate 5, 67 (68).

19) 1. ult. §. ult. D. h. t. 27, 1.

20) §. 9 J. eod. 1, 25. 1. 6 §. 17 in fin. D. eod.

21) §. 11 J. eod. 1. 6 §. 17 D. eod. Paul. r. s. II, 27, 1.

22) §. 12 J. eod.

23) §. 4 J. eod. 1. 21 pr. D. eod.

1. Entfernung in Staatsangelegenheiten²⁴⁾; —
2. Krankheit²⁵⁾; —
3. darum auch Armut²⁶⁾; —
4. Aufnahme in den unmittelbaren Dienst des Regenten²⁷⁾; —
5. Veränderung des Wohnorts auf Geheiß oder mit Zustimmung des Regenten, der von der Tutel weiß²⁸⁾.

III. Temporär im engeren Sinne des Wortes (l. 12 pr. D. h. t.) sind nur solche Excusationsgründe, die von einer bereits angetretenen Tutel, und von dieser nicht definitiv (in perpetuum), sondern nur bis auf weiteres (ad tempus), nämlich bis zum Wegfall des Excusationsgrundes befreien, so daß ein nur interimistischer Tutor oder Curator in locum des Excusirten zu bestellen ist. Von dieser Art ist:

1. Der Abgang des Tutors in Staatsäachen (II, 1.) in allen Fällen²⁹⁾, —
2. die Erkrankung des Tutors (II, 2.) je nach Art der Krankheit³⁰⁾.

Den noch übrigen Excusationen von bereits angetretener Tutel wird folch ein blos interimistischer Charakter nicht beigelegt³¹⁾.

Im weiteren Sinne des Wortes können freilich auch Excusationsgründe, welche blos von anzutretender Tutel befreien, temporär sein³²⁾; allein damit kann nur gesagt sein, daß später eine abermalige Delation (durch obrigkeitliche Bestellung) möglich, nicht daß die Excusation blos temporär und also ein blos interimistischer Erjaß (in locum eius) nothwendig sei.

24) nach l. 11 §. 2 D. min. 4, 4 nur wenn sie eine überseifche ist, nicht so nach §. 2 J. h. t. l. 10 §. 2 l. 45 §. 1 D. h. t. cf. l. 2 C. si tutor reip. 5, 64.

25) l. 10 §. ult. l. 11 l. 40 pr. l. 45 §. 4 D. h. t. §. 7 J. h. t. l. unic. C. qui morbo 5, 68 (67).

26) §. 6 J. l. 40 §. 1 D. h. t.

27) l. 11 §. 2 D. min. 4, 4 l. 30 pr. D. h. t. 27, 1.

28) l. 12 §. 1 eod.

29) §. 2 J. h. t. — excusantur, quatenus rei publicae causa absunt, et interea curator loco eorum datur. l. 10 §. 2 D. h. t.

30) l. 10 §. ult. — l. 12 pr. D. h. t.

31) vgl. l. 30 pr. D. h. t. — quoniam... honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet.

32) z. B. l. 6 §. 14 l. 22 §. 1 D. h. t. Nr. I, 1. 2.

In Einem Falle ist selbst die abermalige Delation nicht sofort mit dem Hinwegfalle des Excusationsgrundes möglich; der heimgekehrte Gesandte sc. (II, 1) hat noch ein Jahr lang „Vacanz“^{33).}

IV. Gewisse Städte und Gemeinden, Stände, Corporationen pflegten Immunität nur gegenüber den Ungenossen, das Excusationsrecht also nur gegenüber gewissen Personen zu bekommen^{34).}

V. Nur auf einen Theil der Tutel geht die Befreiung von der Administration der in einer anderen Provinz oder 100 Mitglien von dem Domizil des Tutors entfernten Vermögenstheile^{35).}

VI. Außer dem Excusationsrecht gibt es auch eine Excusationspflicht (excusatio necessaria), gleichmäßig gegen Fortführung wie gegen Uebernahme der Tutel. Nichterfüllung zieht Remotion, jedoch nicht überall mit Infamie nach sich^{36).} Eine solche Excusationspflicht ist begründet,

1. wenn der Delat mit dem Pupillen um die väterliche Erbschaft streitet, darum wohl auch wenn sich der Streit um das Vermögen des Pupillen überhaupt, oder um den größten Theil desselben, oder um den Status des Pupillen dreht^{37).} Sonstige Prozesse des Tutors mit dem Pupillen geben nicht einmal ein Excusationsrecht^{38); —}

2. wenn ihm die Tutel von dem Vater direct, oder von der Mutter in der Art untersagt ist, daß sie den Pupillen nur unter der Bedingung eingesetzt hat, daß er außer der väterlichen Gewalt des Delaten sei^{39); —}

3. wenn er sich die Bestellung erkauft hat^{40); —}

33) §. 2 J. h. t. — hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.
1. 10 §. 2 D. h. t. — ὁ γὰρ ιναυτὸς πρὸς τὰς μελλούσας καινὰς διδοται, οὐχὶ πρὸς τὰς ἀναλαφθῆναι διετοίσεις.

34) I. 17 §. 1. §. 7. I. 8 pr. §. 12. I. 17 §. 2. §. 3. I. 41 §. 3. I. 42. cf. I. 23 §. 1. I. 46 pr. §. 1 D. h. t.

35) I. 10 §. 4. I. 19. I. 21 §. 2. §. 3 D. h. t., oben §. 506 bei Anm. 37.

36) vgl. I. 17 C. h. t. 5, 62 „ne . . . labem pudoris contrahat“ mit I. 21 §. 2 D. tut. et cur. dat. 26, 5 „μερούσης τῆς ξπιτιμίας“.

37) I. 20 D. h. t. 27, 1; I. 21 pr. eod.; I. 6 §. 18 eod.

38) §. 4 J. h. t. 1, 25. I. 16 C. h. t. 5, 62. fr. Vat. §. 139.

39) I. 21 §. 2. §. 1 D. tut. et cur. dat. 26, 5.

40) arg. I. 21 §. 6 eod. — τούτους γὰρ καὶ κολάτει ὑπευθύνους εἴραι —.

4. ob nicht auch durch tödtliche Feindschaft, in welcher der Delat mit dem Vater des Pupillen gelebt hat? I. 9⁴¹).

5. durch Pachtung fiscalischer Gefälle⁴²).

Mehrere unvollständige Excusationsgründe können nicht zu einem einzigen ganzen summirt werden⁴³).

Das Excusationsrecht, wosfern es nicht zugleich Pflicht ist, unterliegt (gleich der potioris nominatio) selbst wieder gewissen Ausnahmen oder Einschränkungen (gewissermaßen Repliken). So wenn der Excusationsberechtigte dem Vater Übernahme der Tutel versprochen⁴⁴), — wenn er vom Vater ernannt, das ihm von diesem Hinterlassene angenommen⁴⁵), man kann also wohl sagen: wenn er auf sein Excusationsrecht verzichtet hat⁴⁶).

Verschieden von diesen Ausnahmen des Excusationsrechtes sind die Nachtheile, mit welchen seine Ausübung verknüpft ist, wenn diese dem Officium, oder sonst einer sittlichen Anforderung widerstrebt, wie die vorher erwähnte Indignität (Anm. 46), oder der Enterbungsgrund in Nov. 115 c. 3 §. 12 (oben §. 378 Anm. 35 u. 41), der freilich nur im Gebiet der cura vorkommt. Auf dem der Tutel ist das Officium des Clienten gegenüber den Descendenten des Patrons, und das der Affinen unter einander selbst zum Grund einer Ausnahme von dem

41) vgl. besonders Paul. r. s. II, 27 §. 1 (ne paterno inimico pupillus committatur) und I. 3 §. 12 D. susp. 26, 10.

42) I. 6 (5) §. 10 D. iure immuu. 50, 6. I. 8 §. 1 D. vacat. et exc. mun. 50, 5. I. unic. C. conduct. vectig. 10, 57 (56). Rudorff, Wormundschaft II §. 88 und oben §. 502 Anm. 38. Wegen der Pachtung fiscalischer Güter, s. Puchta, Band. §. 341 not. k.

43) I. 15 §. 11 D. h. t. 27, 1. I. unic. §. 2 C. qui mun. tut. 5, 69.

44) §. 9 J. h. t. 1. 15 §. 1 D. h. t. 1. 29 D. test. tut. 26, 2. I. 18 §. 1 D. lege Corn. 48, 10.

45) I. 5 §. 2 D. his quae ut indig. 34, 9. Oben §. 396 Anm. 26 (S. 202).

46) vgl. C. de his qui sponte munera suscepérunt 10, 44 (43). Windjcheid, Band. §. 435 Anm. 7; denn umgekehrt enthielt namentlich die Ausübung des Excusationsrechtes vor Annahme des Hinterlassenen von Indignitätswegen einen Verzicht auf dieses: I. 5 §. 2 cit. (Anm. 45) und oben §. 396 Anm. 26. Also mag man auch den Umstand, daß die Excusationen regelmäßig nur a suscipienda tutela befreien, immerhin auf einen Verzicht und eine Ausnahme zurückführen: Windjcheid a. a. D. b.

etwaigen Excusationsrechte geworden⁴⁷⁾, auffallenderweise nicht so das Officium der Cognaten⁴⁸⁾.

Wo das Excusationsrecht bloß Recht ist, läuft es seit Mark Aurel allgemein in einer Nothfrist von mindestens 50 Tagen, vom Tage der erfahrenen Delation angefangen, ab⁴⁹⁾. Ueber das Verfahren und die Unfechtbarkeit des Urtheils s. Anm.⁵⁰⁾. An Nichtigkeit leidet das Urtheil namentlich in dem Falle, wo der Excusant mit falschen Excusationsgründen durchgedrungen ist⁵¹⁾.

Durch eine nichtige Excusation wird der Tutor selbstverständlich auch seiner Haftung nicht ledig⁵²⁾.

§. 508.

P r e m o t i o n .

D. de suspectis tutoribus et curatoribus 26, 10. J. eod. 1, 26. C. de suspectis 5, 43.

So nennt man die wider den Willen des Delaten erfolgte Entbindung von der Tutel (und Cura). Die Gründe, aus welchen diese Entbindung erfolgt, und ihre Wirkung sind bereits oben §. 500. 2. u. 3. dargestellt. Ihrer Form nach erscheint sie nach neuerem Rechte gleich der excusatio stets in Gestalt eines (appellablen) Dekretes, im Gefolge einer extraordinaria cognitio¹⁾. Sie ist noch vor Antritt der Tutel, ja gerade deswegen, weil der Tutor nicht antritt, und in diesem Falle selbst in Abwesenheit des Angeklagten, und ohne Contu-

47) I. 5 C. h. t. 5, 72. I. 14 D. eod. 27, 1. fr. Vat. §. 224; ibid. §. 151. §. 223.

48) I. 30 §. 2. 1. 36 §. 1 in fin. D. h. t.

49) §. 16 J. h. t. I. 13 §. 2. §. 3. §. 5 D. h. t. Fälle der echten Noth sind ausgenommen: I. 13 §. 7 eod. Zu I. 13 §. 2 s. Bd. I §. 30 Anm. 7.

50) I. 13 §. 8. I. 25 D. h. t. 27, 1; D. si tutor etc. creatus appellaverit 49, 10. Rudorff, Vormundschaft II §. 103 I. §. 104. Baron, der Denuntiationsprozeß §. 2 sq. nebst Kipp in der Festgabe für Windshied S. 97. S. auch Bd. I §. 91 Anm. 25.

51) §. ult. J. h. t. C. si falsis allegationibus excusatus sit 5, 63. I. 60 pr. D. r. n. 23, 2.

52) I. 1. 1. 3 C. cit. 5, 63.

1) I. 6 D. ubi pup. 27, 2. Thalelaei, Theodori etc. Comum. ad Tit. D. et C. de proc. in Meermann, Thes. V p. 23. Rudorff, Vormundschaft III §. 200 I. Hruza, Lege agere pro tutela §. 7. S. auch Bd. I §. 91.

macialverfahren möglich²⁾). Selbst eine Anklage ist nicht unerlässlich³⁾, trotzdem sie jedem zusteht⁴⁾, sogar Frauen, wenn sie in besonderem Pietätsverhältnisse zum Pupillen stehen⁵⁾, und trotzdem sie gewissen Personen, nämlich den Cognaten und Affinen, den Freigelassenen, den Contutoren ex officio obliegt⁶⁾. Auch diese Pflicht hat ihren rechtlichen Erfolg erhalten: nicht bloß den der obligatorischen Haftung in der Person der Contutoren (§. 503 bei Ann. 37 u. 52), sondern auch den, daß sie jeden Ersatzanspruch wegen Aufwandes auf die postulatio ausschließt⁷⁾. Das Recht zur Removirung endlich ist, verschieden von dem ius dandi (§. 506. 3. b.), ein Bestandtheil der iurisdictio⁸⁾.

§. 509.

E n d e d e r T u t e l .

J. quibus modis tutela finitur 1, 22. C. quando curat. vel tutores esse desinant 5, 60.

Die Tutel (als potestas und officium des Tutors) geht zu Ende mit erlangter Pubertät, mit dem Tod und jedweder capititis deminutio des Pupillen¹⁾; — mit dem Tod²⁾, mit media und maxima c. d. des Tutors, auch mit minima c. d. bei der tutela legitima³⁾; — mit Eintritt der Resolutivbedin-

2) I. 7 §. 3 D. h. t. 26, 10. I. 6 eit.

3) I. 3 §. 4. §. 12. I. ult. D. h. t. 26, 10.

4) I. 1 §. 6 I. 3 pr. I. 7 pr. eod.

5) §. 3 J. h. t. 1, 26.

6) I. 6 C. h. t. 5, 43. I. 3 §. 1 D. h. t. 26, 10. I. 1 C. si tut. non gess. 5, 55. I. 3 §. 2 etc. D. adm. tut. 26, 7 (oben §. 503 Ann. 36).

7) arg. I. 43 (44) D. neg. gest. 3, 5: Is qui amicitia ductus paterna pupillis tutorem petierit vel suspectos tutores postulavit, nullam adversus eos habet actionem —. Rudorff, Vormundshaft III §. 184. Oben Bd. II §. 321 Ann. 34.

8) I. 1 §. 4. §. 3 D. h. t. 26, 10. I. 4 pr. D. off. eins cui 1, 21. I. 1 in fin. C. si tut. non gess. 5, 55. Rudorff, Vormundshaft III §. 194 I.

1) pr. §§. 1. 3. 4 J. h. t. 1, 22. S. ferner I. 2 C. h. t. 5, 60: Tutoris officium ex sola voluntate pupilli non finiri certissimum est. Vgl. ferner, auch zum Folgenden, Bd. I §. 74 bei Ann. 7.

2) i. jedoch auch oben §. 473 Ann. 14.

3) I. 6 §. 6 D. de his qui not. inf. 3, 2 — heres neque in tute-
lam neque in societatem succedit —. §§. 3. 4 J. h. t. 1, 22. I. 5
§. 5 D. leg. tut. 26, 4. I. 7 pr. D. cap. min. 4, 5. Ueber diese letzte
Stelle s. Arndts, Pand. §. 450 Ann. 1.

gung und des Endtermins, unter denen die testamentarische Bestellung erfolgt (oder confirmirt) ist⁴⁾; — mit der Excusation und Remotion des Tutors (§§. 507. 508)⁵⁾. Doch ist schon oben vorgekommen, daß Excusation und Remotion nicht durchweg als finis tutelae gelten (§. 506. 3. a).

§. 510.

Protutores. Falsi tutores.

D. de eo qui pro tute prove curatore negotia gessit. 27, 5. C. de eo qui pro tut. neg. gessit. 5, 45. — D. quod falso tute auctore gestum esse dicatur 27, 6.

Die bloße Thatjache, daß jemand als Tutor fungirt hatte, reichte zur actio tutelae (directa wie contraria) nicht aus; er mußte auch wirklich Tutor (verus tutor) gewesen sein. Um eben deswillen stieß tutelae actio nicht selten auf Schwierigkeiten; denn häufiger als es uns geläufig ist machte die Frage, ob jemand wirklich Tutor sei, Schwierigkeiten¹⁾. Trotzdem also daß jemand als Tutor fungirt hatte, vielleicht auch wirklich Tutor gewesen war, drang actio tutelae leicht nicht durch. Darum Aufstellung der protutelae actio; wer einmal als Tutor fungirt hatte, sollte belangt werden, oder klagbar auftreten können, gleichviel ob er in Wahrheit Tutor war oder nicht²⁾.

1) §. 2. §. 5 J. h. t. 1, 22. 1. 14 §. 3. §. 5 D. tut. 26, 1. 1. 9
§. 2. §. 3 D. tut. et rat. 27, 3. Oben §. 506 Anm. 5.

2) §. 6 J. h. t. 1, 22. 1. 14 §. 4 D. tut. 26, 1. — Für Frauen als Vormünder gilt die Wiederverheirathung als gesetzliche Remotionsbedingung, oder doch als Remotionsgrund: Nov. 94 c. 2 in fin. Oben §. 471 Anm. 63 vgl. 64, §. 505 Anm. 7 und s. auch Seuffert, Pand. §. 500 Anm. 7.*

1) vgl. Sintenis, Civilrecht III §. 157 Anm. 1. 1. 1 pr. D. h. t. 27, 5. Bd. II §. 322 Anm. 44 und Dernburg, Pand. III §. 53 eingangs.

2) 1. 1 pr. cit. 1. 1 §. 1. §. 3 D. contr. tut. 27, 4. Daß eine contraria protutelae actio proponirt gewesen sei, hält Venel, Edictum S. 257 Anm. 4 nach dem Vorgang von Blas. at. 3. Geschichte der neg. gest. S. 122 unten — 124 für unwahrscheinlich. Letzterer macht auf die Verschiedenheit im Haftungsmaß für ein contr. iudicium aus Protut und eines aus bloßer neg. gestio aufmerksam und Gründe dafür geltend, daß contr. protut. actio als Geschöpf der Jurisprudenz bestanden habe. Nicht blos dies, sondern schon 1. 1 §. 3 cit. läßt Gradenwitz, Interpolationen S. 117 unbeachtet, indem er 1. 1 §. 1 cit. „natürlich“ für Emblema ex-

Fraglich ist, ob mit der protutelae actio nur belangt werden konnte, wer in Wahrheit nicht Tutor war, oder jeder der als Tutor gehandelt hatte, gleichviel ob er in Wahrheit Tutor gewesen oder nicht. Für ersteres spricht nicht nur die Annahme vieler Schriftsteller³⁾, sondern auch l. 1 §. 3 D. h. t. 27, 5 (cum eo qui pro tutore negotia gessit .. agi posse .. quia tutor non est .); für letzteres dagegen l. 3 eod., wonach Einer in Wahrheit Tutor gewesen sein und als Tutor gehandelt haben kann, und gleichwohl der tutelae actio nicht unterliegt (weil er nicht wußte, daß er tutor war)⁴⁾; da wird also zweifels-ohne Demand protutelae actione belangbar, der wirklichen Tutor war. Ferner scheinen der Anlaß und Zweck der protutelae actio darauf hinzuweisen, daß sie auch den wirklichen Tutor betraf; denn so schwierig es oft war zu bestimmen, ob Demand Tutor sei, gerade so schwierig mußte es eben so oft sein, zu bestimmen, daß Demand nicht Tutor, oder bloßer Protutor sei; die Schwierigkeit, der man durch Aufstellung der protutelae actio entweichen wollte, verlegte man also in eben diese Klage, wenn man sie davon abhängig machte, daß Gerent nicht Tutor war. Auch scheint l. 1 pr. sagen zu wollen, daß die protutelae actio freigab, ob Gerent Tutor sei, oder nicht sei (ut sive tutor est, sive non sit, qui gessit, tamen tene-
retur)⁵⁾.

Nichtsdestoweniger wird anzunehmen sein, daß, mit Ausnahme des Falles da der wahre Tutor nicht gewußt, daß er es sei (l. 3 cit.), nur Nichttutoren protutelae actione belangbar waren, sonach, mit derselben Ausnahme, nur Nichttutoren Protutoren waren oder hießen⁶⁾. Einer Schwierigkeit, den Gerrenten überall sicher entweder als Tutor oder als bloßen Protutor zu bestimmen, dürfte jetzt, nachdem einmal protutelae actio

stärkt und darauf Schlüsse baut. S. auch Lenel, Zeitschr. f. Rechtsgech. N. F. IX S. 180/1.*

3) v. B. Sintenis, Civilrecht III §. 157 (Text). Windscheid, Pand. §. 444 Nr. 2. Arndts, Pand. §. 461.

4) Bd. II §. 322 Anm. 41 u. 42.

5) ja Zimmern, Gesch. des röm. Privrs. S. 939 Anm. 27 verstand dies von einer alternativen Formulirung der Klage. Vgl. Anm. 9.

6) vgl. Rudorff, Vormundschaft III S. 11.

aufgestellt war, mit einer interrogatio in iure begegnet worden sein⁷⁾. Mit der bloßen Verneinung, daß er Tutor gewesen, konnte, wer einmal als Tutor fungirt hatte, nicht mehr entkommen; denn sie charakterisierte und band ihn nunmehr als Protutor⁸⁾). Nicht daß Demand mit einer und derselben Klage hafte, ob er Tutor sei oder nicht sei, will l. 1 pr. sagen; sondern daß er der Klage nicht entkomme, ob er Tutor sei oder nicht sei; wo nicht tutelae, trifft ihn protutelae actio⁹⁾).

Nur wer in der Meinung Tutor zu sein, oder mit dem Willen (animus) als Tutor zu handeln, handelt, kann Protutor sein. Wer außerdem für den Mündel handeln will, ist negotiorum gestor, nicht Protutor¹⁰⁾; wer als Curator für ihn handelt ist nicht Protutor, wenngleich der Mündel ein Pupille ist¹¹⁾. Obrigkeitslicher Zwang zur Handlung schließt den animus, als Tutor zu handeln, nicht aus¹²⁾. Aber nicht jeder der als Tutor handelt ist Protutor, vorausgesetzt auch daß er nicht verus tutor sei; denn vielleicht ist ein Tutor gar nicht möglich; wo kein Tutor, ist auch kein Protutor möglich¹³⁾. Protutelae actio sollte nur für den Fall da der Tutor unwiß, nicht da die Tutel unmöglich war, aushelfen. Dagegen schloß wieder der Umstand, daß nur dieser Tutor, nicht die Tutel unmöglich war, die Protutel nicht aus¹⁴⁾.

Das Maß der Haftung ist dasselbe für den Protutor wie für den Tutor¹⁵⁾. Das Ende der Tutel aber braucht wider

7) Bd. II §. 322 Anm. 44. Daß es sich bei besagter interrog. in iure nicht um die mit „spezifischer Rechtswirkung“ versehene handeln könne, wird nach dem Ergebniß von Demelius, Confessio S. 345. S. 350 anzunehmen sein.*

8) vgl. l. ult. D. quod falso tut. 27, 6.

9) Auch Nudorff, Vormundschaft III S. 13 Anm. 6, Edict. perp. §. 132 und Lenel, Edictum S. 257 haben jene Alternative nicht auf die Formel bezogen.

10) l. 4 C. neg. gest. 2, 18 (19). l. 5 §. 2 (6 pr.) D. eod. 3, 5.

11) l. 1 §. 7 D. h. t. 27, 5.

12) l. 1 §. 7 cit.

13) l. 1 §. 6 eod. Bd. II §. 322 Anm. 40.

14) l. 1 §. 2 eod.

15) Bd. II §. 322 Anm. 43. S. auch dort Anm. 45—47 und l. 39 §. 2 D. adm. tut. 26, 7.

ihn oder von ihm, der ja nicht Tutor ist (oder nicht als Tutor gilt — l. 3 eod.) nicht abgewartet zu werden¹⁶).

Das edictum de eo qui pro tutore (prove curatore) negotia gessit faßte den Prototor sc. nur in seinem Verhältnisse zum Pupillen sc.; das Edict quod falso tutore auctore gestum esse dicatur (D. 27, 6)¹⁷ in seinem Verhältnisse zu Dritten. Hier kamen überall nur solche Prototoren in Frage, welche in Wahrheit nicht Tutoren (falsi tutores) waren; nur diesen fehlten auctoritas und administrandi potestas, nur wo sie auctoritatem, administritatem, kam es zu nichtigen Veräußerungen, hinkenden Contrakten, erfolglosen Litis-Consumtionen, überhaupt zu restitutions- oder ersatzbedürftigen Lässionen des Dritten. Also nicht alle Prototoren des Edicthes D. 27, 5 waren auch falsi tutores¹⁸). Anderseits waren nicht alle falsi tutores des Edicthes D. 27, 6 auch Prototoren. Hier genügte, daßemand, der nicht Tutor war, als Tutor gehandelt, und dadurch den Dritten geschädigt hatte; ob überhaupt der Fall oder die Möglichkeit einer Tutel vorlag, der falsus tutor also pro tutore war, darauf kam hier nichts an; denn es handelte sich hier nicht um den Pupillen, sondern um einen Dritten¹⁹).

Wie schon angedeutet ist theils die Gewährung einer i. i. restitutio, theils die Gewährung einer Forderungsklage an Dritte, welche mit dem falsus tutor gehandelt, der Zweck dieses Edicthes gewesen²⁰).

16) I. 1 §. 3 D. h. t. 27, 5. I. 1 §. 3 D. contr. tut. 27, 4. I. 26 D. adm. tut. 26, 7. I. 4 §. 4 D. rem. pup. salv. 46, 6.

17) Unter dieser Rubrik sind nach Lenel, Edictum §. 44 und §. 122 zweierlei Edicte vereiniat: daß eine dem die Elterlein in l. 1 §. 2 s. 6 und in l. 7 pr. D. h. t. 27, 6 angehören, bezog sich ausschließlich auf den Fall, woemand dadurch, daß er mit einem Pupillen falso tutore auctore Litiscontestation vorgenommen, seinen Anspruch eingebüßt hatte, und verlieh eine in int. rest. und eine Klage. Das andere, von welchem l. 11 D. h. t. handelt, betraf „anderweite Fälle der Schädigung durch Contract falso tutore auctore“ und verlieh eine Klage.

18) I. 3 D. de eo qui pro tut. 27, 5.

19) I. 11 §. 2 — §. 4 D. h. t. 27, 6. I. 13 §. 2 D. Publ. 6, 2; s. auch l. 11 pr. D. h. t. 27, 6, wo nur minor 12 vel 14 annis, nicht pupillus vel pupilla vorausgesetzt wird. Des Weiteren s. Bd. II §. 322 Anm. 51 u. 50.

20) Genaueres in Anm. 17.

Was die i. i. restitutio anlangt, so ist diese hier nichts anderes als ein Fall der i. i. r. ex capite erroris (Bd. I §. 120 Anm. 4); denn daß der Dritte von der Nichtberechtigung des angeblichen Tutors nichts gewußt habe, war ausdrückliche Voraussetzung des Edictes²¹⁾. Ausdrücklich war ferner im Edict als Fall der i. i. r. der genannt, daß eo auctore gehandelt worden sei. Demnach wird weiter behauptet, daß es nur an den Fall gedacht habe, da der Dritte falso tutore auctore wider den Pupillen geflagt und sein Klagerecht consumirt habe ohne wider den Pupillen ein rechtskräftiges Judicat zu erzielen²²⁾. Und in der That lag in diesem Fall eine scharf ausgeprägte Lästion vor, und macht auch der „actor“ in den Edictsworten wahrscheinlich, daß der Prätor von ihm gesprochen habe²³⁾. Indessen sind noch andere, sichere Lästionen denkbar²⁴⁾, und folgt daraus, daß der Prätor diesen Fall genannt hat, noch nicht, daß die Jurisprudenz in ihm auch die Voraussetzung der i. i. r. erkannt habe²⁵⁾. Vielmehr muß letztere analogerweise selbst dann zugestanden haben, wenn der Tutor nicht blos auctorirt, sondern selbst gehandelt hatte²⁶⁾.

Die Strafflage²⁷⁾ (in factum de dolo actio) setzt voraus, daß der falsus tutor dolo malo, mithin nicht blos wissend,

21) I. 1 §. 6. I. 2. I. 6 D. h. t. 27, 6, vgl. I. 27 D. c. e. 18, 1. Allerdings war i. i. r. auch noch im anderen Falle möglich; allein dann nicht auf Grund dieses, sondern anderer Edicte: I. 3. I. 4. I. 5 D. h. t. 27, 6. S. auch Bd. II §. 322 Anm. 53 u. 54.

22) Rudorff, Vormundschaft II §. 124. Sintenis, Civilrecht §. 157 Anm. 5 und Keller, Litisc. u. Urtheil §. 68, welch' letzterer jedoch das Edict nur „ganz besonders“ auf die processualische Consumtion bezieht.

23) so auch Lenel, Edictum S. 99 Anm. 9.

24) vgl. pr. J. auct. 1, 21. Glück, Commentar Bd. 32 S. 350.

25) hierfür kann man sich auf I. 11 pr. §. 2 D. h. t. 27, 6, welche die vorige Auflage S. 1364 mit einem „vgl.“ anzieht, nicht berufen, falls das in Anm. 17 Angeführte richtig ist.

26) vgl. dazu Sintenis, Civilrecht. §. 157 Anm. 1, der jedoch nur „dem Auctoriren im Sinn des heut. R. das selbständige Handeln des (falschen) Vormunds substituiren“ zu dürfen glaubt. Die im Text als nothwendig hingestellte analoge Ausdehnung der i. i. r. ist Bd. II §. 322 Anm. 49 sg. nicht erwähnt und scheint angesichts des oben §. 497 bei Anm. 12, §. 498 bei Anm. 17 Gesagten (vgl. unten §. 514 Anm. 16) wie der Nothwendigkeit von Proceſſautionen (rati und iudicatum solvi) überflüssig gewesen zu sein; s. auch I. 23 D. adm. tut. 26, 7.

27) um der Conformität mit Bd. II S. 668 willen, statt Ersatzklage, wie es in der 1. Aufl. S. 1364 geheißen hat. Wegen der Terminologie s. das oben Folgende und Bd. I §. 85 Anm. 3 u. 8.

daz̄ er nicht Tutor sei, auctorirt (oder selbst mit dem Dritten gehandelt) habe²⁸⁾. Sie ist poenal, aber nur rei persecutio nem continens, den Erben, aber nicht gegen diese, und gegen den falsus tutor selbst nur binnen Jahresfrist möglich²⁹⁾; durch i. i. restitutio aus den vorhergehenden Edicte wird sie noch nicht ausgeschlossen³⁰⁾.

2. Cura minorum.

§. 511.

Die Cura überhaupt.

J. de curatoribus 1, 23.

Gleich der Tutel eine Wehre¹⁾ ist auch die cura mit der nöthigen Macht ausgestattet²⁾. Eine rechtlich und begrifflich ausgezeichnete Wehre jedoch, bei welcher der Beischützer an der Seite des selbsthandelnden Mündels erscheint, und also erzeigt, was sonst zur Feierlichkeit, oder zur verbindenden oder entäußernden Kraft des Geschäftes abginge (§. 497), ist die cura grundsätzlich nicht³⁾. Denn ursprünglich greift diese nur platz, weil der Curand oder Vermögensinhaber überhaupt nicht handeln kann (cura furiosi, prodigi, — ventris, bonorum absentis, hereditatis, bonorum im Concursū), oder trotzdem, daz̄ er handeln kann, und zwar vollkommen handeln kann — (cura mi-

28) I. 7 pr. §. 1 D. h. t. 27, 6. Dagegen für die i. i. r. ist, daz̄ der falsus tutor getäuscht habe oder in dolō malo gewejen sei, nicht Vor aussetzung: Bd. II §. 322 nach Ann. 57. Daz̄ jedoch, wie daselbst in Ann. 58 bei der Beweisführung gesagt ist, Protutor „nur derjenige sein kann, der sich selbst für den Tutor hiebt, und also unmöglich getäuscht haben konnte“, entspricht nicht der I. 1 §. 1 D. de eo qui 27, 5; j. auch daselbst Ann. 41 u. 43.

29) I. 7 §. 2. 1. 9 §. 1 D. h. t. 27, 6. Hierzu s. Windſcheid, Pand. §. 462 Ann. 2.

30) I. 7 §. 3 eod. S. ferner Bd. II §. 322 Ann. 61—62a.

1) z. B. I. 7 pr. D. cur. fur. 27, 10: Consilio et opera curatoris tueri debet —. I. 4 C. eod. 5, 70 (defensio). I. 5 C. eod. Oben §. 495. §. 496 eingangs.

2) I. 1 §. 3. §. 4. I. 3 pr. I. 33 §. 1. I. 46 §. 1. I. 48 D. adm. et peric. tut. et curat. 26, 7. I. 1 pr. D. curat. fur. 27, 10 — esse in protestate curatorum. Weitere Belege bei Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. IV, S. 706 Ann. 65.

3) Rudorff, Vormundshaft I §. 9. Wangerow, Pand. §. 263. S. auch Voigt, XII Tafeln II S. 720. 721.

noris⁴⁾. Darum liegt auctoritatis interpositio niemals in ihrer Macht, mag späterhin auch ein Unmündiger einen curator bekommen können (cura pupillorum)⁵⁾. Der Consens, der in der cura minoris zu Geschäften des Curanden vorkommt, ist nichts als eine gemeine Vollmacht, von anderen Vollmachten, die der Curator (kraft der administrandi potestas) ertheilen kann, lediglich dadurch unterschieden, daß sie an den Curanden selbst ausgestellt wird⁶⁾. Anderseits geht die cura nicht überall blos gegen die Fährlichkeiten des Rechts und des Vermögens wie die Tutel (§. 496 Nr. 3), sondern allenfalls auch wider die leiblich-persönlichen⁷⁾. Administrandi potestas ist sie allenthalben; allein in den Fällen der cura bonorum nicht die volle, sondern bloße custodia mit den zu dieser gehörigen Machtvollkommenheiten⁸⁾. Die Schranken, welche wider die plena administratio der Tutores durch Veräußerungs-Verbote und Gebote aufgeführt werden (§. 499), bestehen auch wider die der Curatoren⁹⁾.

Gleich der Tutel ist auch die Cura nicht blos Recht, sondern zugleich Pflicht, und zwar nicht blos insofern als sie — wie die Tutel ein munus publicum personale — ohne einen

4) vgl. Bethmann-Hollweg, Rh. Mus. f. Jurisprud. VI S. 228 fg.

5) 1. 19 D. auct. et cons. tut. et curat. 26, 8. 1. 17 §. 1 D. app. 49, 1. cf. Gai. I, 184. §. 3 J. auct. tut. 1, 21. Oben §. 506 Anm. 28, unten §. 513. Bd. I §. 55 Anm. 10.

6) vgl. 1. 5 §. 2 (6 pr.) D. neg. gest. 3, 5. 1. 4 C. eod. 2, 18 (19) — aber damit wird der Curand nicht blos zum procurator in rem suam, sondern so zu sagen zum Stellvertreter seiner selbst gemacht, was wider den S. 1618. S. 1619 der 1. Aufl. adoptirten Sprachgebrauch von „Vollmacht“ zu verstehen scheint, daher auch Bd. I §. 55 nach Anm. 10 der obige Consens nur mit der Vollmacht coordinirt, nicht für solche erklärt wird. S. ferner oben §. 457 Anm. 16.

7) 1. 7 pr. D. cur. fur. 27, 10: Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus et salus furiosi. 1. 1 §. 9 D. ventre in poss. mitt. 37, 9.

8) 1. 48 D. adm. tut. 26, 7, vgl. §. 498 bei Anm. 7 und §. 461 Anm. 19. — Näheres in Betreff der von der cura umfassten „Vermögenspflege“ bei Voigt, XII Tafeln §. 163 Anm. 4—6.

9) Rubr. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis 27, 9. 1. 1 §. 2 D. eod. Rubr. C. de praediis vel aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis 5, 71. 1. 2 C. cur. fur. 5, 70. 1. 22. 1. 24 C. adm. tut. 5, 37.

der gesetzlichen Excusationsgründe nicht abgelehnt werden kann¹⁰⁾, sondern auch insofern als die Nichtführung oder Vernachlässigung, Veruntreuung oder Gefährdung der Curatel den Curator dem gerichtlichen Zwange, der civilen Verantwortlichkeit und der Remotion in ähnlicher Weise aussetzt, wie die der Tutel den Tutor¹¹⁾. Nichtsdestoweniger hat das besondere Treuverhältniß des officium zwischen dem Curator und dem Curanden allem Anschein nach niemals bestanden (Bd. II §. 322 Anm. 63, oben §. 455 Anm. 16 und §. 832 Z. 3). Hiemit dürfte zusammenhängen, daß wider den Curator die actio rationibus distrahendis nicht vorkommt (Bd. II §. 322 Anm. 64 und oben §. 501 nach Anm. 18); daß die Klagen des Pupillen wider den Tutor erst nach der Tutel, die des Curanden wider den Curator noch während der Cura möglich sind (Bd. II §. 322 Anm. 65); wiewohl die cura minoris hierin später der tutela gleichgestellt zu sein scheint: Bd. II §. 322 Anm. 66, sowie daß die cincischen und verwandte Ausnahmen (§. 500 Nr. 4) zwischen dem Curanden und dem Curator nicht vorkommen^{11a)}. Suspecti postulatio und remotio selbst mit Insamie¹²⁾ sind dagegen wie gesehen (Anm. 11) auch wider den Curator möglich; und unverantwortlich konnte gewiß auch ihn Niemand machen¹³⁾; allein daraus allein folgt noch nicht, weder daß die cura ein Officialverhältniß gewesen, noch daß suspecti postulatio und die Unerlässlichkeit der Pflicht in der Tutel nicht aus diesem Verhältniß entsprungen seien. Denn da das officium, seine Reinhaltung und sein Bruch, von altersher als keine bloße Privatsache erschienen (§§. 591. 603. 604), anderseits auch die Cura ein öffentliches Amt war (Anm. 10), so trafen Tutel und Curatel in dem Punkte der Publicität zusammen, und konnte ihnen darum

10) I. 1 §. 4 D. mun. et hon. 50, 4. pr. J. exc. tut. vel curat. 1, 25: Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis — ; s. auch z. B. oben §. 507 bei Anm. 4 und §. 860 Z. 4 v. u.

11) I. 2 D. fer. 2, 12. Bd. II §. 321 Anm. 7. §. 322 nach Anm. 62a, insonderheit bei Anm. 67 u. 68; I. 3 §. 1. §. 2. §. 3. §. 6. §. 11. §. 18. I. 4 pr. D. susp. tut. et curat. 26, 10. §§. 4. 8. 12. 13 J. eod. 1, 26.

11a) s. jedoch auch I. 1 in f. D. postul. 3, 1 (furioso furiosa).

12) z. B. I. 28 pr. §. 1 C. adm. tut. 5, 37.

13) vgl. I. 5 §§. 7—9 D. adm. tut. 26, 7 und oben §. 500 Nr. 1 und 2.

manches gemeinsam werden, wenngleich die Publicität hier und die dort verschiedene Wurzeln hatten.

Die Sicherung des Curanden erfolgt wie bei der Tutel (§. 502) durch Inventarserrichtung¹⁴⁾ — satisatio je nach Art der Bestellung¹⁵⁾ — Eid (§. 502 Nr. 3) — durch ein privilegium exigendi wo keine bloße cura bonorum vorliegt¹⁶⁾ — durch eine gesetzliche Hypothek an dem gesammten Vermögen des Curators, jedoch nur wenn der Curand minderjährig oder wahnsinnig ist (Bd. II §. 354 Anm. 33) — durch Ausdehnung der Bürgschaftshaftung auf Nominatoren *et c.*¹⁷⁾ — durch subsidiäre Haftung der niederen Magistrate, welche den Curator aus Auftrag der höheren bestellt, benannt *et c.*, oder gegen den Auftrag zu bestellen unterlassen haben¹⁸⁾ — und endlich auch durch jene Singularitäten, deren in §. 502 Nr. 8 gedacht ist^{19).}

In der Bestellung hat die Curatel das Besondere, daß ursprünglich eine testamentarische hier nirgends²⁰⁾, eine gesetzliche nur über den furiosus und prodigus²¹⁾, die obrigkeitliche Bestellung aber nicht nur häufiger sondern auch mächtiger kommt als in der Tutel. Denn sie ist (*causa cognita*) noch

14) I. 24 C. adm. 5, 37. I. 7 §. 6b. §. 6c C. cur. fur. 5, 70.

15) J. satisd. tut. vel curatorum 1, 24. D. fidej. et nom. 27, 7. D. rem pup. vel adulescentis salv. 46, 6. I. 11 §. 1 D. conf. tut. vel cur. 26, 3. C. tut. vel curat. qui satis non dedit 5, 42. I. 7 §. 1 §. 2 D. cur. fur. 27, 10. I. 7 §. 5. §. 6 C. cur. fur. 5, 70. Bd. II §. 322 Anm. 69.

16) I. 22 §. 1 cf. I. 19 §. 1—1. 22 pr. D. reb. auct. iud. 42, 5. I. 15 §. 1 D. curat. fur. 27, 10. Bd. II §. 286 Anm. 66.

17) vgl. oben §. 502 Nr. 6 und Rubr. D. de fidej. et nominat. et hered. tutorum et curatorum.

18) I. 1 §. 5. §. 6 D. magistr. conv. 27, 8. Vgl. oben §. 502 Nr. 7.

19) oben Anm. 9 und §. 498 a. E. I. 8 §. 1. I. 11 D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura 27, 9. I. 66 D. r. n. 23, 2. I. 67 §. 2—§. 5 eod. C. ne tutor vel curator vectigal conducat 5, 41.

20) arg. I. 16 pr. §. 1 D. cur. fur. 27, 10.

21) §. 3 J. h. t. 1, 23. Eine gesetzliche war dieselbe nach Böhla, Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI S. 370—375 und Voigt, XII Tafeln II S. 724, 725 nicht insofern als das Gesetz sie einer bestimmten Person deferirte, sondern nur insofern als das Gesetz die Gruppe bestimmte (Algnaten oder Gentilen), aus welcher der Magistrat (Böhla) oder der Familienrath (Voigt) den Curator durch *datio* zu bestellen hatte; s. auch Voigt, Jus nat. III Anm. 1808 und vgl. oben §. 506 Anm. 8 und unten Anm. 25.

möglich nicht nur wo ein Tutor²²⁾, sondern auch wo ein Curator bereits da ist²³⁾. Selbst im Erjaße der vorhandenen Curatoren scheinen sich die späteren Obrigkeitkeiten weniger an die alten Voraussetzungen (der excusatio, remotio, absentia rei publicae causa S. 849) gebunden zu haben, wenn der vorhandene curator ein legitimus war²⁴⁾; ja nach dem Wortlaut der I. 7 §. 6 C. cit. müßte auf die gesetzliche Beauftragung grundsätzlich und stets erst noch obrigkeitliche „Creation“ folgen²⁵⁾.

Allein ohnmächtig war die testamentarische Ernennung, woferne sie vom Vater oder der Mutter, oder sonst einer nahen Person ausging, auch hier nicht, sondern bewirkte, daß anstatt der obrigkeitlichen Bestellung auch hier eine bloße Confirmation, mit oder ohne Inquisition platzgriff²⁶⁾. Im neuesten Rechte wird die testamentarische Ernennung eines curator furiosi durch den Vater sogar geradezu als Bestellung hingestellt²⁷⁾. — Neben das obrigkeitliche Recht zur Bestellung gilt dasselbe, was im allgemeinen hierüber bezüglich der Tutel bemerkt ist²⁸⁾. Auch die Competenz ruht auf derselben Grundlage, wie bei der Aufstellung von Tutoren²⁹⁾; die Schranke jedoch, welche bei letzterer aus dem Satze tutorem habenti tutor non datur entsprang, bestand nach obigem (Anm. 23) hier nicht. Endlich

22) §. 5 J. eod. I. 3 §. 4 D. adm. tut. 26, 7, oben §. 506 Anm. 28.

23) I. 20 §. 1 D. tut. et cur. dat. 26, 5: Curatorem habenti quo minus aliis curator detur, regula iuris non est impedimento. S. oben §. 506 Anm. 17. Mit obigem Satze scheint uns weder I. 10 C. qui dare tut. 5, 34, noch I. 5 pr. D. tut. 26, 1 in Widerspruch zu stehen, wogegen Rudorff, Wormundshaft I S. 379 Nr. 2.

24) §. 3 J. h. t. 1, 23. I. 7 §. 6 C. cur. fur. 5, 70 — eo cessante —; dagegen I. 13 D. cur. fur. 27, 10. Theoph. ad §. 3 J. cit. Rudorff, Wormundshaft I S. 381.

25) Windscheid, Pand. §. 446 Anm. 8 und Voigt, Jus nat. III Anm. 1942. Obiges nehmen schon für die „Zeit der letzten Klassifer“ an Wlassat, Krit. Studien S. 33 und dort Genannte. Vgl. oben Anm. 21.

26) I. 1 §. ult. I. 2 §. 1. I. 11 pr. §. 1 D. confirm. tuteore vel curatore 26, 3. I. 16 pr. §. 1. §. 3 D. cur. fur. 27, 10.

27) I. 7 §. 5 C. cur. fur. 5, 70.

28) oben §. 506 Nr. 3 lit. b; vgl. §. 1 J. h. t. 1, 23. Gai. I, 200. I. 11 D. off. praes. 1, 18. Rudorff, Wormundshaft I S. 343. S. 356. S. 361. S. 363. S. 364.

29) oben §. 506 Nr. 3 lit. c; vgl. I. 30 §. 1 D. excus. 27, 1. I. 2 C. eod. 5, 62.

kann in Betreff des Verfahrens abermals auf die Tutel (§. 506 Nr. 3 lit. d.) verwiesen werden. Dies gilt im Großen und Ganzen auch für das Petitionsrecht und die Petitionspflicht³⁰); nur die cura minoris geht hier ihren eigenen Weg (§. 512).

Wie der Curatoren mehrere sein können, wiederholt sich hier auch was in Ansehung der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Tutel vorgekommen ist³¹).

Auch in Betreff des ordo conventionis werden dieselben Grundsätze, wie sie bei der Tutel vorkamen (§. 504), maßgebend gewesen sein; wenigstens der Satz, daß von mehreren Tutores der gerirende nur dann vor dem nichtgerirenden hafte, wenn ihm die Alleinhandlung von Edicts- oder Obrigkeitswegen zusteht (§. 503 Anm. 38. §. 504 Anm. 5) — ein Satz der am ehesten des Beweises bedarf — ist auch für mehrere Curatoren erweislich³².

Das Ende der Curatel gestaltet sich in den einzelnen Gattungen derselben verschieden; für alle gemeinsam ist die Frage, wie weit capit is deminutio in der Person des Curators dessen Curatel aufgehoben habe. C. d. minima kann aber auch hier nur für die gesetzliche Berufung, und nur so lang als sie lediglich den Agnaten galt, zerstörlich gewesen (vgl. §. 509 Anm. 3), der maxima und media c. d. wird auch der curator erlegen sein. Endtermine, Resolutivbedingungen, Excusationen und Remotionen müssen wie bei der Tutel (§. 509 Anm. 4 u. 5) gewirkt haben.

Dß die Haftung der Protutoren analog auch diejenigen traf, welche als Curatoren fungirten ohne es zu sein, erhellt schon aus dem Titel D. de eo qui pro tutore prove curatore

30) oben §. 506 Nr. 3 lit. e. Rudorff, Vormundschaft I S. 416 fg. l. 28 §. 1. §. 2 C. adm. 5, 37. l. 3 C. cur. fur. 5, 70; l. 2 §. 30. §. 31 D. ad SC. Tert. 38, 17.

31) oben §. 503. §. 1 J. satisd. tut. vel curat. 1, 24. l. 3 pr. §. 5. l. 19 D. adm. tut. 26, 7. l. 7 §. 3 D. cur. fur. 27, 10. l. 8 D. magistr. conv. 27, 8. l. 2 §. 2 D. curat. bon. 42, 7. l. 1. l. 2 C. si ex plur. tut. vel curat. 5, 40; l. 2 C. excus. 5, 62. cf. l. 30 §. 1 D. excus. 27, 1.

32) l. 2 §. 1 C. quo quis ord. 11, 36 (35). Oben Bd. II §. 322 Anm. 70, vgl. §. 452 Anm. 20.

negotia gessit (27, 5)³³⁾. Das gleiche muß auch bezüglich des Titels D. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur (27, 6) gelten, wenn anders auch Geschäfte, die der falsus tutor allein gerirt, darunter begriffen waren (§. 510 Anm. 26).

§. 512.

Cura minorum insonderheit.

Im Gegensatz zu der cura, welche ausnahmsweise über Pupillen vorkommt (§. 506 Anm. 28 a. E.), ist die cura minorum überall eine Pflegshaft über puberes minores (25 annis)¹⁾; im Gegensatz zu Curatelen, welche zwar für Minderjährige, aber nur über einzelne Geschäfte derselben aufgestellt werden (Specialcuratelen), ist sie Pflegshaft über den Minderjährigen (Generalcuratelen). Allmälig hielt man nämlich auch puberes minores für wehrlos, und also für den Fall da sie sui iuris waren, in allumfassender Weise wie die Pupillen wehrbedürftig²⁾. Die gewisse Jugend ist darnach der Grund, Freiheit von väterlicher Gewalt die Voraussetzung unserer Curatel. Trifft der besagte Grund zu, so mögen noch andere Gründe für eine cura, wie z. B. Wahnsinn, concurriren: es kommt doch nur zu einer cura minoris³⁾. Ist der Minor nicht gewaltfrei, so kann es zwar auch dann noch seinetwegen zu einem curator kommen (§. 464 Nr. 3, a. b. d.); allein dieser curator wird stets nur als einer für den Minderjährigen, und selbst wenn er sein

33) s. auch Blaßat, z. Gesch. der neg. gestio S. 125, Lenel, Edictum §. 126 g. E. und oben Bd. II §. 322 Anm. 71.

1) pr. J. de curat. 1, 23: Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: qui, licet puberes sint —.

2) — adhuc tamen huius aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. pr. J. cit. in Anm. 1. Festus s. v. curatores: Curatores dicuntur, qui pupillis (scil. adultis) loco tutorum dantur —. l. 1 pr. D. min. 4, 4 (tutelam minorum suscepit). S. jedoch auch Bd. I §. 55 bei Anm. 4. Ueber Aufkommen und Ausbildung der cura minorum s. Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. IV S. 696. 697 und die dort Angeführten.

3) l. 3 §. 1 cf. pr. D. tut. 26, 1 — si minor 25 annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari —. Vgl. oben §. 496 Anm. 5.

ganzes Vermögen verwaltet, nur als bonorum, nicht als minoris curator zu denken sein⁴⁾.

Die Pflegshaft über den Minderjährigen hat aber regelmäßig noch die weitere und besondere Voraussetzung, daß der Pflegling selbst um sie einkomme (Bd. I §. 55 Anm. 4). Daraum gibt es hier (von dem des Pfleglings selbst abgesehen) kein Petitionsrecht und keine Petitionspflicht⁵⁾. Der Curator, welchen der abtretende Tutor erbittet, wenn der angehende Minor nicht selbst einen begeht⁶⁾, ist u. E. gleich dem Curator, um welchen der Gläubiger des Minderjährigen nachsucht⁷⁾, ein bloßer Specialcurator, zum Behuße des Prozesses oder der Rechnungslegung begehrt⁸⁾. Die Mahnung aber an den angehenden Minor, sich einen Curator zu erbitten, ist allerdings eine Pflicht und zwar die letzte, mit seinem officium noch connece und tutelae iudicio verfolgbare Pflicht des Tutors⁹⁾. — Ausnahmsweise muß ein curator minoris bestellt werden: wenn mit der Jugend Wahnsinn concurrirt¹⁰⁾. Folgerecht greift hier denn auch das gemeine Petitionsrecht und die gemeine Petitionspflicht (§. 852) Platz¹¹⁾.

Ihrem Inhalte nach ist die cura minorum lediglich administratio¹²⁾, nirgends Pflege der Person, oder Verbeistandung derselben. Der consensus, durch welchen der Curator den Minderjährigen zu onerosen Geschäften ermächtigt, ist ein

4) vgl. I. 13 pr. D. tut. 26, 1 — qui magis administrator rerum, quam curator esse intellegitur.

5) I. 6 C. qui pet. tut. vel cur. 5, 31.

6) I. 7 C. eod.

7) I. 1 C. eod.

8) s. dagegen Rudorff, Vormundschaft I §. 107, andererseits Pernice, Labeo I §. 228. 229.

9) I. 5 §. 5 D. adm. tut. 26, 7: Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores peteret (sacris enim constitutionibus hoc facere iubetur qui tutelam administravit), an tutelae iudicio teneatur? et magis puto sufficere tutelae iudicium, quasi conexum sit hoc tutelae officio, quamvis post pubertatem admittatur. cf. I. 33 §. 1 eod.

10) argg. §. 3. §. 4 J. curat. 1, 23.

11) oben §. 506, 3, e. vgl. I. 28 §. 1. §. 2 C. adm. 5, 37.

12) vgl. I. 11 C. qui dare 5, 34 — aut administrandi patrimonii gratia aut in item fuerit curator datus —. D. de administratione . . . tut. et curatorum. 26, 7. Bd. I §. 57 Anm. 2.

Ausßluß blos der administrandi potestas auf der einen, und der Handlungsfähigkeit auf der anderen Seite¹³⁾.

Die Bestellung ist hier überall eine obrigkeitliche; anstatt der Bestellung kann es aber zur Confirmation testamentarischer Ernennung kommen¹⁴⁾.

Einmal begeht da uert auch diese Curatel wider den Willen des Petenten fort¹⁵⁾. Ihr Ende kann durch Privileg (venia aetatis) noch vor erreichter Volljährigkeit eintreten¹⁶⁾. Seit Constantin d. G. wird dieses Privileg auf Ansuchen des Mündels zwar stets, aber überall nur unter der Voraussetzung ertheilt, daß er sich vor der competenten Behörde¹⁷⁾ über ein Alter von mindestens 20 oder (wenn der Mündel ein Mädchen ist) 18 Jahren, und durch taugliche Zeugen über seine Tüchtigkeit ausweise. Persönlich brauchen hiebei nur die minderjährigen männlichen Geschlechtes zu erscheinen¹⁸⁾. Nach erlangter venia bleibt von der Curatel nur die obervormundschaftliche Mitwirkung zur Veräußerung und Verpfändung von Immobilien¹⁹⁾, außerdem aber auch kein beneficium i. i. restitutio-

3. Cura pupillorum.

§. 513.

Den gewaltfreien Unmündigen konnten nicht blos Tutoren, sondern auch Curatoren gesetzt werden. Dies war sicher dann der Fall, wenn ein Tutor noch nicht da, und eine wenigstens vorübergehende Vertretung drängend nothwendig¹⁾, — oder wenn ein Tutor da war, allein den Anforderungen seines

13) Bd. I §. 55 nach Anm. 10, §. 57, 1, b und oben §. 511 bei Anm. 6. Nach Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. IV S. 698 fg. lag in der Anordnung einer generellen cura eine Entmündigung des minor nicht nach ius civile, wohl aber nach ius honorarium.

14) I. 1 J. curat. 1, 23 — curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis.

15) I. 1 §. 3. 1. 2 D. min. 4, 4.

16) I. 3 pr. D. min. 4, 4. I. 1 C. de his qui veniam 2, 44 (45).

17) Cassiod. Var. VII, 41.

18) I. 2 pr. §. 1. §. 2. §. 3 C. de his qui veniam 2, 44 (45).

19) I. 3 C. eod.

1) I. 1 §. 2 D. cur. bon. 42, 7, danach I. 23 §. 3 D. hered. inst. 28, 5. Vgl. unten §. 518 Anm. 23.

Amtes nicht genügte, und aber doch nicht removirt werden wollte; denn ein weiterer Tutor war unmöglich²⁾; sicher auch dann, wenn der vorhandene Tutor blos durch Krankheit u. dgl. (nicht absentia reip. c.) verhindert³⁾, oder die Vormundschaft dermaßen groß oder angewachsen war, daß der vorhandene Tutor nicht ausreichte⁴⁾. Das sind sämmtlich Fälle, in denen ein Tutor (quia habenti tutorem tutor dari non potest) unmöglich, eine weitere Pflegshaft aber nothwendig war. Allein nicht minder sicher war ein Curator auch dann möglich, wenn der vorhandene Tutor interimistisch, ja selbst dann wenn er für immer excusirt, ein Tutor an seiner Statt also nicht unmöglich war⁵⁾. Dies drängt zu der Frage, ob nicht überhaupt und vornherein anstatt des sonst üblichen Tutors ein bloßer Curator möglich war — durch Confirmation wenn ein solcher testamentarisch genannt, durch direkte obrigkeitliche Bestellung, wenn weder ein testamentarischer, noch ein gesetzlicher Tutor da war?

Diese Frage ist von Rudorff, Vormundschaft I §. 12⁶⁾ auf Grund von l. 9 §. 9. l. 32 pr. D. adm. 26, 7. l. 2 §. 44 D. ad SC. Tert. 38, 17. l. 19 D. auct. tut. 26, 8 bejaht worden⁷⁾. In der That lassen wenigstens l. 32 pr. und l. 2 §. 44 citt.⁸⁾ schwer eine andere Auslegung zu. Mit Grund nimmt

2) §. 5 J. curat. 1, 23. S., auch zum Folgenden, oben §. 506 Anm. 28 und 17.

3) §. 6 J. eod. l. 6 D. ubi pup. educari 27, 2. l. 13 pr. D. tut. 26, 1. Jedoch sagt von solchem Coadjutor die l. 13 pr. cit.: magis administrator rerum, quam curator esse intellegitur.

4) l. 3 §. 4. l. 9 §. 8. §. 9 D. adm. 26, 7. l. 3. l. 5 C. in quib. cas. 5, 36. cf. l. 21 §. 2 D. excus. 27, 1.

5) l. 17 §. 1 D. appell. 49, 1. §. 5 J. curat. 1, 23. l. 2 C. in quib. cas. 5, 36, oben S. 848. 849.

6) im Gegensäze zu der älteren Jurisprudenz, aber nach dem Vorgang von Löhr (s. Rudorff a. a. D. S. 90) und unter dem Beifall von Bethmann-Hollweg, Rh. Mus. VI S. 236.

7) vgl. auch l. 48 D. adm. tut. 26, 7. l. 15 §. 4 D. div. temp. praescr. 44, 3. l. 1 §. 22 D. vent. in poss. 37, 9 (wo Mommsens Conjectur nicht angezeigt ist). l. 11 §. 7 D. exc. rei ind. 44, 2.

8) Diese Stelle zu verdächtigen (si damnum minus sit cumulo legati soll tribonianisch sein) würde Gradenwitz, Interpolationen S. 75 fg. vielleicht Bedenken getragen haben, wenn er den „tertullianischen Fall“ nicht mißverstanden hätte S. 77 al. 3.; wegen derselben s. auch oben §. 502 bei Anm. 20 u. 21.**

aber B.-Höllweg an, daß diese Zulassung von Curatoren anstatt der Tutoren erst später und unter dem Einflusse der cura minorum aufgekommen, die Aufstellung von Tutoren übrigens immer Regel geblieben sei. Wann nun aber doch einmal ein Curator anstatt eines Tutors aufgestellt war, da verkehrte sich das sonstige Verhältniß des Tutors zum Curator in sein Gegentheil: während sonst der Curator außerordentlicherweise zum Tutor hinzutrat, ward hier außerordentlicherweise ein Tutor neben dem Curator nothwendig — ad hoc — wenn auctoritatis interpositio nothwendig war⁹).

4. Heutige Altersvormundschaft.

§. 514.

Diese weicht von der römischen in folgenden Punkten ab. Sie ist

- 1) durchweg eine nothwendige, für die Minderjährigen nicht minder als für die Unmündigen¹⁾; —
- 2) eine gleiche, für die Minderjährigen wie für die Unmündigen; eine gleiche zunächst dem Inhalte nach; denn auctoritatis interpositio, welche nur in der tutela enthalten war, ist aus Gründen, welche außerhalb der Vormundschaft liegen, außer Brauch (oben §. 497 Anm. 13); die Consensertheilung aber war niemals eine Eigenthümlichkeit gerade der cura, sondern als eine gemeine Vollmacht oder Ratification (§. 511 Anm. 6. §. 512 Anm. 13) ein Bestandtheil auch der tutelarischen Macht, vermöge welcher der Tutor jeden Dritten²⁾, den Pupillen aber nicht deswegen nicht ermächtigen konnte, weil es ihm an der nöthigen Macht, sondern weil es diesem an der erforderlichen Handlungsfähigkeit gebrach (Bd. I §. 55 nach Anm. 10);

9) l. 19 eit.: Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae sollemnitatem iuris desiderant, explicanda tute auctore opus esse. l. 17 §. 1 D. appell. 49, 1.

1) Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 31 §. 1, von 1577 Tit. 32 §. 1. Die obige Nothwendigkeit und die unter 2 angeführte Gleichheit finden sich schon im Syr.-röm. Rechtsbuch L. §. 5 u. §. 7, wozu Bruns dasselbst S. 185 u. 187, sowie Brinck, M. Vierteljahrsschr. Bd. 22 S. 561 Anm.

2) arg. l. 5 §. ult. D. instit. act. 14, 3, oben §. 498 Anm. 20.

— eine gleiche auch der Bestellung nach³⁾; — hiernach denn eine auch dem Namen nach nicht mehr zu theilende oder unterscheidende⁴⁾, wenngleich innerhalb der Mündel selbst der alte Unterschied fortbesteht⁵⁾; —

3) eine einige, durch den Uebertritt des Mündels aus der Unmündigkeit in die Mündigkeit nicht unterbrochene⁶⁾.

Nebstdem ist sie

4) weiter als die römische, indem sie nicht mehr blos das Recht und das Vermögen, sondern auch die Person des Mündels als solche zu schirmen, mithin Aufsicht und Erziehung unter ihren Rechten und Pflichten hat⁷⁾; —

anderseits aber

5) unfreier, als die römische, indem der im römischen Rechte gelegte Keim einer Obervormundschaft (§. 499 Nr. 2) nach herrschender Annahme zu einer so umfassenden Bevormundung des Vormunds entwickelt ist, daß ungefähr zu denselben Handlungen, zu welchen der Mündel der auctoritas oder des Consenses des Vormünders bedurfte, nunmehr dieser der Zustimmung der obervormundschafflichen Behörde zu bedürfen scheint, und letzterer bald ausdrücklich, bald stillschweigend auch das Recht eingeräumt wird, durch Aufträge zu diesen oder jenen Geschäften in die Verwaltung einzugreifen, und also den Vormund zum Werkzeug eines höheren Vormunds, der Obervormundschaft herabzudrücken⁸⁾. Allerdings ist dafür die sub-

3) RPD. von 1548 Tit. 31 §. 2, von 1577 Tit. 32 §. 2.

4) vgl. Kraut, d. Vormundschaft nach d. Grunds. d. d. Rs. II S. 112 fg. und §. 50 a. E. Stobbe, deutsches Privatr. IV §. 264 Anm. 15.

5) Bd. I §. 55, 1 und 2, Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. IV S. 714—721, und selbst Kraut a. a. D. §. 51 S. 111.

6) Rudorff, Vormundschaft I S. 116, 4.

7) RPD. v. 1577 Tit. 32 §. 3. Kraut, Vormundschaft II §. 54.

8) vgl. Rudorff, Vormundschaft I S. 16 Nr. 4 a. E. II S. 355. Kraut, Vormundschaft I S. 95. S. 96 Anm. 39. S. 97 in med. II S. 132 unten, S. 135 bei Anm. 24. S. 136 bei Anm. 1. S. 138 bei Anm. 5. S. 142 bei Anm. 22. Puchta, Pand. §. 331 „durch eine selbstthätige Einwirkung der öffentlichen Behörden“. Seuffert, Pand. §. 492 „der Staat . . . wirkt in einzelnen Punkten durch die Obrigkeit auf die Verwaltung ein“. Abwehrend dagegen Sintenis, Civilr. §. 153 I b. Anm. 1, Nr. 2 u. 3.

sidiaria actio wider Municipalmagistrate (§. 502 Nr. 7) auf jede Obervormundschaft erstreckt worden⁹⁾.

6) Mit der Freiheit muß die Verantwortlichkeit des Vormunds abgenommen haben. Die Schädlichkeit von Geschäften, welche er nur im Auftrag der Obervormundschaft vorgenommen hat, kann ihm nicht zur Last gelegt werden. Gleichwohl ist die Cautionspflicht des Vormünders nicht nur bestätigt, sondern auf alle Fälle der Vormundschaft erstreckt worden¹⁰⁾ — nur daß man sich auch mit Pfandbestellung begnügt¹¹⁾; überdies noch jährliche Rechnungslegung¹²⁾, und „damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben“, obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung des Vormunds bei jeder Art von Bestellung durch Ertheilung des sog. Tutoriums oder Curatoriums (*confirmatio germanica*) verlangt¹³⁾. Die Excusationsfällen sind vor diesem Bestätigungsverfahren unpraktisch geworden; Nichtanbringung der excusatio (*voluntaria*) bei Gelegenheit dieses Verfahrens gilt als Verzicht¹⁴⁾. — Rationibus distrahendis actio muß, weil nur gegen den tutor möglich (§. 870), schon wegen der heutigen Ununterscheidbarkeit von tutor und curator (Nr. 2) antiquirt sein (Bd. II §. 322 Anm. 11), die „Strafe der gemeinen Rechte“ darum auf das *crimen suspecti* und die öffentlichen Strafen wegen Betrugs u. bezogen werden¹⁵⁾.

7) Das Administrationsrecht und die Verwaltungsvorschriften sind heute dieselben wie nach röm. Rechte¹⁶⁾, nur daß die

9) Kraut, Vormundschaft I §. 98. Rudorff, Vormundschaft III §. 171. Sintenis, Civilr. Bd. III §. 153, II und §. 273 Anm. (3. Aufl.).

10) RPD. von 1548 Tit. 31 §. 3, von 1577 Tit. 32 §. 3.

11) Glück, Commentar Bd. 30 §. 1329 a. Kraut, Vormundschaft II §. 123.

12) vgl. RPD. von 1577 Tit. 32 §. 3 mit RPD. von 1548 Tit. 31 §. 3. Roth, d. Privatr. II §. 194 Nr. 1.

13) RPD. von 1548 Tit. 31 §. 2, von 1577 Tit. 32 §. 2. Kraut a. a. O. I §. 235 fgg.

14) Kraut a. a. O. I §. 244.

15) Sintenis, Civilrecht §. 150 Anm. 1 Nr. 4; dagegen Rudorff, Vormundschaft III §. 154 a. E. und Windscheid, Pand. §. 438 Anm. 8, s. jedoch auch Anm. 8a daselbst und vorzüglich Strafgesetzbuch §. 266 (Untreue).

16) Jedoch ergibt die Vergleichung der obigen §§. 497 vor Anm. 12 und 498 mit §. 1610 (§. 371) und §. 1619 der ersten Auflage den großen

verzinsliche Geldanlage zwar überall nur gegen die s. g. pupillarische Sicherheit, dann aber ohne Gefahr für den Vormund erlaubt¹⁷⁾, daß die Obervormundschaft bei Ertheilung des decreatum de alienando nur mehr durch das Interesse des Mündels gebunden¹⁸⁾, und die Freiheit der Administration wie schon bemerkt durch die große Ausdehnung der Obervormundschaft gelähmt ist. —

Gilt im Uebrigen das römische Recht der Altersvormundschaft auch heute¹⁹⁾, so fragt sich noch, ob im Collisionssfalle das Recht der tutela oder das der cura (minorum, pupillorum) gelte. Indessen ist, bei der großen Ahnlichkeit welche zwischen tutela und cura minorum bereits nach römischem Rechte vorliegt (§§. 511. 512), und bei der weiteren Ausgleichung, deren bereits oben (1—3) gedacht ist, diese Frage nur mehr in wenigen Fällen praktisch. In einem der wichtigsten, in dem der Delation oder Bestellung ist sie durch die R. P. O. v. 1548 Tit. 31 §. 1. §. 2, v. 1577 Tit. 32 §. 1. §. 2 geschlichtet, dergestalt, daß die Delations- oder Bestellungsweisen, welche für den Tutor galten (§. 506) nunmehr für die Altersvormundschaft überhaupt gelten²⁰⁾. Darnach richten sich auch die Voraussetzungen, unter welchen die eine oder andere Art der Bestellung platzgreift, nach dem Rechte der Tutel (§. 506, 1. 2. 3. a. 4), nur daß zu denselben überall wo die

Unterschied von römischer und heutiger administrandi potestas, welcher aus der Zulässung der (unmittelbaren oder vollkommenen) Stellvertretung entspringt. S. auch Windscheid, Pand. §. 442 Anm. 1 u. 2 und hier unten §. 520 bei Anm. 10.

17) vgl. oben §. 499 bei Anm. 25. Kraut, Vormundschaft II S. 137 f. Anm. 4—7. Windscheid, Pand. §. 439 Anm. 7 und Dernburg, Pand. III §. 49 Anm. 8 a. C.

18) vgl. oben §. 499 Anm. 10. Kraut, a. a. O. II S. 145 Anm. 5 und Seuffert, Pand. §. 505 Anm. 9.

19) Kraut a. a. O. I S. 108 fgg. II S. 94. Oben Bd. I S. 4 (dieser, S. 5 dritter Aufl.) „gemischt römischi-deutschen Rechte“. Bd. II §. 322 Anm. 72.

20) gegen dies und das Nächstfolgende mit Anderen Dernburg, Pand. III §. 40 Anm. 3 und §. 44 nach Anm. 9, welcher wegen RPO. (oben Anm. 13) annimmt, daß nunmehr jede Vormundschaft eine gerichtlich angeordnete, eine s. g. Dativtutel ist. Nach Roth, deutsch. Privatr. II §. 185 sind die römischen Delationsgründe nicht mehr „selbständige Titel der Uebertragung des Amtes des Vormunds“, sondern nur „Anhaltpunkte für die richterliche Bestellung“. S. auch dafelbst §. 187 Anm. 11—18.

Bestellung keine obrigkeitliche, oder nicht schon nach römischem Rechte bloße Confirmation (§. 506, 4) ist, nun noch eine confirmatio (germanica) hinzukommt (oben Nr. 6 in med.), und der Saß tutorem habenti tutor non datur nicht mehr angeht, weil nach heutigem Rechte Niemand, weder der Unmündige, noch der Minderjährige, gerade einen tutor hat oder bekommt (oben Nr. 2).

Das Recht zur Bestellung, insofern es der Obrigkeit zusteht (ius dandi §. 506, 3. b.), hat seine Wurzel freilich nicht mehr in den römischen leges, Senatusconsulten und Constitutionen; allein daß es an sich ein Bestandtheil der Gerichtsbarkeit, mithin auch nicht schon an sich ein Recht der ordentlichen Gerichte sei, ist in dem deutschen Rechte nicht minder begründet als im römischen, wiwohl nunmehr regelmäßig die ordentlichen Gerichte erster Instanz auch die Vormundschaftsbehörde sind²¹⁾. In Betreff der Competenz (§. 506. 3. c.) scheint eine Abweichung vom römischen Rechte gemeinrechtlich nicht begründet, so daß auf Seite des Pupillen nicht blos der Ort des Domizils, sondern auch der der Heimat (des Heimatrechtes) und namentlich auch der des Vermögens²²⁾ Competenzgrund ist.

Auch die Fähigkeit zur Vormundschaft bemüht sich nach den römischen Grundsätzen²³⁾. Die bloße Tauglichkeit ist heute wie damals bloße Sache des obrigkeitlichen Ermessens²⁴⁾; allein während dieses vornherein im römischen Rechte nur bei der obrigkeitlichen Bestellung und bei der confirmatio ex inquisitione, außerdem erst während der Vormundschaft, zum Zwecke der Remotion oder einer außerordentlichen Curatelbestellung, vorkam²⁵⁾, tritt es heute zum Behufe der allgemein

21) vgl. Kraut, a. a. D. I §. 10 bez. Anm. 4. 5. 11. 12—15 und S. 96 oben. Dernburg, Pand. III §. 40 Anm. 2 a. E. und Arndts, Pand. §. 448 Anm.

22) vgl. Sintenis, Civlrl. §. 147, C. II a. 2 und andererseits Roth, deutsch. Privatr. II §. 180.

23) oben §. 505. Hierzu kommen theils abändernd theils zusehends Strafgesetz, f. d. deutsche Reich §. 34 Ziff. 6 und Reichs-Militärgez §. 41. Roth, a. a. D. §. 186.

24) Windscheid, Pand. §. 434 Nr. 2.

25) §. B. I. 3 §. 12 D. susp. tut. 26, 10, oben §. 500 Nr. 2 und 3; §. 513 ab init.; §. 506 Anm. 66, I. 5 D. conf. tut. 26, 5.

nothwendigen Bestätigung überall schon vornherein ein. Demgemäß schlagen viele Fälle, in denen nach römischem Rechte — weil die (juristische) Fähigkeit da und die (testamentarische, gesetzliche) Delation oder eine sonstige väterliche Ernennung wirksam war — wegen Untauglichkeit erst removirt oder ein Curator beigegeben werden mußte, heute in eine bloße Nichtbestätigung oder Nichtzulassung wegen Untauglichkeit um²⁶⁾.

Sind nach all dem noch Säulen übrig, welche als Besonderheiten entweder der Tutel oder der Curatell erscheinen, so müssen sie aus dem mehrfach erwähnten Grunde: weil unsere Vormünder weder Tutores noch Curatoren sind, insolange für antiquirt erachtet werden, als nicht ihre Geltung auf Grund der Reichsgesetze oder der gemeinrechtlichen Praxis nachgewiesen ist.

II. Die Vormundschaft über Wahnsinnige und dergl.

§. 515.

D. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis 27, 10.

C. de curatore furiosi vel prodigi 5, 70.

Einen Fall zwar nur der außerordentlichen, aber gleichwohl nothwendigen Vormundschaften (§. 802 oben) begründet von altersher¹⁾ der Wahnsinn²⁾. Nicht so bloße Geisteschwäche (der mente capti³⁾), fatui, insani): diese zog in älterer Zeit eine Curatell entweder überhaupt nicht, oder doch nicht noth-

26) RöD. von 1577 Tit. 32 §. 1: „oder darzu tuglich und geschickt wären, gegeben werden“. RöD. von 1548 Tit. 31 §. 1.

1) Volljährigkeit und Selbständigkeit vorausgesetzt: oben §. 496 Anm. 5 vgl. 3 a. E.

2) — furorem autem esse rati sunt (sc. XII tabb.) mentis ad omnia caecitatem. Quod cum maius esse videatur quam insania, tamen eiusmodi est, ut furor in sapientem cadere possit, non possit insania. Cic. Tusc. disp. III, 5. — in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat — I. 14 D. off. praes. 1, 18. Weiteres über furor bei Voigt, XII Taf. §. 165 (die curatio furiosi) Anm. 1 fg. Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant XII tabulae: Cic. I. c. (oben §. 460 Anm. 4). Lex XII tabb. furiosum — in curatione iubet esse agnatorum: Ulp. XII, 2. I. 7 §. 5. §. 6 C. h. t. 5, 70. Oben Bd. I §. 56 Nr. 1.

3) die aber auch blödsinnig und definitiver handlungsunfähig sein können, als der furiosus: I. 25 C. nupt. 5, 4. I. 28 C. episc. aud. 1, 4. Bd. I §. 56 Anm. 3.

wendig nach sich⁴); daß sie nach neuerem Rechte der Anlaß zu einer Curatel sein kann, ist außer Zweifel⁵); daß es der Fall sein müsse, jedoch nicht unzweideutig ausgesprochen. Die Nothwendigkeit kann aber unterschieden werden als eine für die Obrigkeit, je nachdem diese auch von Amtswegen und bei Vermeidung eigener Haftung auf Bestellung des Curators bedacht sein muß (§. 514 Nr. 5 a. E.); als eine für den Curanden, insoferne die Bestellung wider seinen Willen geschieht (vgl. §. 512 Anm. 10); und als eine für die Angehörigen, insoferne sie zur Petition nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet sind (§. 506, 3, e. §. 511 Anm. 30. §. 512 Anm. 11). Keinesfalls nun kann man die Bestellung von dem Willen des Curanden z. abhängen lassen, da dessen Wille selbst ein zweifelhaftes Dasein hat⁶); daß aber die Verwandten eine Curatel über diesen nachsuchen müssen, oder daß die Obrigkeit von Amtswegen einzuschreiten habe, ist damit nicht entschieden⁷).

Zedenfalls ist die Curatelbestellung über Blöde wie Wahnsinnige nur nach sorgfältigster Prüfung ihres Gebrechens zugälig⁸). In lichten Zwischenräumen verschwindet mit dem

4) Stultitiam enim censuerunt constantia, i. e. sanitate, vacantem posse tamen tueri mediocritatem officiorum et vitae communem cultum atque usitatum; furorem autem — Cic. in Anm. 2 cit. Der mente captus bei Varro, R. R. I, 2, der ad adgnatos et gentiles zu bringen ist, kann mit dem furiosus verwechselt sein, Rudorff, Vormundshaft I S. 121 fg.

5) §. 4 J. curat. 1, 23. I. 1 §. 11. I. 2 D. postul. 3, 1. I. 12 pr. D. tut. vel curat. dat. 26, 5. I. 19 §. 1—I. 22 pr. D. reb. auct. iud. 42, 5.

6) Donellus, Comm. j. c. lib. III c. 18 §. 16.

7) die Amtspflicht zum Einschreiten verneint Sintenis, Civilr. §. 155 Anm. 8, vgl. auch Glück, Comm. Bd. 53 §. 1393 S. 255. Im Uebrigen scheint die Frage noch wenig erörtert. Die Praxis fragt nur, ob der zur Curatel erforderliche Grad der Geisteschwäche (dass rebus suis non superesse) vorhanden sei, und erkennt für diesen Fall ein Recht auf curatoris petitio und datio, z. B. Seuffert, Archiv VIII Nr. 230. X Nr. 183. VII Nr. 233. Die Doctrin pflegt zwischen furiosis und mente captis nicht zu unterscheiden, z. B. Rudorff, Vormundshaft I S. 124, Arndts, Pand. §. 441 ab init., wogegen Windscheid, Pand. §. 446 „bekommen oder können bekommen“. Diese Doctrin erhielt eine Stütze, wenn im deutschen Recht kein Unterschied gemacht würde, Kraut, Vormundshaft II §. 60 S. 191; s. nun auch C.P.L. §. 593—§. 620, namentlich §§. 600 u. 615.

8) I. 6 D. h. t. 27, 10: Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimum curatorem det, quoniam

Wahnsinn auch die Curateli, ist aber mit ihm auch von selbst wieder da⁹⁾. Bei der cura furiosi ging der obrigkeitlichen Bestellung eine gesetzliche Delation im älteren Rechte vor; des neueren Rechtes ist bereits oben §. 872 gedacht. Die administratio ist überall hier plena (§. 869). Außer ihr ist aber auch corpus und salus des Curanden zu pflegen (§. 511 Anm. 7); die nach Umständen auch im öffentlichen Interesse nöthige Einschließung ist ein Recht nicht nur der Curatoren, sondern auch der Angehörigen, wie der Obrigkeit¹⁰⁾. Im Uebrigen §. 511.

Auch leibliche Gebrechen, die den Brethäften dauernd hilfsbedürftig machen, sind ein Grund zur Vormundschaft¹¹⁾. Von ihr gilt dasselbe, was von der cura über Geistesschwäche.

III. Die Vormundschaft über Verschwender.

§. 516.

Das ist die einzige Vormundschaft, welche noch immer auf einer erst rechtlich zu bewirkenden Wehrlosmachung beruht und diese voraussetzt (vgl. §. 495 Anm. 4). Eine zweifache Interdicirung, welche dem Verschwender nicht blos die Disposition über sein Vermögen, sondern (mit Ausnahme reiner Erwerbshandlungen und des Erbschaftsantrittes) die Handlungsfähigkeit überhaupt nahm¹⁾, mag schon im späteren römischen Verfahren die alte Förmlichkeit verloren haben; heutzutage kann das bezügliche Defret von der Interdicirung vollends schweigen und

plerique vel fuorem vel dementiam fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent.

9) I. 6 C. h. t. 5, 70. Bd. I §. 56 Anm. 1, Roth, deutsches Privatr. II §. 201 Anm. 22 behauptet, nach der CPD. sei der für wahnsinnig Erklärte während der ganzen Dauer der Entmündigung für handlungsunfähig zu erachten; allein CPD. §. 613 begründet diese Behauptung keineswegs, s. auch Windscheid, Pand. §. 71 Anm. 4 und unten §. 516 a. E.

10) I. 13 §. 1. l. 14 D. off. praes. 1, 18. Voigt, XII Taf. §. 165 Anm. 12.

11) §. 4 J. curat. 1, 23. l. 19 §. 1—l. 22 pr. D. reb. auct. iud. poss. 42, 5. l. 2 D. h. t. 27, 10.

1) Bd. I §. 54 Anm. 6 vgl. §. 56 Nr. 3, §. 57, 1, a und oben §. 457 Anm. 47.

sich auf eine „Prodigalitätserklärung“ beschränken, oder doch nur eine „Vermögensinterdiction“ enthalten²⁾). Allein die Wirkung jener doppelten Interdicirung hat es gleichwohl in allen Fällen, und die Kuratelbestellung ist seine Folge.

Über das Recht zur Bestellung ist hier nach dem oben S. 871/2 bemerkten nichts weiteres zu sagen, als daß zur gesetzlichen Berufung analog die confirmatio germanica hinzukommen hat (§. 514 Nr. 6). Fraglicher ist ob die Bestellung, und was ihr vorausgeht, auch von Amtswegen, oder nur auf Antrag der Interessenten einzuleiten³⁾, und ob sie erst nach der Vergeudung des Vermögens oder eines großen Theils desselben, oder schon bei bloßer Gefahr der Vergeudung zulässig sei. Die Schriftsteller entscheiden hierhin oder dorthin, je nachdem sie in dieser Curatel mehr den Eingriff in das Recht⁴⁾, oder den Nutzen, den sie für den Curanden, seine Familie und das gemeine Beste hat, ins Auge fassen und betonen⁵⁾. Dabei macht denn auch noch die Frage nach dem Kriterium der Prodigalität ihre Schwierigkeit⁶⁾. Dem Willen des Curanden nach ist diese Curatel jedenfalls eine nothwendige; allein zum Unterschiede von anderen nothwendigen Curatelen ist ihm, weil er seine Freiheit und Handlungsfähigkeit erst zu verlieren hat, Appellation gegen ihre Bestellung gestattet⁷⁾. Öffentliche Bekanntmachung der erfolgten Bestellung⁸⁾ ist in der Natur der

2) z. B. Roth u. Meibom, Kurh. Privatr. §. 580, 3. Sintenis, Civilrecht §. 155 Anm. 14 u. 17. Die Civilprozeßordnung f. d. deutsche Reich §. 621 — §. 627 spricht gleichbedeutend davon, daß eine Person gerichtlich für einen Verschwender erklärt werde und von Entmündigung der selben. Näher über den Hergang Roth, deutsches Privatr. II §. 203.

3) Nach der CPO. §. 621 wird der Besluß, welcher eine Person für einen Verschwender erklärt, „nur auf Antrag erlassen“. Zur Stellung des Antrags Berechtigte werden in §. 595 Abs. 1 angegeben, andere bisher Berechtigte aber dort nicht ausgeschlossen; zu Letzteren könnte die Vormundschaftsbehörde gehören. Nur der Staatsanwalt ist hier, im Gegensatz zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit, nicht zur Stellung des Antrags befugt.

4) z. B. Sintenis, Civilr. §. 155 Anm. 15 und dazu Glück, Comm. Bd. 33 §. 182 fg. §. 210 fg.

5) Kraut, Vormundschaft I §. 214 fg.

6) 1. 1 pr. D. curat. fur. 27, 10. I. 12 §. 2 D. tut. et curat. dat. 26, 5, dazu Voigt, XII Tafeln §. 164 Anm. 2. Rudorff, Vormundschaft I §. 135. Sintenis, Civilr. §. 155 Anm. 16.

7) Sintenis a. a. O. Anm. 17, s. auch CPO. §. 624.

8) Nach CPO. §. 627 ist die Entmündigung einer Person wegen Ver schwendung vom Amtsgericht öffentlich bekannt zu machen.

Sache, Bekanntmachung selbst des schwebenden Prodigalitätsprozesses dann begründet, wenn eventuell auch die noch vor dem Erkenntniß aber nach der Einleitung des Prozesses getroffenen Dispositionen des Verschwenders nichtig sein sollen, wie dies partikularrechtlich vorkommt⁹⁾.

Die (sonst volle) Administration des curator prodigi erstreckt sich gemeinrechtlich nicht auch auf die Person des Curanden¹⁰⁾; daß sie sich auch als consensus zu Handlungen des Curanden gestalten könne, ist bereits oben widersprochen worden¹¹⁾. Auch der Verschwender soll ipso iure von der Curatel frei sein, wenn er von seinem Uebel genesen ist¹²⁾; d. h. ein sonst nichtiges Geschäft des Interdicirten kann, den Beweis der Genesung vorausgesetzt, geltig sein, trotzdem der Curator noch fortwirthschafftet.

9) Kraut, Vormundschaft I S. 215. 216.

10) Glück, Comm. Bd. 33 S. 251, II. Sintenis, Civilr. §. 155 bei Anm. 20. Kraut a. a. D. S. 212 unten.

11) Bd. I §. 54 Anm. 15. Die dort in der 3. Aufl. gemachte Verweisung auf Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. soll lauten Bd. 4 S. 694 zu Anm. 52 fgg.

12) 1. 1 pr. D. cur. fur. 27, 10 — sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum — und hierzu Ubbelohde a. a. D. S. 693. 694. „Nach heutigem Recht wird bei Verswendern immer eine obrigkeitliche Aufhebung des Decrets, das sie unter Vormundschaft setzte, erforderlich“. Arndts, Pand. §. 449 Anm. CPO. §. 625 verlangt für die Wiederaufhebung der Entmündigung den Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes.

Dritter Abschnitt.

Güterpflegen und Specialcuratelen.

§. 517.

Ueberhaupt.

Von der Vormundschaft (*tutela* und *cura personarum*) verschieden, weil sie keine Bewehrung einer bestimmten Person oder einer Person in ihrer Totalität sind¹⁾), hängen die Güterpflegen und Specialcuratelen gleichwohl mit der Vormundschaft²⁾ nicht nur, sondern auch mit den Familienrechten zusammen, indem auch sie Gewalten (weder bloße Vermögensrechte, noch bloße Procuraturen) sind.

Diese Curatelen beruhen schlechthin auf obrigkeitlicher Bestellung³⁾. Beide, die Specialcuratelen nicht minder als die bonorum curationes, sind *munera*⁴⁾, darum in Betreff der Fähigkeit und der Execution den gemeinen Regeln unterworfen⁵⁾.

1) *bonis, substantiae, rei curator datur, nicht personae,* §. B. rubr. D. de curatore bonis dando, l. 6 §. 4 D. tut. 26, l. 1. l. 6 §. 2 D. quib. ex caus. 42, 4, vgl. §. 496 Anm. 9. 10, §. 498 Anm. 33, §. 495 dritter Absatz, und §. 568 oben.

2) §. die Stellen bei Windscheid, Band. §. 447 Anm. 6 und Ubbelohde, Arch. f. civ. Praxis Bd. 61 S. 29: „Der rechtsbildende Grundgedanke für die Vermögenscuratelen (ist) heutzutage der nämliche, wie für die Vormundschaften“. Vgl. unten §. 518 Anm. 15.

3) vgl. §. 511 §. 871/2 und §. B. l. 20 pr. D. tut. et curat. 26, 5.

4) *personalia:* l. 1 §. 4. l. 18 §. 13 D. mun. 50, 4.

5) l. 6 §. 4 eod., oben §. 507, jedoch auch Windscheid, Band. §. 447 Anm. 8.

§. 518.

Die Güterpflegen im Einzelnen.

1. Cura ventris et bonorum. Dies sind zwei Curatelen, wiewohl sie in einer Person vereinigt zu werden pflegen¹⁾. Voraussetzung von beiden ist die bereits in §. 395 Nr. 2 dargestellte erbrechtliche ventris in possessionem missio²⁾; keine von ihnen ist nothwendig, aber jede üblich, und zwar jede auf Anlangen der Mutter³⁾. Allein während die letztere, als Curatel über das treffende Erbvermögen, mit der Person des fünfzigen Kindes oder der Mutter nichts zu thun, und das Vermögen ebensowohl im Interesse etwaiger anderweitiger Erben, oder der Gläubiger, als gerade des venter zu hüten hat⁴⁾, wird der curator ventris eigens zu dem Zwecke bestellt, um der Mutter aus der Erbschaft den zur Erhaltung der Leibesfrucht nöthigen Unterhalt zu reichen⁵⁾, und nur zu diesem Zwecke und in so lang mit der Vermögensverwaltung betraut⁶⁾, so daß er wie dem Namen auch der Sache nach noch als eine cura personae oder Vormundschaft zu denken ist⁷⁾. Cautionspflichtig sind auch diese Curatoren nur wenn sie nicht ex in-

1) I. 1 §. 18 D. de ventre in poss. mitt. et curat. eius 37, 9. Leist in Glücks Comm. Bücher 37, 38. Bd. 4 S. 54. Ubbelohde a. a. D. S. 16 Abs. 2. S. 11 Abs. 1.

2) im Gegentheil läßt Ubbelohde a. a. D. S. 12/3 der missio die Bestellung des curator ventris vorausgehen; dagegen oben §. 395 bei Anm. 15.

3) I. 1 §. 17 D. eod. Oben §. 395 Anm. 15.

4) I. 1 §. 17. §. 18 D. eod. vgl. mit I. 2 §. 30 D. SC. Tertull. 38, 17.

5) I. 1 §. 14. I. 5 pr. D. h. t. 37, 9. I. 1 §. 4 D. mun. 50, 4. I. 5 §. 3 D. ed. Carb. 37, 10. S. auch Venel, Edictum S. 277 Anm. 2. — Nach §. 395 bei Anm. 14 hat der curator ventris für Aufbringung der Alimente „zu sorgen“, daß er solche zu verabreichen habe, wird von Ubbelohde a. a. D. S. 12 Anm. 17 entschieden verneint.

6) I. 5 §. 1. I. 1 §§. 20—26 D. h. t. 37, 9. Ubbelohde a. a. D. S. 11 führt die hier erwähnte Vermögensverwaltung auf Personalunion von curator ventris und bonorum (ventris nomine) zurück und läßt dem curator ventris keinerlei Vermögensverwaltung zukommen. Bedenklich ist aber duobus in I. 48 in fin. D. adm. tut. 26, 7, da hiermit auch der bloße curator ventris bedacht sein kann.*

7) Daher ist es „nicht genau, die cura ventris... zu den Vermögenscuratelen zu stellen: nur die cura hereditatis ventris nomine gehört dahin“. Ubbelohde a. a. D. S. 12 Anm. 17. S. auch noch die I. 48 D. adm. tut. 26, 7 cit. und wegen der Obliegenheiten des bonorum ventrisque curator Leist a. a. D. SS. 54—58, 120 fg.

quisitione bestellt waren⁸⁾, heutzutage jedoch stets (§. 514 Nr. 6)⁹⁾.

2. Cura bonorum absentis. Nur eine cura über das Vermögen Abwesender, nicht eine „cura absentis“ oder „Vormundschaft für Abwesende“¹⁰⁾ kommt im Römischen Rechte vor¹¹⁾. Unter den Fällen der Abwesenheit tritt der Kriegsgefangenschaft eigens hervor; die anderen sind nicht näher bestimmt¹²⁾, so daß die Praxis nur nach der Nothwendigkeit der Fürsorge, nicht nach dem Grund, oder der Dauer, oder dem Orte der Abwesenheit fragt¹³⁾. Daß Namens des Abwesenden kein Procurator da sei, erscheint darum als natürliche Voraussetzung dieser Curat^{el}¹⁴⁾. Auf eine Petitionspflicht läßt I. 2 §. 30 D. ad SC. Tert. cit. schließen, wogegen aus I. 3 C. postlim. 8, 50 (51) mehr als die Möglichkeit, daß die Curat-bestellung durch Interessenten veranlaßt werde, nicht hervorgeht; Bestellung von Amts wegen ist dadurch nicht ausgeschlossen¹⁵⁾. Die Cautionspflicht bestimmt sich hier wie sonst¹⁶⁾.

8) I. 8 D. curat. fur. 27, 10, hiezu Lenel, Edictum §. 254 Anm. 1.

9) das heutzutage beim Vorhandensein eines erbberechtigten venter zu beobachtende Verfahren gibt Ubbelohde a. a. D. §. 40 an, vgl. Leist a. a. D. §. 64 und Hellmann in der Münchener Festgabe für Planck §. 268.

10) wie z. B. Kraut, Vormundschaft §. 62, Glück, Comm. Bd. 33 §. 263 (s. jedoch auch §. 262 „Curat über das Vermögen eines Abwesenden“) u. d. sich ausdrücken.

11) curator bonis absentis datus: I. 22 §. 1 D. reb. auct. 42, 5. l. 1 §. 4 D. mun. 50, 4. l. 6 §. 4 D. tut. 26, 1. l. 6 §. 2 D. quib. ex caus. 42, 4. l. 2 §. 30 D. SC. Tertull. 38, 17. l. 15 pr. D. quib. ex cau. maior. 4, 6. §. auch oben §. 394 Anm. 27 g. E.

12) II. citt. in Anm. 11, z. B. I. 22 §. 1 cit.: Sed si bonis curator datus sit vel absentis vel ab hostibus capti —. Insofern in den citirten Stellen die cura mit der poss. bon. rei servandae causa concurrit, scheinen sie auf den Fall unter Nr. 3 bezogen werden zu können. Vgl. Lenel, Edictum §. 350 Anm. 6 und Ubbelohde a. a. D. §. 27 Anm. 45.*

13) Seuffert, Archiv Bd. IV Nr. 132.

14) Glück a. a. D. §. 262 Anm. 21 vgl. Anm. 24.

15) Sintenis, Civilr. §. 156 Anm. 5, dagegen Glück a. a. D. §. 263 Anm. 27, aber auch Ubbelohde a. a. D. §. 27 Anm. 44. 45. 46 und §. 28 fg., wonach die römische Vermögenscurat überhaupt nur wegen gewisser Interessenten, daher nicht ohne deren Immision oder Antrag, die heutige wegen des Interesses, welches das Gemeinwohl an der Erhaltung eines Vermögens hat, daher von Amts wegen angeordnet wird. Vgl. oben §. 517 Anm. 2 und hier unten Anm. 27.

16) I. 3 C. postlim. cit. Wegen der Competenz s. I. 6 §. 4 D. tut. 26, 1. l. 1 §. 4 D. mun. 50, 4, Stobbe, d. Privatr. IV §. 536 und Ubbelohde a. a. D. §. 29 Anm. 48, aber auch §. 36.

Wesentlich verschieden von dieser Cura ist die vordem lange mit ihr vermengte in Deutschland übliche provisorische Besitzteinweisung der Erben in das Vermögen eines Verschollenen. Letztere ist eben eine missio, überhaupt keine Curatelbestellung, woraus sich unter anderem ergibt, daß eine cura bonorum absentis neben ihr bestehen kann¹⁷⁾.

3. Cura bonorum im Concurse. Diese Curatel vereinigt zwei Funktionen, welche im früheren römischen Rechte verschiedenen Curatoren zukamen: die custodia der Masse, und deren Verkauf (distractio, nicht venditio)¹⁸⁾, und zeichnet sich durch eben diesen Ausverkauf des Vermögens vor allen anderen Güterpflegen aus. Eine andere Eigenthümlichkeit besteht darin, daß ihre Uebernahme nur ausnahmsweise nothwendig ist¹⁹⁾, was wie der Einfluß der Gläubiger auf die Bestellung²⁰⁾ mit dem älteren Rechte des magister bonorum vendendorum zusammenhängen könnte²¹⁾.

4. Cura hereditatis. Hierunter kann nur eine Curatel der liegenden Erbschaft²²⁾ verstanden werden²³⁾. Aber selbst wer hereditate iacente und dieser hereditas wegen aufgestellt wird, ist noch nicht nothwendig curator hereditatis, sondern erst wer zu ihrer Erhaltung aufgestellt wird²⁴⁾; denn der hereditate iacente und ihretwegen aufgestellte Curator

17) Bruns, die Verschollenheit, in Beckers Jahrbuch I S. 145 bei Nr. 1—5. S. auch Windscheid, Pand. §. 447 Anm. 11—13.

18) Rudorff, Voimundschafft I S. 155—161. D. de curatore bonis dando 42, 7. Vgl. auch Bd. I §. 57 Nr. 2.

19) I. 2 §. 3 D. h. t. 42, 7.

20) I. 2 pr. eod.

21) vgl. Rudorff a. a. D. Anm. 30, aber dagegen Lenel, Edictum S. 350 Anm. 4 u. überhaupt daselbst §. 224, ferner Windscheid, Pand. §. 447 Anm. 7 g. E.

22) Oben §. 364 Anm. 23 und S. 37 in med., 3. B. I. 1 §. ult. D. mun. 50, 4.

23) der Curator, der in I. 1 §. 2 D. cur. bon. 42, 7. I. 23 §. 3 D. hered. inst. 28, 5 nach dem Erwerbe der Erbschaft bestellt wird, ist ein Specialcurator, oder ein curator pupilli (oben §. 513 Anm. 1), nicht hereditatis. Dagegen erklärt denselben Ubbelohde a. a. D. S. 26 Anm. 40 für einen curator hereditatis quasi iacentis, weil der Erbschaftserwerb wegen des benef. abstinenti fachlich noch ungewiß sei; hierzu s. oben S. 161 bei Anm. 20 (diese selbst unter den „Berichtigungen“).

24) I. 1 §. ult. D. mun. 50, 4 cit. — custodiendis ab eo relictis, cui needum quisquam ... successit, curatores constituti. 3. B. I. 23 §. 2 D. hered. inst. 28, 5.

Brinz, Bandesten III. 2. 2. Aufl.

kann auch ein Concurscurator sein²⁵⁾). Zur Auffstellung des wirklichen curator hereditatis aber kann es kommen, so oft sich der Antritt der Erbschaft aus was immer für Ursachen verzögert, und die Nothwendigkeit eines Concurses über dieselbe nicht oder noch nicht vorliegt, mögen daneben Gläubiger oder präsumtive Erben eine missio erlangen oder nicht²⁶⁾; doch muß schon ein dringenderes Bedürfniß (z. B. nach Schuldenzahlung) vorliegen, wenn es neben der Einweisung der Gläubiger noch zur Curatela kommen soll²⁷⁾.

Nichts als eine cura hereditatis ist die s. g. cura ex edicto Carboniano: nur setzt sie voraus, daß nicht nur der Unmündige, sondern auch sein Gegner, auf welchen der Besitz der Erbschaft übergeht, die zur Administration erforderliche satisdatio nicht leistet²⁸⁾.

25) Rüdorff, Vermundshaft I §. 22 Anm. 4 vgl. §. 21 Anm. 28 und die hier folg. Ann.

26) 1. 2 D. fericis 2, 12. 1. 3 D. cur. fur. 27, 10. 1. 1 §. ult. D. mun. 50, 4. Dagegen trat nach Ubbelohde a. a. D. S. 4 eine cura hereditatis iacentis niemals ohne vorgängige missio creditorum in hereditatem ein, „ihre Anordnung war vielmehr stets nur die gelegentliche Folge einer solchen missio“. Die citirten Stellen seien „unbestimmt“ und „erhalten ihr richtiges Verständniß“ durch 1. 8. 1. 9 D. quib. ex cau. 42, 4. 1. 23 §. 2. §. 3 D. hered. inst. 28, 5. Vgl. übrigens den oben folgenden Text, sowie Ann. 28. 12 u. 25.

27) . 8 D. quib. ex cau. 42, 4. „Die missio in bona defuncti scheint in Deutschland niemals recipirt worden zu sein“. Ubbelohde a. a. D. S. 26 Ann. 42. Die ausführliche heutzutage von Amts wegen eintretende cura hereditatis zeigt nach Ubbelohde S. 29 fg. ihre Verschiedenheit von der römischen (vgl. Ann. 15) darin daß nicht mehr das forum rei sitae, sondern das forum domicilii defuncti für ihre Anordnung zuständig, und daß diese Anordnung auch nach dem Erwerb einer Erbschaftsquote für eine noch nicht erworbene zulässig ist. Für den heutigen Vermögenscurator nimmt Ubbelohde S. 35 fg. außer der custodia auch Prozeßvollmacht in Anspruch.

28) 1. 5 §. 1. §. 2. §. 5 D. Carbon. ed. 37, 10. 1. 1 §. 4 D. mun. 50, 4. Oben §. 395 Ann. 34. Leit in Glück's Comm. Serie 37. 38. IV §§. 118 fg. 124 fg. 132 fg. Ubbelohde a. a. D. S. 19: „Auch hier also bildete die cura hereditatis nur eine Folge der missio in possessionem“. S. auch daselbst Ann. 84 und wegen der heutigen Anwendung S. 46 fg. und Leit a. a. D. S. 137 unten fg. Vgl. hiermit Dernburg, Band. III §. 159 Ann. 6 und Hellmann a. a. D. S. 268 al. 6 nebst S. 267 al. 1. — Neben einem weiteren Fall von cura hereditatis, nämlich für den Erbtheil des Collationspflichtigen, der die Caution für Collation nicht zu leisten vermag, s. Ubbelohde a. a. D. S. 23 fg. 49 fg. und vgl. oben §. 411 Ann. 16 a. E.

§. 519.

Die Specialcuratelen.

Solche sind noch immer nothwendig,

1) wenn ein Vormund in eigener Sache mit seinem Mündel handeln will, das Geschäft derart ist, daß es weder der Mündel, noch der Vormund allein vornehmen kann¹⁾, und keine Mitvormünder da sind. Denn so wenig der Tutor in rem suam auctor zu werden vermochte²⁾, so wenig vermag er, der Natur der Sache nach, in Einem beide Parteien, den Mündel und sich selbst, zu vertreten³⁾. Im römischen Rechte konnte nun je nach Lage der Sache ein Special tutor nothwendig werden⁴⁾; nach heutigem ist überall ein Specialecurator ausreichend (§. 497 a. E.)⁵⁾.

Ein Seitenstück zu diesen Specialcuratelen ist diejenige, deren der Haussvater bedarf, wenn er mit seinem Kinde eines der Geschäfte vornehmen will, welche nach heutigem Rechte zwischen Vater und Kind möglich sind⁶⁾; —

2) wenn neben provisorischen Bescheinweisungen keine cura bonorum bestellt, sondern das blos vorübergehende Bedürfniß von Schuldenzahlungen, Veräußerungen &c. befriedigt werden will⁷⁾.

Antiquirt dagegen ist

3) die Nothwendigkeit von gewissen Specialcuratelen des römischen Rechtes für den minor der keinen Generalcurator hat (§. 55 Anm. 4 fg.); denn diese Nothwendigkeit ist nunmehr

1) Bd. I §§. 55—57. Oben §. 498, bes. Anm. 36 fg.

2) Gai. I, 184. §. 3 J. auct. tut. 1, 21. Oben §. 498 Anm. 40.

3) cf. §. 2 J. obl. quae quasi ex contr. 3, 23. Rudorff, Vormundschaft II §. 125.

4) 1. 19 D. auct. et cons. 26, 8. Gai. I, 184. l. 17 §. 1 D. appell. 49, 1. Oben §. 513 a. E.

5) d. B. §. 498 Anm. 36. §. 513. Seuffert, Pand. §. 507: „Von Interimsvormündern und Vormündern für einzelne Geschäfte“. Für den Fall des Processes genügte statt des alten praetorius tutor ein Curator schon nach neuem Rechte. l. 4 pr. D. tut. 26, 1 (Bd. I §. 89 Anm. 6). §. 3 J. auct. tut. 1, 21 cit. C. de in item dando tute vel curatore 5, 44. Oben §. 506 Anm. 28, vgl. §. 507 Anm. 37. 38.

6) oben §. 663. 664 vgl. Rudorff, Vormundschaft I §. 52, II, 4.

7) l. 23 §. 2. §. 3 D. her. inst. 28, 5 vgl. §. 518 Nr. 4.

der der Vormundschaft über den Minor überhaupt gewichen (§. 55 nach Ann. 13 der 3. Aufl., §. 514 Ann. 1)⁸⁾. Aus demselben Grunde bedarf es auch keiner Specialcuratel mehr zur dotis constitutio⁹⁾; allein soweit, daß eine Minderjährige ohne ihren Vormund keine dos versprechen kann, wirkt dieses alte Sonderrecht noch immer nach.

§. 520.

Aetores und Adjutores.

Diese sind beide den Curatoren verwandt, insoferne auch sie nicht etwa durch bloßes Mandat in Dienst und Pflicht genommen, sondern von der Obrigkeit bestellt werden und für dieselben Gattungen von Personen, Vermögen und Geschäften zu sorgen haben wie Curatoren. Dagegen unterscheiden sich beide von den Curatoren dadurch, daß sie nur auf Bitte eines vorhandenen Tutors oder Curators, und daß nur diejenigen zu Adjutoren oder Actoren bestellt werden, die der Vormund selbst will¹⁾, daß beide ihres Amtes auch nicht unter eigener Verantwortlichkeit, sondern nur unter der Verantwortlichkeit dessen der um sie gebeten zu walten haben²⁾, ja daß sie, genauer gesprochen, von dem vorhandenen Vormund selbst bestellt, und durch obrigkeitliches Defret nur genehmigt werden³⁾. Die Adjutoren und Actoren sind Beamte des Vormunds. Wozu denn aber die obrigkeitliche Genehmigung?

In der Macht der Tutores und Curatoren lag auch die

8) Nicht antiquirt ist dagegen der Vormund für den hausunterthänigen Minor in den Fällen von §. 464 Nr. 3 litt. a-d (vgl. Windisch ebd. Pand. §. 432 Ann. 5 und §. 517 Ann. 24) und der curator, der zur Constituirung von dos und ante n. donatio bestellt wird, wenn Sohn oder Tochter eines demens oder furiosus heirathen will (sine consensu paterf.) I. 25 C. nupt. 5, 4 (Justinian) und hierzu Bd. I §. 42 Ann. 9 und oben §. 496 Ann. 3 a. E.

9) I. 28 C. i. d. 5, 12. I. 60. I. 61 D. eod. 23, 3. Bd. I §. 55 Ann. 5.

1) §. 6 J. curat. 1, 23 — quem velit actorem —.

2) I. 24 pr. D. adm. tut. 26, 7: Decreto praetoris actor constiui periculo tutoris solet —. §. 6 J. curat. 1, 23 cit. l. 13 §. 1 D. tut. 26, 1.

3) mit l. 24 pr. D. und §. 6 J. citt. vgl. l. 13 §. 1 cit. l. 1 und l. 2 C. de actore a tut. seu curat. dando 5, 61.

zur Ausstellung von Vollmachten⁴⁾). Allein die zur Aufstellung eines Procurators nöthige Vollmacht konnten sie gleichwohl nicht ertheilen; dazu mußte, mit ihrer Auctoritas oder ihrem Consense, der Mündel selbst handeln. Und zwar galt das nicht etwa blos von der Ausstellung des procurator in litem⁵⁾, sondern von der des Procurator überhaupt⁶⁾. Folgerecht ward eine Auskunft nothwendig, wenn einerseits der Mündel handlungsunfähig oder nicht zur Stelle, und anderseits auch der Vormund der eigenen Vornahme der Geschäfte entweder wegen deren Ausdehnung, oder seiner eigenen Person und Verhältnisse wegen (dignitate, aetate, valetudine, absentia) nicht gewachsen war. Eine dieser Auskünfte bestund in der außerordentlichen Aufstellung von Curatoren⁷⁾). Allein nicht überall mochte eine derartige Entlastung der vorhandenen Vormünder gerechtfertigt scheinen; ein Mittelweg war die Genehmigung von Gehilfen und Aushilfen, welche der Vormund sich selbst und auf eigene Gefahr bestellte. Anstatt der Procura, welche sonst der Mündel unter Intervention des Vormunds ausstellt, liegt hier eine Vollmacht vor, welche der Vormund unter Intervention der Obrigkeit ausstellt. Der Name von Adjutoren⁸⁾ dürfte sich aber auf Fälle beziehen, in denen der Vormund selbst in Funktion bleibt, und sein Bestallter neben ihm administriert; der Name actor dagegen⁹⁾ auf Fälle, in denen der Vormund zur Zeit gar nicht, oder sein Bestallter nur als Prozeßvertreter fungirt.

4) oben §. 498 Anm. 18 und 20. §. 511 bei Anm. 6.

5) wie man nach I. 1 und I. 2 C. de act. a tut. 5, 61 citt. annehmen möchte.

6) I. 24 pr. D. adm. 26, 7. Oben §. 498 Anm. 19.

7) C. in quibus causis tutorum habenti tutor vel curator dari potest 5, 36. I. 3. I. 5; oben §. 511 Anm. 22. 23. §. 513.

8) I. 13 §. 1 D. tut. 26, 1. cf. I. 40 §. 4 D. statul. 40, 7 und oben §. 513 Anm. 3.

9) — per quem tamquam in re publica, quod — agi fierique oporteat, agatur, fiat: I. 1 §. 1 D. quod cuiuscunq; univ. 3, 4. I. 10 §. 4 D. in ius voc. 2, 4. I. 12 D. ut in poss. 36, 4, oben §. 448 Anm. 10 §. 559, ferner I. 6 D. quando ex facto tut. 26, 9. vgl. I. 30 (31) §. 6 D. neg. gest. 3, 5. I. 28 (27) pr. D. Trebell. 36, 1 und denke an den servus actor 3. B. I. 49 D. sol. 46, 3.

Aus dem Gesagten erhellt nun aber auch, warum heutigen Tages von diesen Adjutoren und Actoren wenig gehandelt wird. Denn die nach dem erweiterten Stellvertretungsrechte¹⁰⁾ mögliche Aufstellung von Procuratoren durch die Vormünder macht dieselben überflüssig. Ist freilich zu dieser Aufstellung nunmehr obervormundshaftliche Genehmigung nothwendig (§. 514. 5), so wird zwischen einem also genehmigten Procurator und dem römischen adiutor und actor außer dem des Namens kaum mehr ein Unterschied zu finden sein.

10) vgl. §. 514 Anm. 16.

2598



L e h r b u c h
der
P a n d e f t e n
von

Dr. Alois Brinz,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

D r i t t e r B a n d .
Erste Abtheilung.
(Universalsuccessionen).

Zweite, veränderte Auflage.

Erlangen,
Verlag von Andreas Seifert.
1886.

0 1 0 1 0 3 0

Im Verlage von A. Deichert in Erlangen ist ferner erschienen:

- Alexander-Kas, Dr. Paul, Schriftsätze und Anwaltszwang. gr. 8. 1883.
(73 S.) 1 M. 60 $\text{S}.$
- Beckmann, Prof. Dr. A., der Kauf nach gemeinem Recht. I. Theil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht. gr. 8. 1876. (XI u. 691 S.) 12 M.
—, —, II. Theil I. Abtheilung: System des Kaufs nach gemeinem Recht.
gr. 8. 1884. (XII u. 569 S.) 10 M.
- Brinck, Prof. Dr. A., Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. I. Bd. 2/3 Lieferung.
gr. 8. 1876. (VII u. 617 S.) 9 M.
—, —, II. Bd. 1. Abth. gr. 8. 1879. (III u. 466 S.) 8 M.
—, —, II. Bd. 2. Abth. gr. 8. 1882. (IV u. 882 S.) 8 M.
—, —, 3. Aufl. I. 1. Lieferung. gr. 8. 1884. (IV u. 238 S.) 3 M.
- Buechel, Dr. R., das geistliche Zinsmaximum beim foenus nantium nach
I. 26 Cod. de usury 4.32. gr. 8. 1883. (45 S.) 1 M.
- Cossa-Gheberg, Grundriss der Finanzwissenschaft. Nach der 3. Auflage der
Elementi di Scienza delle Finanze. 8. 1882. (XI u. 169 S.) 2 M. 60 $\text{S}.$
- Gengler, Prof. Dr. H. G., Germanische Rechtsdenkmäler. Leges Capitularia,
Formulae. gr. 8. 1875. (XLIX u. 778 S.) 12 M.
—, Glossar hierzu. gr. 8. 1875. (152 S.) 3 M.
- Hoffmann, Dr. Ludwig, die Gewerbeverfassung des deutschen Reiches. Systematisch
dargestellt. 8. 1886. (XII u. 267 S.) 2 M. 40 $\text{S}.$, farb. 2 M. 80 $\text{S}.$
- Hoelder, Prof. Dr. E., Entwicklungsformen des römischen Privatrechts. gr. 8.
1880. 40 $\text{S}.$
—, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts. gr. 8. 1881. (VIII
u. 163 S.) 3 M. 50 $\text{S}.$
- Lueder, Prof. Dr. C., Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht.
Mit einer dem System sich anschließenden Wiedergabe des Strafgesetzbuches
für das deutsche Reich. 2. erweiterte und verbesserte Aufl. gr. 8. 1877.
(X u. 145 S.) 3 M.
- Meyer, Prof. Dr. H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3. Aufl. gr. 8.
1882. (XVIII u. 734 S.) 12 M.
- Puntschart, Prof. Dr. B., die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der
Römer. Auf Grund von Forschungen dargestellt für Juristen, Philologen
und Historiker. gr. 8. 1872. (XVI u. 542 S.) 8 M.
- Schelling, Prof. Dr. P. H. Jos., Lehrbuch des deutschen Civilprozesses gr. 8.
1880. (XX u. 530 S.) 10 M.
- v. Scheurl, Prof. Dr., Lehrbuch der Institutionen. 8. Aufl. gr. 8. 1883.
(XVI u. 432 S.) 6 M.
—, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts 1. Heft: Teil-
barkeit als Eigenschaft von Rechten. gr. 8. 1884. (118 S.) 2 M.
- Seitz, Dr. Karl Josef, Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldfrage.
Nebst allgemeinen Erörterungen über die Methode des einheimischen Civil-
rechts. 1860. gr. 8. (XVIII u. 218 S.) 2 M. 80 $\text{S}.$
—, Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio. Die Rechtsverschiedenheit
im antiken Rom und die Entfaltung des doppelten röm. Eigentumes: possessio
neben dominium, aus den verschiedenen vorpositiven Rechtssystemen vor
Justinian. gr. 8. 1884. XXX u. 288 S.) 6 M.
- Tisch, Dr. H., die Staatsanwaltschaft im deutschen Reichsprozeßrecht. gr. 8.
1883. (VI u. 206 S.) 3 M.
- Übersichtstafeln zur Repetition des römischen und Pandektenrechts. 4.
1883. 73 S.) 2 M.
- Werner, Dr. J., das Recht des Arrestes im Civilprozeß (unter besonderer
Berücksichtigung des bayerischen Immobiliararrestes) systematisch dargestellt.
8. 1884. (IV u. 40 S.) 1 M.

L e h r b u ch

der

P a n d e f t e n

von

Dr. Alois Brinz,

Professor des römischen Rechts an der Universität München.

D r i t t e r B a n d .

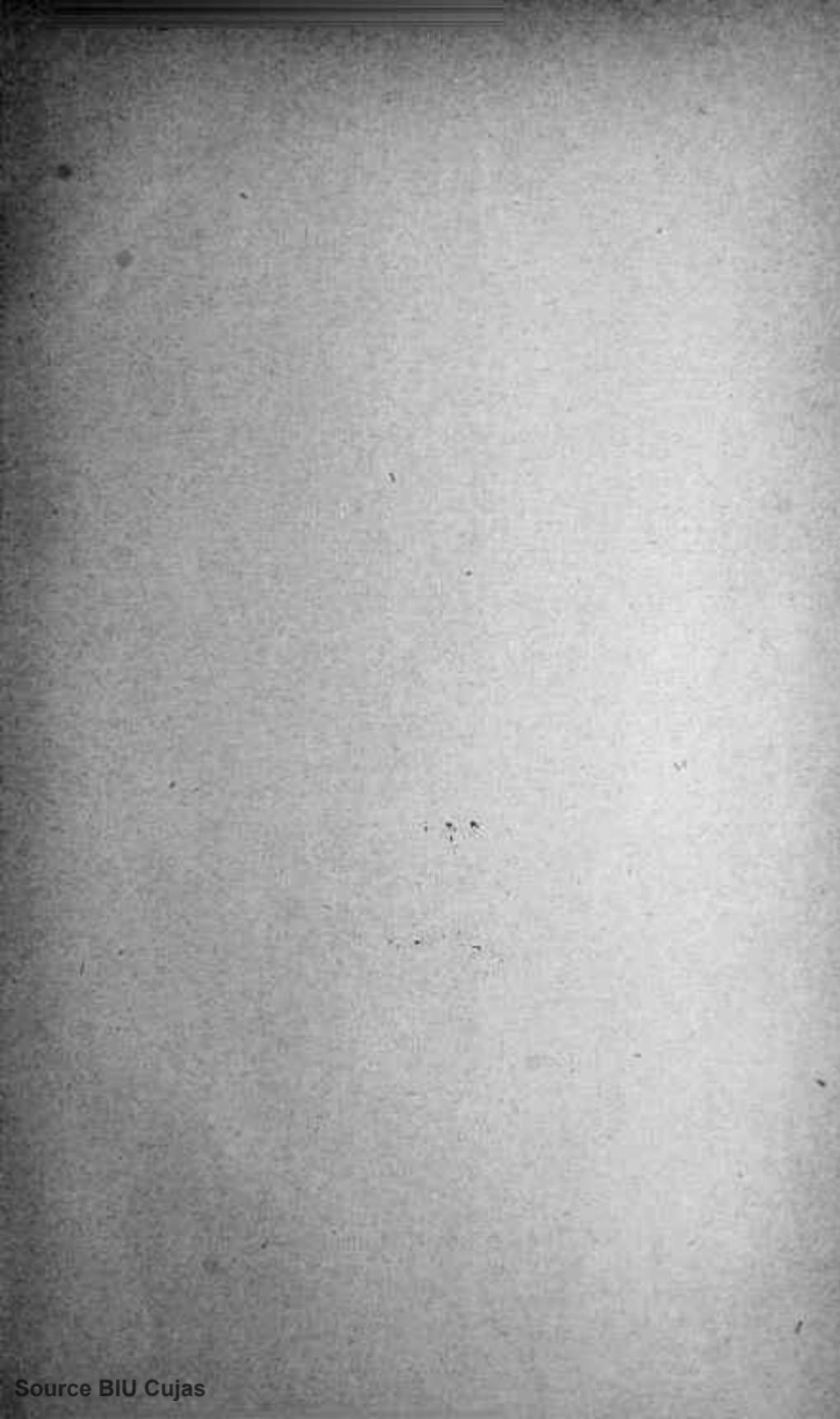
Zweite Abtheilung. 1. Lieferung.

(Das Zweckvermögen.)

Zweite veränderte Auflage.



Erlangen,
Verlag von Andreas Reichert.
1888.



Im gleichen Verlage ist ferner erschienen:

- Bechmann**, Prof. Dr. A., Das Römische Strafrecht. I. Abth. gr. 8. 1863. (VI u. 120 S.) Mf. 3,60, II. Abth. 1867. (IV u. 507 S.) Mf. 8,20.
- Brinck**, Prof. Dr. Alois, Lehrbuch der Pandekten. 3. Aufl. I. 1. Ließ. 1884. (IV u. 238 S.) Mf. 3.—
2. Aufl. I. 3. Ließ. 1876. (384 S.) Mf. 6.— II. 1. Abth. 1879. (III u. 466 S.) Mf. 8.— II. 2. Abth. 1882. (IV u. 416 S.) Mf. 8.— III. 1. Abth. 1886. (IV u. 451 S.) Mf. 8.—
- Deybeck**, Dr. K., Der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung. Von der Jurienfakultät München gekrönte Preisschrift. gr. 8. 1888. (VI. u. 234 S.) Mf. 4.—
- Fitting**, Prof. Dr. Herm., Ueber den Begriff der Rückziehung. Eine civilistische Abhandlung gr. 8. 1856. (VIII und 127 S.) Mf. 1,60.
- Gengler**, Prof. Dr. H. G., Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen für Studierende. 3. verb. Aufl. gr. 8. 1876. (XIV u. 797 S.) Mf. 12.—
- Hanausek**, Dr. Gustav, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht. gr. 8. 1879. (VII u. 179 S.) Mf. 3.
- Hartmann**, Prof. Dr. G., Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. gr. 8. 1875. (VIII u. 277 S.) Mf. 5.—
- Hruza**, Dr. E., Ueber das Lege agere pro Tutela. Rechtsgeschichtliche Untersuchung. 8. 1887. (79 S.) Mf. 2.—
- Kahl**, Prof. Dr. W., Ueber die Temporalien sperre besonders nach bayerischem Kirchenstaatsrecht. Mit Benützung handschriftlicher Quellen. gr. 8. 1876. (XI u. 227 S.) Mf. 4.—
- Queder**, Prof. Dr. C., Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafprozeßrecht. Mit dem Texte der Strafprozeßordnung für das deutsche Reich und den das Strafprozeßrecht betreffenden Stellen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Einführungsgesetze. gr. 8. 1881. (XIV u. 206 S.) Mf. 4.—
- Matthias**, Prof. Dr. B., Die römische Grundsteuer und das Bechtigalrecht. gr. 8. 1882. (III u. 84 S.) Mf. 2.—
- Mayer**, Bernh. Dr., Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. gr. 8. 1888. (IV u. 122 S.) Mf. 2.
- Menzel**, Dr. Emil, Die Privatklage nach dem Reichsstrafprozeßrechte. gr. 8. (IV u. 108 S.) Mf. 2.—
- Meyer**, Prof. Dr. H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 4. umgearbeitete Aufl. I. Hälfte. gr. 8. 1886. (506 S.) Mf. 9.—
- v. Scheurl, Prof. Dr. A., Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, mit besonderer Rücksicht auf die Kircheneheordnung dargestellt. gr. 8. 1882. (VIII u. 393 S.) Mf. 6.—
—, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 1. Heft: Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. gr. 8. 1884. (118 S.) Mf. 2.—
2. Heft: Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. 1886. (83 S.) Mf. 4.—
- Stammler**, Dr. N., Der Nießbrauch an Forderungen. Ein Beitrag zur Lehre von den Rechten an Rechten. gr. 8. 1880. (X u. 169 S.) Mf. 3.—
- Tinsch**, Dr. Hch., Das Recht der deutschen Einzelstaaten bezüglich des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge mit besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung im Reiche. gr. 8. 1882. (56 S.) Mf. 1.—
- Wendt**, Dr. Otto, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 1: Die condicatio ex poenitentia. gr. 8. 1878. (VIII u. 108 S.) Mf. 2.—
Heft 2: Die Neueinträge. gr. 8. 1879. (VIII u. 166 S.) Mf. 3.—
- Werner**, Dr. J., das Recht des Arrestes im Civilprozeß (unter bes. Berücksichtigung des bayerischen Immobilienrechts.) gr. 8. 1884. (40 S.) Mf. 1.—

Im gleichen Verlage ist ferner erschienen:

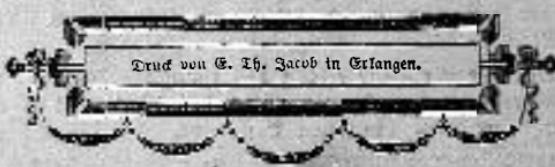
- Beckmann**, Prof. Dr. A., *Das römische Totalrecht*. I. Abth. gr. 8. 1863. (VI u. 120 S.) Mf. 3.60. II. Abth. 1867. (IV u. 507 S.) Mf. 8.20.
- —, *Der Kauf nach gemeinem Recht*. I. Theil: *Geschichte des Kaufs im röm. Recht*. gr. 8. 1876. (XII u. 692 S.) Mf. 12.— II. Theil: *System des Kaufes nach gem. Recht*. I. Abth. 1884. (XII u. 569 S.) Mfark 10.—
- Brinz**, Prof. Dr. Alois, *Lehrbuch der Pandekten*. 3. Aufl. I. 1. Lief. 1884. (IV u. 238 S.) Mf. 3.—
2. Aufl. I. 3. Lief. 1876. (384 S.) Mf. 6.— II. 1. Abth. 1879. (III u. 466 S.) Mf. 8.— II. 2. Abth. 1882. (IV u. 416 S.) Mf. 8.— III. 1. Abth. 1886. (IV u. 451 S.) Mf. 8.— III. 2. Abth., 1. Lfg. 1888. (IV u. 133 S.) Mf. 2.40.
- Deybeck**, Dr. R., *Der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung*. Von der Juristenfakultät München gekrönte Preischrift. gr. 8. 1888. (VI. u. 234 S.) Mf. 4.—
- Fitting**, Prof. Dr. Herm., *Über den Begriff der Rückziehung. Eine civilistische Abhandlung*. gr. 8. 1856. (VIII und 127 S.) Mf. 1.60.
- Gengler**, Prof. Dr. H. G., *Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen für Studierende*. 3. verb. Aufl. gr. 8. 1876. (XIV u. 797 S.) Mf. 12.—
— —, *Germanische Rechtsdenkmäler Leges, Capitularia, Formulae*. gr. 8. 1875. (XIII u. 778 S.) Mf. 12.—
— —, *Glossar hiezu*. gr. 8. 1875. (152 S.) Mf. 3. -
- Hanausek**, Dr. Gustav, *Die Lehre vom uneigentlichen Missbrauch nach gemeinem Recht*. gr. 8. 1879. (VII u. 179 S.) Mf. 3.
- Hartmann**, Prof. Dr. G., *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*. gr. 8. 1875. (VIII u. 277 S.) Mf. 5.—
- Hölder**, Prof. Dr. E., *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts*. gr. 8. 1881. (VIII u. 163 S.) Mf. 3.50.
- —, *Über den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Vortrag geh. am 20. März 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*. 8. 1889. (16 S.) — .60 Pf.
- Hruza**, Dr. E., *Über das Lege agere pro Tutela. Rechtsgeschichtliche Untersuchung*. gr. 8. 1887. (79 S.) Mf. 2.—
- —, *Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Rechte*. gr. 8. 1881. (VI u. 179 S.) Mf. 4.—
- Kahl**, Prof. Dr. W., *Über die Temporalien sperre besonders nach bayerischem Kirchenstaatsrecht. Mit Benutzung handschriftlicher Quellen*. gr. 8. 1876. (XI u. 227 S.) Mf. 4.—
- —, *Die Selbstständigkeitsstellung der protestantischen Kirche in Bayern gegenüber dem Staate*. 8. 1874. (IV u. 84 S.) Mf. 1.40.
- Queder**, Prof. Dr. C., *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafprozeßrecht*. Mit dem Texte der Strafprozeßordnung für das deutsche Reich und den das Strafprozeßrecht betreffenden Stellen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Einführungsgesetze. gr. 8. 1881. (XIV u. 206 S.) Mf. 4.—
- —, *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*. Mit einer dem System sich anschließenden Wiedergabe des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite, erweiterte und verbesserte Aufl. gr. 8. 1877. (X u. 145 S.) Mf. 3.—

In der Andr. Deichert'schen Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), Erlangen und Leipzig, ist ferner erschienen:

- Matthias**, Prof. Dr. B., Die römische Grundsteuer und das Vectigalrecht. gr. 8. 1882. (III u. 84 S.) Mf. 2.—
- Mayer**, Dr. Bernh., Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. gr. 8. 1888. (IV u. 122 S.) Mf. 2.—
- Menzel**, Dr. Emil, Die Privatklage nach dem Reichsstrafprozeßrechte. gr. 8. (IV u. 108 S.) Mf. 2.—
- Meyer**, Prof. Dr. H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 4. umgearbeitete Aufl. gr. 8. 1888. (VIII u. 1042 S.) Mf. 16.—
- Pfersche**, Dr. E., Privatrechtliche Abhandlungen. Die Eigentumssklage. Unendlicher Besitz. Die Erbschaftssklage. gr. 8. 1886. (390 S.) Mf. 6.—
- Puntschart**, Prof. Dr. B., Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer. Auf Grund von Forschungen dargestellt für Juristen, Philologen und Historiker. gr. 8. 1872. (XVI u. 452 S.) Mf. 8.—
- v. **Scheurl**, Prof. Dr. A., Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, mit besonderer Rücksicht auf die Kircheneheordnung dargestellt. gr. 8. 1882. (VIII u. 393 S.) Mf. 6.—
- —, Lehrbuch der Institutionen. 8. verbesserte Aufl. gr. 8. 1883. (XVI u. 432 S.) Mf. 6.—
- —, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 1. Heft: Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. gr. 8. 1884. (118 S.) Mf. 2.— 2. Heft: Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. 1886. (83 S.) Mf. 4.—
- Schwabenspiegel's**, des Landrechtsbuch. Zum Gebrauche bei akadem. Vorträgen. Mit einem Wörterbuch. Herausg. von Prof. Dr. H. G. Gengler. 2. verbesserte Aufl. 12. 1875. (XL u. 338 S.) Mf. 2.50, geb. Mf. 3.20.
- Singer**, Dr. H., Historische Studien über die Erbsfolge nach katholischen Weltgeistlichen in Österreich-Ungarn. gr. 8. 1883. (120 S.) Mf. 2.40.
- Stammler**, Dr. R., Der Nießbrauch an Forderungen. Ein Beitrag zur Lehre von den Rechten an Rechten. gr. 8. 1880. (X u. 169 S.) Mf. 3.—
- Zinsch**, Dr. H., Das Recht der deutschen Einzelstaaten bezüglich des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge mit besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung im Reiche. gr. 8. 1882. (56 S.) Mf. 1.—
- Übersichtstafeln** zur Repetition des römischen und Pandektenrechts. 4. 1883. (73 S.) Mf. 2.—
- Wendl**, Dr. Otto, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 1: Die condictio ex poenitentia. gr. 8. 1878. (VIII u. 108 S.) Mf. 2.— Heft 2: Die Neuverträge. gr. 8. 1879. (VIII u. 166 S.) Mf. 3.—
- Werner**, Dr. J., das Recht des Arrestes im Civilprozeß (unter bes. Berücksichtigung des bayerischen Immobiliarrechts.) gr. 8. 1884. (40 S.) Mf. 1.—

Soeben erscheint:

- Gengler**, Prof. Dr. H. G., Beiträge zur Rechtsgeschichte Bayerns. 1. Heft.
- Meyer**, Prof. Dr. H., Die Parteien im Strafprozeß. —75 Pf.





Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Inhaltsübersicht

zum III. Bande, Abtheilung I.

Universalsuccessionen.

	<i>Seite</i>		<i>Seite</i>
I. Erbsfolge.			
Einleitung (Begriff und Arten).		§. 375. Quasipupillarsubstitution	93
§. 357. Stellung des Erbrechts im System	1	§. 376. Ueberriger Inhalt der Testamente	94
§. 358. Erbrecht im obj. S. Erbrecht im subj. S., hereditas und bon. possessio	5	Nullität und Rejissibilität der Testamente.	
§. 359. Geschichte der bonorum possessio	9	§. 377. Ueberhaupt	97
§. 360. Fortsetzung	14	§. 378. Gebrechlichkeit infolge Nothherb- und Pflichttheilsrechtes	102
§. 361. "	22	§. 379. Clausula codicillaris	113
§. 362. Schluß	25	§. 379a. Anerkennung des Testamentes	116
1. Die Erbschaft als Nachlaß.		β. Erbvertrag.	
§. 363. Ueberhaupt	29	§. 380. Begriff und Wesen	121
§. 364. Hereditas jacens	31	b. Gesetzliche Berufung.	
2. Die Erbschaft als Erbrecht vor dem Erwerb.		§. 381. Ueberhaupt	123
§. 365. Ueberhaupt	41	§. 382. Voraussetzung	126
§. 366. Erbgrund	45	§. 383. Gegenstand	128
a. Letzter Wille.		§. 384. Ordnung	133
α. Testament.		§. 385. Quarta D. Pii und der Pflichttheil der armen Wittwe	143
§. 367. Ueberhaupt	47	Gemeinsames der einzelnen Erbgründe.	
§. 368. Testamentifactio	47	§. 386. Delation	147
§. 369. Testamentserrichtung	56	§. 387. Deliberationsfrist u. Deliberationsrecht	148
§. 370. Fortsetzung	63	§. 388. Ausschlagung und Auslassung der Erbschaft	152
§. 371. "	67	§. 389. Transmission	156
§. 372. Die Erbeinsetzung	72	§. 390. Successive Delation	165
§. 373. Heredis substitutio. Bulgarsubst. insb.	83		
§. 374. Pupillarsubstitution	88		

	Seite		Seite
§. 391. Accrescenz	167	a. Begriff.	
3. Die Erbschaft als Erbschaftserwerb.		§. 412. Definition	308
a. Die Erbschaftsarten.		b. Gegenstand.	
§. 392. Einleitung	179	§. 413. Regel	308
§. 393. Rothwendiger und von selbst eintretender Erwerb	180	§. 414. Ausnahmen	310
§. 394. Der freiwillige Erwerb	184	§. 415. Die Vermächtnisse nach ihrem Gegenstand im Einzelnen	314
§. 395. Beischeinweisung u. provisorische Erbschaftsverleihung	192	c. Maß. Lex Falcidia.	
b. Die Erwerbsfähigkeit.		§. 416. Ueberhaupt	332
§. 396. Capacität und Dignität	199	§. 417. legis Falcidiae ratio	336
4. Die Erbschaft als Erbrecht nach dem Erwerb.		§. 418. Die Falcidische Quart innerhalb mehrerer Erbportionen Eines Erben: im Allgemeinen	349
§. 397. Ueberhaupt	203	§. 419. im Besonderen	351
§. 398. Das Separationsrecht	206	§. 420. Der Falcidische Abzug	366
§. 399. Das beneficium inventarii	209	d. Personen.	
Die Universalerbschaftsklagen.		§. 421. Fähigkeit	370
§. 400. Hereditatis petitio (Grund und Anlaß)	214	§. 422. Wer und wie weit oneirt sei	375
§. 401. Fortsetzung (Exceptionen)	231	§. 423. Wer und wie weit hono- rirt sei	377
§. 402. Fortsetzung (Petitum)	239	§. 423a. Praelegat	385
§. 403. Querela inofficiosi testamenti	249	e. Errichtung.	
§. 404. Fortsetzung	251	§. 424. Form	390
§. 405. Der Pflichttheil und die Pflichttheilsklagen	260	§. 425. Willenserklärung	395
§. 406. Possessorische Klagen (interd. q. b. — remedium ex l. ult. C. de ed. D. Had. toll.)	269	f) Recht.	
§. 407. Familiae herciscundae judicium	273	§. 426. Inhalt u. Art	400
§. 408. Fortsetzung	283	§. 427. Anfall u. Erwerb. Aus- schlagung. Accrescenz.	402
§. 409. Collation (Geschichtliches)	285	§. 428. Sicherung	418
§. 410. Fortsetzung (Collationspflicht= und Object)	294	§. 428a. insonderheit des Onerirten	427
§. 411. Fortsetzung (Collationsweise)	301	§. 429. Nichtigkeit, Untergang, Endigung	428
5. Die Vermächtnisse.		II. Das Universalvermächtnis.	
		§. 430. Im allgemeinen und besonderen	437
		III. Die noch übrigen Universalsuccessionen.	
		§. 431. Creption. Bona vacantia. Konfiscation.	448

26700

L e h r b u c h

der

P a n d e f t e n

von

Dr. Alois Brinz,

Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

Dritter Band.

Zweite Abtheilung. 2. Lieferung.

(Die Familienrechte und die Vormundschaften.)

Zweite Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Philipp Lotmar,

Professor des römischen Rechts an der Universität zu Bern.



Erlangen u. Leipzig 1889.

Andr. Deicher'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(G. Böhme).

Druck von E. & Th. Jacob in Erlangen.

Foreword.

„Auch diese Dome sind meistens unvollendet: außer dem Donell'schen die nach eigenem System erbauten alle“. So schrieb von den größtangelegten Pandektdarstellungen Brinz im §. 14 seiner Pandekten zweiter Auflage, nicht ahnend, daß von diesem Geschick auch sein Buch werde ergriffen werden. Denn als ein neues Werk war es in der zweiten Auflage erschienen; nach verändertem Plane, mit neuem Stoff, in größeren Verhältnissen ist es durch fast drei Bände fortgeführt und nun unvollendet vom Meister hinterlassen worden. Es in seiner Weise, in seinem Geiste auszubauen, wird keiner sich trauen und Niemand vermögen; es in seinem Sinn und mit Verwendung von ihm herrührender Arbeit zum äußern Abschluß gebracht zu sehen, wie solchen die Thürme alter Dome von neuen Architekten erhalten haben, war der innige Wunsch seiner Angehörigen und seiner Freunde.

Berufene Stimmen, wie die von Regelsberger und Exner haben es ausgesprochen und prophezeit, was kaum ein Kenner bezweifeln mag, daß Brinz' Hauptwerk nicht blos der Literaturgeschichte angehören, daß seine Wirkung unser Jahrhundert überdauern werde. Dieser Nachwelt glaubte man in den Grenzen des Möglichen ein Ganzes überliefern und den Gegenwärtigen nicht vorenthalten zu sollen, was an weiterer Pandektenarbeit dem Nachlaß des Verfassers zu entnehmen war. Und Beides zu thun erschien als ein Gebot der Pietät.

Dem ehrenvollen Auftrag zur Erfüllung jenes Wunsches und dieser Pflicht beizutragen, meinte der Unterzeichnete sich nicht versagen zu dürfen. Von den Bedenken, welche dabei wenn auch nicht zu überwinden, wenigstens zurückzudrängen waren, sei hier nur desjenigen erwähnt, welches aus dem klaren Bewußtsein der Unzulänglichkeit der Kräfte entspringt, ein

Mangel den alle Hingebung nicht ersezzen kann. Daß unter den Fachgenossen nicht ein der Aufgabe mehr gewachsener erwählt werden konnte, war nicht die Meinung, die getroffene Wahl zu rechtfertigen war und bleibt das Bestreben des gegenwärtigen Herausgebers.

Sachverständige werden das Gebotene nicht an dem messen, was von dem Verfasser zu erwarten gewesen wäre. Zu einer Umarbeitung der noch ausstehenden Partieen der ersten Auflage (Familienrecht und Handlungen) in dem Maß wie sie bisher geliefert worden, sind von ihm selbst auch nicht die Anfänge gemacht und eine solche Umarbeitung des familienrechtlichen Theils auch gar nicht beabsichtigt worden. War so einerseits eine Fortsetzung auf gleicher Höhe ausgeschlossen, so durfte man sich andererseits nicht auf einen Wiederabdruck der ersten Fassung beschränken; man hätte sonst zahlreiche Verbesserungen und Zusätze, die Brinz seinem Werke zugeschlagen, die sein rasch umgrabender Geist im Lauf langer Jahre zu Tage gefördert hat, unterschlagen und das Buch außer Verhältniß zur Literatur der beiden letzten Jahrzehnte stehen lassen. Als Werk des Genies war es zwar stets seiner Zeit voraus und würde auch ohne den Hinweis auf die neueren fremden Leistungen nicht veraltet gewesen sein: immerhin galt es dasselbe auch vor dem Anschein des Weltens zu bewahren. So war denn die Absicht auf eine Edition gerichtet, welche zwischen Umarbeitung und Wiederholung etwa die Mitte hält und sich durch die Scheidung von Text und Noten den Augen als Fortsetzung der zweiten Auflage darstellt. Was hiermit und in den Berichtigungen, Weglassungen und Zusätzen nunmehr anders ist oder sein wird als früher, kann sicherlich nicht entfernt die Aenderung erschöpfen, welche der Verfasser an dem die „Handlungen“ betreffenden vierten Buch vorgenommen haben würde — obzwar er sich hierüber nicht geäußert zu haben scheint.

Was er dagegen mit dem nun erscheinenden Familienrecht vorhatte, spricht er wenige Tage vor seinem Ableben in einem an den Verleger gerichteten Briefe aus. „Denn“, heißt es dort, „in dieser Partie wird nicht vielmehr als Ausscheidung der Allegationen und eine und die andere Anmerkung nothwendig sein“.

Nach dieser Anleitung ist die Ausgabe der vorliegenden, den dritten Band abschließenden Lieferung besorgt worden. Von dieser Besorgung haben wir noch nähere Rechenschaft zu geben. Die erste Auflage des Folgenden ist 1869 (Abschnitt 1) und 1871 (Abschnitt 2 und 3, als Stück der Schlusslieferung) erschienen. Ein dem Inhalt desselben entsprechendes Collegienheft, auch nur ein von einem Zuhörer geführtes stand dem Herausgeber nicht zu Gebote; dies röhrt wohl daher, daß Brinz mehr als ein Jahrzehnt vor seinem Tode das Familiengericht nicht mehr zum Gegenstand seiner Vorlesungen gemacht hatte. Gleichwohl stammen von ihm viele unter den Neuerungen, welche diese Auflage bringt. Als Quellen, aus denen dieselben zu schöpfen waren, sind zuvorüberst seine eigenen Publicationen zu nennen; weiterhin lagen zwei Handexemplare vor, die stellenweise mit schriftlichen Einträgen von Brinz versehen sind; endlich fanden sich in mehreren einschlägigen Büchern seiner Fachbibliothek kritische Randglossen, die er in seiner lebhaft theilnehmenden Art beim Lesen angebracht hatte. Da Letztere überhaupt nicht, Erstere oft nicht in ihrer vorliegenden Gestalt zur Veröffentlichung bestimmt waren, so mußte man hier Auswahl und Specification walten lassen.

Der jetzt hergestellte Text ist größtentheils dem der vorigen Auflage entnommen, natürlich nicht ohne erneute Prüfung. Die Abweichungen, zu welchen diese wie die Benutzung der erwähnten und der allgemein zugänglichen Hilfsmittel geführt hat, sind weder zahl- noch umfangreich. Sie gründen sich entweder auf Angaben des Verfassers und sind dann stillschweigend getroffen worden, oder sie gehen vom Unterzeichneten aus. Die Letzteren sind mitunter sehr beträchtlich. Wo dieselben geringfügig, oder nur Berichtigungen offensbarer Versehen (wie meinen nicht Druckfehler) sind, ist auf sie in der Regel nicht aufmerksam gemacht, wie wir uns denn frei wissen vom justinianischen Wahne: qui non subtiliter factum emendat laudabilior est eo qui primus invenit (Deo auctore §. 6).

Der übrigen ist in den Anmerkungen gedacht. Dieselben enthalten ferner vom Verfasser Herrührendes, theils dem früherem Texte, theils den vorhin erwähnten Fundstätten entnommen, was gleichfalls oft zu revidiren und zu redigiren war. Da Brinz, wie er sagte, nicht gern sine lege aut doctore

schrieb, und da auf die neuere Literatur reflectirt werden sollte, so hat man, wo es anging, die Quellen noch mehr herangezogen und auf fremde Arbeiten hingewiesen, deren Beifall oder Widerspruch verzeichnet und bisweilen kritisiert. Auch manche andere, wie es schien, sachdienliche Zusätze sind in den Noten untergebracht, und selbst mit einigen Neuherungen von Bedenken glaubte man die Zuständigkeit nicht zu überschreiten. Einzelne in den Noten vorkommende Verweisungen verdankt der Herausgeber freundlichst gewährtem Beirath, dessen gelehrte Spender nicht haben genannt sein wollen.

Altes und Neues, das Werk von Brinz und die Zuthaten des Unterzeichneten durch Klammern oder sonstwie äußerlich zu scheiden, hätte, was nicht erklärt zu werden braucht, sich gar nicht oder nur mit großer, unlohnender Pedanterie durchführen lassen. Das etwaige hierauf gerichtete Interesse wird sich zu einer fortlaufenden Collation der beiden Ausgaben verstehen müssen. Demselben nicht in der besagten Weise entgegenzukommen hielten wir uns durch Brinz selber autorisiert, der bei Besprechung von Serafinis Ausgabe der Arndts'schen Pandekten diesen Herausgeber dafür lobt, daß er in Hinsicht auf die Literatur „zwischen sich und dem Originale nicht unterscheidet, sondern die Anmerkungen durchweg als Arndts'sche erscheinen läßt“ (Vierteljahrsschrift XVII S. 276). Da jedoch die unsrigen nicht blos referirend, sondern mitunter auch kritisirend sind, und da auch der Schein zu vermeiden war, daß Brinz' stolze Flagge fremdem Erzeugniß zur Deckung dienen und ihm allein die Verantwortlichkeit überlassen werden solle: so sind manche Anmerkungen mit Sternchen versehen worden; zwei solche befunden die alleinige Autorschaft des Unterzeichneten, eines seine Mitwirkung. Diese Zeichen sind aber regelmäßig da nicht gesetzt, wo die Neuerung nebensächlich ist, oder in Citaten oder in Allegaten besteht, obwohl namentlich mit der Allegation in die Interpretation übergegriffen wird. Auch konnte man jener Sterne da entrathen, wo die Erscheinungszeit der angezogenen Literatur, oder der Inhalt der Note deren Ursprung mehr oder weniger zu erkennen gibt. Endlich wird schon am Stil dem aufmerksamen Leser nicht entgehen, wo Brinz redet und wo der Herausgeber sich einmischt.

Denn was Regelsberger im Nekrolog auf Brinz vom

gesprochenen sagt, das gilt meistentheils auch vom geschriebenen: „in jedem Wort — lag seine Persönlichkeit“. Allein die Urheber der Nachrufe haben gerade an dieser Seite seines Wesens, seinem Stil, Manches auszusetzen gefunden. Nur in einem der sieben, die mir vorliegen, heißt es: „sein Stil war ein meisterhafter“. Gewiß wird demselben hiermit großes Lob gezollt, aber sein Wesen doch gänzlich unbestimmt gelassen. Einen Stil zu haben gehört zum Meister, einen eigenen hat nur ein Meister. Die deutschen Stilkritiker achten gewöhnlich nur auf den Stil der Künstler und der Schöngießer, allenfalls noch der Kunstrichter und der Geschichtschreiber. Daz̄ etwa auch ein Pandekist ein großer Stilist sein könne, ist keine geläufige Vorstellung, und würde, wenn man es anerkannte, nicht hochgeschätzt werden, da man im Bereich des gelehrten Schriftthums der Sprache nur insofern achtet, als sie den Zugang zum Gedanken erschwert oder erleichtert. Aber so wenig wie beim Bauen und Malen ist der Stil beim Schreiben ein dem Gedanken nur umgelegtes Kleid. Beim stilosen Schriftsteller freilich schlottert und flattert es um die mageren Ideen und erweist sich damit als umgehängt nicht angeboren. Nur ein Stilist wie Brinz konnte im Gefühl des eigenen strengerem oder edleren vom „Rokokostil unserer Tage“ reden (Pandekten II S. 7). Den seinigen erschöpfend zu kennzeichnen würde weiter führen als hier angeht. Seine Mittel sind vor Allem ein Wortschatz von ungewöhnlichem Umfang, der ihn befähigt nicht blos eine reichere Abwechselung hervorzubringen, sondern, was mehr wiegt, den satteren, seltneren, treffenderen statt des matteren, abgegriffenen, verschwommenen Ausdrucks zu wählen. Und selbst ein Wortschatz wie seiner reichte nicht immer hin, um alle die Begriffe zu formen, die er gefunden, so daß er den neuen Gebilden mitunter auch neue Namen, wie z. B. Zweckvermögen und Gehörpunkt, Initial- und Eventualschulden, schaffen mußte.

Die Fülle seiner Ausdrucksmittel, seine Empfindung für die Gaben der Sprache verlieh ferner seinen Erörterungen jenes classische Maßhalten, das nicht mit einem Sortiment von Formeln über Wahrheit und Unwahrheit entscheidet, Zustimmung und Ablehnung erledigt, das für die Anerkennung immer noch theilbare Wärmegrade, für die Verwerfung die milde,

mitunter ironisch gefärbte Beleuchtung oder Heimleuchtung und doch noch für die Möglichkeit eigenen Irrthums Raum zu Gebot hatte.

Zu der Fülle und Treffsicherheit des Ausdrucks gesellt sich ferner eine Vornehmheit, welche unter den Bildern, die die Sprache darbietet, und deren die sogenannten Geisteswissenschaften niemals entrathen können, nicht die gemeinen, am Wege liegenden, dem Tauschverkehr angehörigen sich auswählt und damit den Stoff herabsteht, sondern ihm die angestammte Bedeutung beläßt, oder gar eine mit Unmuth gepaarte Würde verleiht, die Leser erstaunen muß, welcher sich die Empfänglichkeit für derlei Unterschiede bewahrt hat. Einer natürlichen Beredtsamkeit mächtig wie Wenige erhebt sich Brinz, der Gelehrte, nie über den Standpunkt des Forschers, um seine Ansichten als Offenbarungen oder als Verordnungen dem Leser aufzuerlegen, sein „fachmännisches Urtheil“ bleibt frei vom Anhauch des „legislatorischen Imperativs“, wie er auch nie dazu herabsteigt dem Leser den Beifall abzuschmeicheln oder für seine Person abzugewinnen. Und doch findet man nicht leicht eine Schreibweise, die die Persönlichkeit des Autors so greifbar hervortreten ließe und zugleich von der Abwägung der Sache so fern hielte.

Vielleicht noch mehr als alles Andere charakterisiert es den Brinz'schen Stil, daß er den Stoff nicht wie vorher gegossen und formgebaut vor den Leser hinstellt, sondern denselben im Fluß zeigt, durch die Argumente umgerührt und fortgeschoben, so daß es bisweilen besondere Aufmerksamkeit erfordert, auszuscheiden und festzuhalten, was als das Ergebniß seiner Behandlung anzusehen ist.

Es erscheint uns nach alle dem nicht blos nicht gerecht, sondern auch wie eine Verkennung seines vollen Werthes, wenn man der Bewunderung für den Forscher die Nachsicht für den Schriftsteller Brinz beigejellen zu dürfen oder zu müssen meint. „Die lebenswackende Kraft“, welche G. Hartmann seinen Schriften nachrühmte, entquillt nicht blos ihrem Gehalt, sondern auch ihrer Gestalt. Daß auch in Hinsicht auf diese das Werk durch die neue Edition nicht gelitten haben möge, ist einer der Wünsche, mit denen es vorlegt

der Herausgeber.

Inhaltsübersicht

zum III. Bande, Abtheilung II.

Zweckvermögen. Familienrechte und Vormundschaften.

		Seite
B. Das Zweckvermögen.		Seite
§. 432. Einleitung.	453	A. unter Lebenden.
I. Arten und Fälle des Zweckvermögens.		516
§. 433. Arten.	475	§. 444. Fortsetzung.
§. 434. Fälle Gemeinheitsvermögen.	478	B. von Todeswegen.
§. 435. Staatsvermögen.	481	§. 445. Fortsetzung. II. dem Zweckvermögen eigene Geschäfte.
§. 436. Gemeindevermögen.	484	§. 446. Von Stiftungen insonderheit.
§. 437. Korporationsvermögen.	488	§. 447. Von der Vertretung des Zweckes bei der Zweckvermögensbegründung im Allgemeinen.
§. 438. Cultusvermögen.	497	III. Verwaltung des Zweckvermögens.
§. 439. Fortsetzung (nach canon. Recht).	503	§. 448. Verwaltungsorgane.
§. 440. Weltliches Sonderzweckvermögen.	506	§. 449. Verwaltungsge
II. Entstehung des Zweckvermögens.		schäfte.
§. 441. Vorbedingungen.	508	§. 450. Verwaltungsge
§. 442. Der Begründungsact und die Bestandtheile d. Zweckvermögens. Im Allgemeinen.	513	§. 451. Oberaufsicht und Obervormundschaft
§. 443. Fortsetzung. I. Gemeine Geschäfte.	515	§. 452. Haftung.
		IV. §. 453. Privilegien.
		V. §. 454. Untergang, Nebergang und Convertirung des Zweckvermögens.

II.

Die Familienrechte und die Vormundschaften.

Erster Abschnitt.

Die Familienrechte.

Seite	Seite
§. 455. Einleitung. 587	§. 474. Fortsetzung (res uxoria). 698
I. Die Hausherrshaft.	§. 475. Fortsetzung (Duplicität des Dotaleigenthums). 701
§. 456. (Manus, Gemeinschaft v. vät. u. ehemännl. Gewalt). 592	§. 476. Fortsetzung (Folgen des ehefräul. Dotaleigenthums). 707
1. Die väterliche Gewalt.	§. 477. Fortsetzung (res uxor. der Frau in p. p. und sol. matrim.). 714
§. 457. a. Vaterhaupt. 594	§. 478. Schluß (Quelle d. ehefräul. Dotaleigenth. und dos recept.). 719
b. Einzelnes.	§. 479. Gegenstand. 721
§. 458. Das Besitzrecht. 605	§. 480. Form. 724
§. 459. Das Gebrauchs- u. Erziehungsrecht. 613	§. 481. Umfang. 725
Die Vermögensherrshaft.	§. 482. Bestellung. 730
§. 460. Das alte Hausgut. 614	§. 483. Dotis obligatio. 739
Vermögenssonderung.	§. 484. Fortsetzung (Inhalt Früchtetheilung). 742
§. 461. 1. Peculium. 623	§. 485. Fortsetzung (Personen, Klage, Sicherung). 752
§. 462. 2. Peculium castrum und quasi castr. 632	§. 486. Dotis restitutio. 756
§. 463. 3. Adventizgut. 642	§. 487. Pacta dotalia. 758
§. 464. Fortsetzung (dormativen).	§. 488. Fortsetzung (Nicht wider ius publicum verstößende). 761
§. 465. Resultate für das Justinianische Recht. 655	§. 489. Schluß (Zeit der Abschließung). 764
§. 466. Heutiges Recht. 660	§. 490. Donatio propter nuptias. 766
2. Die eheherrliche Gewalt.	§. 490a. (Entwicklung aus dem sponsalium). 772
§. 467. Vaterhaupt. 664	§. 491. Paraphernen. 775
§. 468. Manus. 665	II. Verwandtschaftsrechte.
§. 469. Die schwächere Gewalt. 668	§. 492. Rechte und Pflichten. 776
§. 470. Pflichten. 677	
§. 471. Fortsetzung (Scheidungsstrafen, Trauerpflicht, Wiederverheirathung). 679	
Bon der Dos.	
§. 472. Begriff. 689	
§. 473. Fortsetzung (Emsänger. Fundus dot.). 692	

Seite	Seite		
§. 493. Immunitäten (na- mentl. a. rer. am. und don. i. v. et u.).	787	§. 494. Fortsetzung (gültige don. i. v. et u., Con- valescenz).	795

Zweiter Abschnitt.

Die Vormundschaft.

Einleitung.		§. 506. Delation.	846
§. 495. (Begriff, Gründe und Fälle).	800	§. 507. Excusation.	855
I. Die Altersvormundschaft.		§. 508. Remotion.	861
1. Tutela.		§. 509. Ende der Tutel.	862
§. 496. Begriff und Inhalt.	802	§. 510. Protutores. Falsi tutores.	863
§. 497. Auctoritatis inter- positio.	807	2. Cura minorum.	
§. 498. Administrandi po- testas.	810	§. 511. Die Cura über- haupt.	868
§. 499. Verwaltungsvor- schriften und Obervor- mundschaft.	816	§. 512. Cura minorum in- sonderheit.	874
§. 500. Officium.	820	§. 513. 3. Cura pupillo- rum.	876
§. 501. Haftung aus der Tutel.	823	§. 514. 4. Heutige Alters- vormundschaft.	878
§. 502. Sicherung.	827	§. 515. II. Die Vormund- schaft über Wahnsinnige und dgl.	883
§. 503. Tutela indivisa, divisa.	832	§. 516. III. Die Vormund- schaft über Verschwender.	885
§. 504. Ordo conventionis.	841		
§. 505. Fähigkeit zur Tutel.	844		

Dritter Abschnitt.

Güterpflegen und Specialcuratelen.

§. 517. Ueberhaupt.	888	§. 519. Die Specialcuratelen.	893
§. 518. Die Güterpflegen im Einzelnen.	889	§. 520. Actores und Adju- tores.	894

Berichtigungen zum III. Bande.

- §. 3 Anm. 2 §. 5 lies Theorie statt Theorien
§. 11 Anm. 3a §. 9 v. u. l. hereditatis st. hereditas
§. 12 Anm. 3a §. 11 l. welche in einer
§. 20 Anm. 26 §. 2 v. u. ergänze am Ende: D. leg. praest. 37, 5.
§. 37 Anm. 23 §. 2 l. zu der st. zur der
§. 42 Text §. 3 v. u. l. Exheredation st. Epheredation.
§. 43 Anm. 8 §. 5 l. RW. XIV §. 170.
§. 45 Text §. 5 v. u. l. §. 365 st. §. 362.
§. 73 Anm. 11 §. 1 v. u. l. §. 377 st. §. 376.
§. 75 Text §. 3 v. u. l. Anm. 17 st. Anm. 16.
§. 77 Text §. 1 v. u. l. im Testamente eines Soldaten st. der Soldat in
Betreff.
§. 78 Text §. 1 l. die st. der.
§. 78 Text §. 2 l. man darin st. zwar.
§. 78 Anm. 29 §. 4 l. solche st. solches.
§. 87 Anm. 20 §. 4 v. u. l. nach st. vor.
§. 108 Text §. 7 l. Reseissibilität st. Reiseissibilität.
§. 120 Anm. 10 §. 6 l. Anfechtungsrechts st. Auferstehungsrechts.
§. 127 Text §. 8 v. u. l. nothwendigen st. nothwendige.
§. 129 Anm. 7 §. 3/4 l. in Einem st. in finem.
§. 137 Text §. 16 l. Nichtdecrescenz st. Decrescenz.
§. 141 Text §. 11 v. u. l. fernerer st. ferner.
§. 143 Anm. 1 §. 2 l. unmündig st. mündig.
§. 145 Text §. 6 l. §. 405 Nr. 4 st. §. 405.
§. 148 Anm. 6 §. 1 l. §. 382 Nr. 2 st. §. 382 Anm. 2.
§. 152 Anm. 20 §. 1 l. Bd. 15 §. 186 st. Bd. 186.
§. 159 Rubrik l. Transmission st. Nullität u. Resc.
§. 160 Anm. 17 §. 6 v. u. l. Justinian st. Iustinian.
§. 161 die im Druck ausgefallene Anm. 20 lautet: s. z. B. l. 8 C. iure
delib. 6, 30 — sui heredes . . . ignorantes delatam sibi
esse hereditatem —.
§. 162 Anm. 27 §. 6 l. denen st. deren.
§. 162 Anm. 27 §. 3 v. u. l. (vgl. st. vgl.

- §. 176 Anm. 37 §. 1 v. u. I. §. 604, 1: st. §. 604, 1a.
 §. 177 Text §. 4 I. (re st. re
 §. 187 Anm. 22 §. 10 v. u. I. I. 34 st. I. 24
 §. 189 Text §. 6 I. §. 395), beschränkt. st. §. 395
 §. 189 Anm. §. 9 v. u. I. §. 395, 2, b st. §. 395
 §. 189 Anm. §. 5 v. u. I. I. 3 §. 4 st. I. 6 §. 4.
 §. 190 Text §. 5 I. ihn st. ihr.
 §. 194 Text §. 5 v. u. I. II st. 2.
 §. 195 Text §. 1 I. 1 st. a.
 §. 196 Text §. 10 v. u. I. 2 st. b.
 §. 197 Text §. 1 v. u. I. §. 427 st. §. 426.
 §. 198 Text §. 2 v. u. I. Erbschaften und von st. Erbschaften von
 §. 199 Text §. 4 I. exceptio st. exceptio.
 §. 203 Anm. 30 §. 3 v. u. I. 2, 34 (35) st. 2, 54 (55).
 §. 225 Text §. 5. Note 52 gehört hinter „an“ §. 8.
 §. 226 Anm. 59 ist Bd. 2 zu streichen.
 §. 227 Anm. 61 streiche. den Beilagten — verweist
 §. 234 Text §. 4 v. u. I. Wege st. Wegen
 §. 238 Anm. 29 §. 1 I. Ag. st. Ag.
 §. 241 Anm. 9 a. E. I. a quo den. sit st. aquo den. seit
 §. 241 Anm. 10 §. 2 a. E. I. in — st. in
 §. 248 Anm. 36 §. 2 v. u. I. subducto st. sublato
 §. 249 Anm. 4 I. §. 3 C. st. §. 3 D.
 §. 252 Anm. 5 §. 18 I. 5, 3 st. 5, 1.
 §. 260—§. 263 passim I. inoff. test. st. h. t.
 §. 262 Anm. 16 §. 11 I. 673 st. 653.
 §. 262 Anm. 16 §. 10 I. substitution st. substitution.
 §. 262 Anm. 21 §. 1 I. Exceptionsground st. Exemptionsground.
 §. 263 Anm. 21 §. 3 I. summovere st. summo vere.
 §. 264 Text §. 5 v. u. I. Bedingungen st. Bedindungen.
 §. 264 Anm. 32 §. 3 I. Arndts st. Arndt's.
 §. 265 Anm. 38 §. 7 nach 35 schalte ein §. 324 fg.
 §. 265 Anm. 38 §. 8 streiche §. 324 fg.
 §. 266 Anm. 44 §. 2 I. aequitatis st. oequitatis.
 §. 270 Anm. 3 §. 3 v. u. I. h. p. st. b. p.
 §. 270 Anm. 3 §. 2 v. u. I. i. q. b. st. i. q. p.
 §. 271 Anm. 3 §. 4 v. u. I. i. q. b. st. i. q. p.
 §. 271 Anm. 3 §. 2 v. u. I. possessores st. possossores.
 §. 286 Anm. 5 §. 7 I. hereditaria st. heriditaria.
 §. 286 Anm. 5 a. E. I. vermochten st. vermöchten.
 §. 292 Anm. 24 §. 5 I. Emancipation st. Emaneipation.
 §. 292 Anm. 25 §. 6 I. Haushaltung annehmen mußte“, st. Ausstattung
 annehmen mußte.
 §. 296 Anm. 11 §. 4 I. 409 st. 408.

- §. 296 Anm. 12 §. 1 I. Vgl. st. Vgl.
 §. 297 Anm. 14 §. 3 I. soweit st. soweit.
 §. 305 Anm. 22 §. 24 I. etiamsi constante matrimonio ipsa diem suum obierit.
 §. 305 Anm. 22 §. 3 v. u. I. cavirt st. carirt.
 §. 307 Anm. 2 §. 3 v. u. I. §. 416 Anm. 3 st. §. 416 Anm. 4.
 §. 308 Anm. 2 §. 5 v. o. I. 2, 24) st. 2, 24
 §. 308 Anm. 2 §. 6 v. o. I. 34, 3) st. 34, 3
 §. 308 Anm. 5 §. 2 I. alimentis st. ali mentis.
 §. 311 Anm. 8 §. 1 I. 1. 41 §. 2 D. leg. I.
 §. 311 Anm. 8 §. 3 I. 1. 98 st. 1. 97.
 §. 318 Anm. 18 §. 4 I. ohne st. ohre.
 §. 324 Anm. 50 §. 1 I. usu et usufr.
 §. 326 Anm. 61 §. 3 I. der st. ber.
 §. 327 Anm. 63 §. 2 I. §. 57, 6 st. §. 57 c.
 §. 329 Anm. 70 §. 1 I. 1. 8 §. 6 st. 1. 8 §. 7.
 §. 330 Anm. 75 §. 1 I. adjecticish st. adjuncticish.
 §. 331 Text §. 9 I. actio st. actio.
 §. 333 Anm. 3 §. 2 I. jchließen, den.
 §. 335 Ueberschrift I. §. 416 st. 417.
 §. 335 Anm. 14 §. 3 v. u. I. müssen, nicht st. müssen nicht,
 §. 335 Anm. 15 §. 3 I. IV 3 §. 3 st. IV §. 3.
 §. 336 Text §. 8 v. u. I. Erbvermögen st. Erbvermögens.
 §. 336 Text §. 9 v. u.) gehört hinter verbleibenden in §. 8 v. u.
 §. 344 Text §. 5 I. kommen st. komme.
 §. 349 Text §. 11 v. u. I. legten st. legte.
 §. 365 Anm. 55 §. 2 v. u. I. geschüfft st. geschägt.
 §. 376 Anm. 6 §. 1 und §. 2 v. u. I. 124 st. 104.
 §. 376 Anm. 6 §. 15 v. u. I. werden, können st. werden können,
 §. 382 Anm. 27 §. 1 I. 1. 32 §. 6 D. leg. II st. I. 32 §. 6 D. h. t.
 §. 400 Text in med. I. §. 426 st. §. 427.
 §. 423 Anm. 33 I. §. 15 st. 18.
 §. 426 Anm. 40 §. 2 I. 3, 27 st. 2, 27.
 §. 443 Anm. 3 I. te suo st. de suo.
 §. 577 Anm. 28 §. 2 I. welchen st. welche.
 §. 632 Anm. 5 §. 2 I. 26 st. 27.
 §. 649 Anm. 5 §. 2 I. 60 st. 59.
 §. 667 Rubrif I. Manus st. Ueberh.
-

I. Erbsfolge.

Einleitung (Begriff und Arten).

§. 357.

Stellung des Erbrechts im System. Erbrecht im subj. Sinn.

Gleich den Universalsuccessionen überhaupt kann auch die Erbsfolge — welche sich vor anderen Universalsuccessionen nicht schon dadurch, daß sie in bona defuncti, sondern erst dadurch auszeichnet, daß sie in diese durch den Tod (von Todeswegen) stattfindet¹⁾ — in dem System nicht als Recht, sondern nur als Erwerb in Betracht kommen. (Bd. I. §. 123). Wohl gibt es ein Erbrecht subjektiven Sinnes, und zwar von doppelter Art: eines welches vor dem Erwerbe der Erbschaft, von dem Augenblicke der Delation an, zusteht (jus successionis), und eines welches in und mit der Erbschaft erworben wird. Allein letzteres ist ein Recht blos zum Erwerbe von Rechten, steht also mit den Rechten die erworben werden sollen (Eigenthum und jura in re — Forderungen) und nach welchen unsere modernen Systeme den gesammten Inhalt des Rechtes ordnen (Bd. I §. 17), nicht auf gleicher Höhe und kann ihnen schon darum nicht als etwas gleichartiges zur Seite gestellt werden; zudem aber kommt dieses Recht zum Erwerb nicht bei jeder Erbsfolge vor, gibt es vielmehr eine Erbsfolge, welche sich mehr als eine Nothwendigkeit, denn als ein Recht darstellt (§. 365). Letzteres aber besteht nicht etwa an dem Ganzen der Erbschaft im Gegensätze zu den in der Erbschaft begriffenen einzelnen Sachen und Rechten, so daß den in und mit der Erbschaft erworbenen Einzelrechten ein eigenes Recht an dem Erbschaftsvermögen als Ganzem zur

1) Cic. Top. c. VI Hereditas est pecunia quae morte alicujus ad quempiam pervenit cf. Cic. leg. II. 19. Gaj. 3, 78 Bona . . . venunt aut vivorum aut mortuorum.

Seite stünde²⁾; ein Recht an irgend einem Vermögensganzzett im Gegensahe zu den einzelnen das Vermögen bildenden Rech-

2) Es darf wohl als eine Nachwirkung bisheriger Vorstellungen von einem Recht am Vermögen als Ganzem bezeichnet werden, wenn Windisch §. 528 den Erben „zunächst“ in die „Einheit“ des Vermögens „und erst durch sie hindurch in die einzelnen Rechtsverhältnisse des Verstorbenen“ eintreten lässt. Wie anderwärts das Ganze von seinen Theilen, so wird hier die Einheit von ihren Einzelheiten losgelöst und für sich gesetzt. Es ist aber ebensowenig die Einheit von ihren Einzelheiten als das Ganze von seinen Theilen getrennt zu denken (Bd. 1 S. 470 zu Num. 11). Daz „per universitatem“ erworben wird (Windscheid a. a. D. II. 1), besagt nur, daß alles zusammen oder auf einmal, nicht daß das Ganze oder die Einheit zuvor und die Theile nachher erworben werden; „universitas“, „juris nomen“, „res incorporalis“ (Gaj. 2, 54, 14) kann die hereditas auch ohne die Abstraktion von ihren Bestandtheilen sein (s. unten S. 360 Num. 7). Rüffelnd ist nur, daß sie nicht singulas res demonstriren soll (I. 208 D. v. s. 50, 16); allein gerade da, wo dieses von ihr gesagt wird, ist sie als „jus successionis“ gedacht (I. 208 cit.), und also natürlich im Gegensahe zu dem Objekte d. i. den einzelnen Sachen, worein succedit wird.

— Der Vorstellung, daß das Erbvermögen nicht nur eine Einheit ohne Einzelheiten, sondern auch „eine reine Quantität mit Abstraction von der verschiedenen Beschaffenheit seiner einzelnen Bestandtheile“ sei, begegnet man auch bei Savigny, Syst. I. S. 383, hier auch noch der, daß es (dieses Vermögen) „ein eigenthümliches für sich bestehendes Recht“ sei (S. 384). In derselben Richtung bewegt sich auch Wächter, insofern er behauptet, daß die Erbschaft als ein „ideelles Ganze“ behandelt und infolgedessen wie eine Sache mit einer dinglichen Universalklage vom unberechtigten Dritten gefordert werde (württ. Privatr. II. S. 241; dazu jetzt M. Voigt, d. XII. 7. 1883, S. 363); in seinen Pandekten dagegen bezeichnet er die Rüfflung (besonders Aelterer), als ob „das Recht des Erben an einer erworbenen Erbschaft ein besonderes dingliches Recht sei“, als unrichtig; vielmehr sei es kein besonderes eigenthümliches (von den Einzelrechten verschiedenes) Recht; nur das Eigenthümliche gelte hier, daß der Erbe den Nachlaß als Ganzes, als universitas mit einer dinglichen Klage, mit einer de universitate actio von jedem unberechtigten Dritten herausfordern könne“ (§. 269 S. 665). Indessen dürfte selbst dieses Zugeständniß noch nicht groß genug sein: wenn der Beklagte ein einziges Nachlaßstück besitzt (z. B. I. 4 D. h. p. 5, 3), so hat es kaum einen Werth zu sagen, daß dieses „als Ganzes“ eingeflagt wird; die Universalität der de universitate actio beruht nicht im Objekte (Petitum), sondern im Klage- d. i. hier im Erwerbsgrunde; und wenn nun in Folge davon, daß Kläger alles erworben hat, alles, was Kläger besitzt, auf einmal eingeflagt werden kann, so ist zwar dieses alles, aber nicht als Ganzes eingeflagt. S. aber neuestens wieder Markusen die L. v. der her. jacens in ihrem Zusammenhange mit der usuc. p. h. 1883 S. 1. — Auch die Einheit der Erbschaft ist, ganz abgesehen davon, daß man sie von den einzelnen Bestandtheilen abstrahiren zu können glaubte, über Gebühr betont worden. Sie bewährt sich hereditate jacente, indem an Stelle des Verstorbenen nunmehr die Succession, als der Zweck, für den sie aufbewahrt wird, den Mittel- oder Gehörpunkt bildet (Bd. 1 §. 61 S. 204 §. 364); nach dem Erwerbe, insofern das Gedächtniß, daß die Erbschaftssachen einmal ein eigenes und einiges Vermögen gebildet haben, in der hereditatis petitio, der Separation, Inventarserrichtung, Kollegation u. a. m. fortlebt; daß sie auch jetzt noch ein eigenes und einiges

ten gibt es überhaupt nicht³⁾; das eigenthümliche Recht, das der Erbe in und mit der Erbschaft erwirbt, ist ein von den erbschaftlichen Einzelklagen (actiones hereditariae) verschiedenes, nicht auf die Einzelrechte selbst, sondern auf deren einheitlichen, per universitatem erfolgten Erwerb gestelltes, darum je nach dem Umfange des gegnerischen Besitzes auf den ganzen Nachlaß oder auf Theile oder einzelne Stücke des Nachlasses sich erstreckendes Klagrecht (hereditatis petitio — de universitate actio)⁴⁾. Auf eigenthümlichen einheitlichen Erwerb, nicht auf

Vermögen sei, der Erbe also mehrere Vermögen habe, ist nicht der Fall und wird sich an der Hand z. B. des *beneficium separationis* und *inventarii* widerlegen. (Vgl. meine Pand. 1. Aufl. §. 156. Windscheid, §. 605 Anm. 6. „Der Erbe hat nach dem Erbschaftsantritt nicht zwei Vermögen, sondern nach wie vor nur Ein Vermögen“). — Die Theorien, nach welcher das Erbrecht als das Recht an der auf den Erben übergegangenen Person des Erblassers definiert, und also aus der *successio in locum defuncti* (ad vicem ejus accedere. Cic. leg. II, 19, 48) eine *successio in personam defuncti* gemacht wurde. (Puchta, Scheurl, Arndts, zum Theil Hering, Keller, Leist, Forts. d. M. Comm. Buch 37, §. 38 I. S. 169) darf als überwunden betrachtet werden (vgl. Windscheid §. 528. Anm. 6 u. 7); in's Einzelne ist dieselbe verfolgt in meinen Pand. 1. Aufl. §. 156). — Nach all dem dürfte das Bestreben, das Erbrecht subj. S. zu einem dem Eigenthum ic. parallelen Rechte an der Erbschaft (*dominium hereditatis* — Pfaff u. Hofmann, Comm. z. öst. bürz. Gsb. II S. 6 fgg. Birkmeier, das Vermögen im iur. Sinn S. 84 fg.) zu machen, wohl ein vergeblisches sein. Windscheid §. 605 Abs. 4 will im „Erbrecht“ denn auch nurmehr einen kurzen, jedoch nicht technischen Ausdruck für „die rechtliche Stellung in welcher sich der Erbe als solcher befindet“, erblicken (s. auch Baron, Pand. 3. Aufl. §. 387. III). Sicherer aber dürfte das Wort (von dem Erbrecht objektiven Sinnes abgrenzen) auf die Befugniss u. Macht zum Erwerb einer Erbschaft (l. 151 D. v. s. 50, 16; *jus successionis*: l. 208 eod.; *facultas succedendi*: l. 6 §. 2 D. Si quis om. 29, 4 Köppen, Syst. d. heut. röm. Erbrechts, S. 249 Anm. 1—3), und auf das Universalflagrecht nach dem Erwerbe zu deuten und einzuschränken sein (Anm. 4).

3) Insofern ist *Seneca de benef.* 6, 5 im Recht, wenn er es als *acutae ineptiae* hinstellt: *tanquam quid aliud sit hereditas, quam res quae in hereditate sunt.* Vgl. unten Anm. 4 und Hölder, zur Gesch. d. röm. Erbrechtes S. 31. Erlangen 1881.

4) In wesentlich demselben Sinne bemerkt Köppen (a. a. D. S. 251 Anm. unten), daß das *jus*, welches die Requisition dem Erben gewähre, *jure civili* wie *jure praetorio* nur in dem Rechte bestehe, sich in den Erbschaftsrechten als von ihm erworbenen schützen zu können (l. 3 §. 2 D. b. p. 37, 1 — *jus persequendi retinendique patrimonii sive rei quae cu-jusque quum moritur fuit*); durch den Erwerb der Erbschaft gehe das *jus successionis* als solches unter und werde zum „Rechtsgrund“, *causa*, oder *Titel*, aus welchem der Erbe das Einzelne hat (l. 3 §. 2 D. itin. act. priv. 43, 19), und, fügen wir bei, ebenso sehr einheitlich verfolgen kann, als er es per universitatem erworben hat. — Die alte *lucrativa pro-*

ein eigenthümliches, einheitliches Recht ist dieses Klagrecht gebaut. Diesem seinem Grunde (dem eigenthümlichen Erwerbe) nach läßt sich das Klagrecht des Erben mit den bisher behandelten Rechten (Eigenthum und Forderung) nicht vergleichen; seinem Petitum nach aber läßt es sich von denselben nicht unterscheiden; denn darnach geht es lediglich auf Durchsetzung der einzelnen im Nachlaß begriffenen Vermögensrechte und Ansprüche, von Eigenthum, jura in re und Forderungen.

In Folge davon, daß unsere Systematisirung des Rechtsinhaltes von den Rechten und nicht wie das römische Institutionensystem vom Erwerbe ausgeht, bildet die Universalsuccession nur einen Nachtrag zu den bisher dargestellten Rechten (vgl. Bd. I S. 445). Wie man diese das Vermögen bildenden Rechte im einzelnen erwirbt, ist bei den einzelnen selbst zur Darstellung gekommen; die für alle gleichartige Universalsuccession kann nicht bei jedem einzelnen, sondern füglich nur einmal, als ein für alle gemeinschaftlicher Zusatz, vorgetragen werden⁵⁾.

Die Erbsfolge findet gleich den übrigen Universalsuccessionen sowohl in die Passiva als in die Activa des Vermögens statt⁶⁾, ist folgerecht in eine bloße Schuldenmasse möglich, und kann also nicht schlechthin als „Erwerb“ gedacht werden. Ist gleichwohl auch in den Quellen ohne weiteres vom „Erwerb“

herede usucapio war ein Erwerb per universitatem („velut ipsae hereditates usucapi credebantur“ Gaj. 2, 54), so daß nach vollendeter Usucaption dem Usucapienten auch das Universalflagrecht zustand. Wenn die späteren Juristen gegen das hereditatem usucapi posse Widerspruch eingesetzt (hereditatem negant usucapi posse), so wollten sie sagen, daß die p. h. usucapio nun nicht mehr Universalerwerb sei, daß der Usucapient nun nicht mehr weder in die actiones hereditariae succeedire, noch de universitate actionem habe — nicht, daß die hereditas etwas anderes sei quam res quae in hereditate sunt. Injoweit also warf ihnen Seneca mit Usrecht acutae ineptiae vor (vgl. oben Ann. 3 und Leist, Forts. d. Glück'schen Komm. Bd. 37 §. 38 Abth. I S. 199 unten).

5) Im Institutionensystem, welches nach Definirung und Distinguirung der res sofort auf deren Erwerb übergeht (Gaj. II, 18 J. 2, 11), ohne der dazwischen liegenden Rechte zu gedenken, bildet die Universalsuccession denn auch einen prinzipiellen dem Einzelerwerb koordinirten Bestandtheil der Erwerbslehre (Gaj. II, 97 J. II, 9 §. 6).

6) 1. 119 D. v. s 50, 16 l. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1 l. 8 pr. D. a. v. o. h. 29, 2.

der Erbschaften die Rede⁷⁾), so wird der Nachlaß ohne Rücksicht auf seinen Inhalt als der Erwerbsgegenstand gedacht. Denn wie man etwa von dem Erwerb eines Lotterieloses redet, trotzdem es Verlust anstatt Gewinne enthalten kann, so mag man auch das Glücksding einer Erbschaft⁸⁾ „erwerben“, wenngleich es zufällig Schulden und Lasten, ja mehr Schulden als Rechte, oder gar nur Schulden und Lasten mit sich bringt⁹⁾.

§. 358.

Erbrecht im obj. S.; Erbrecht im subj. S., hereditas u. bon. possessio.

Der Bestimmungen, nach welchen sich die Voraussetzungen und Wirkungen der Erbsfolge, so wie diese selbst und an sich richtet, gibt es so viele, daß dieselben, als „Erbrecht in objektivem Sinne“, fast zu einer eigenen Disziplin innerhalb des heutigen römischen Rechtes geworden sind. Zu seinem großen Umfange hat nicht blos die Zuthat der Vermächtnisse, sondern auch der Umstand beigetragen, daß auf keinem Gebiete der Dualismus des civilen und magistratischen (honorarischen, prätorischen) Rechtes durchgehender zur Geltung kam, als im Erbrecht. Derselbe beginnt sofort in der Bezeichnung des Gegenstandes und der Hauptseiten, nach denen dieser in Betracht kommt. Hereditas heißt das Ding, welches civilen Rechtes ist: ob man nun darunter blos den Nachlaß¹⁾, oder den Nachlaß in seinem Zustande zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erwerb der Erbschaft²⁾, oder die Besugniß und Macht

7) D. de acquirenda vel o. hereditate 29, 2 C. 6, 31.

8) I. 63 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — donum fortunae.

9) I. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1. l. 119 D. v. s. 50, 16. cf. I. 50 pr. D. h. p. 5, 3. Die Zuflucht zu vorhistorischen Zuständen, wie etwa den Erbgütern (heredia), oder zu der Theorie, nach welcher nur die Aktiva im Vermögen, und die Schulden nicht Bestandtheile, sondern nur Lasten des Vermögens sind (Birkmeyer, über das Vermögen im jur. Sinne 1879 — dagegen Pernice, A. in der Münchener-Biertsf. Bd. 22 S. 232 fgg.) scheint uns nicht nothwendig. Eher noch könnte a potiori gesprochen sein.

1) wie in den Titeln de acquirenda v. o. hereditate — D. 29, 2 C. 6, 31.

2) hieher namentlich die hereditas, welche domini loco habetur etc. (§. 360).

6 Drittes Buch. Die Rechte. Zweiter Theil. Die Rechte im Einzelnen.

zum Erwerb ³⁾), oder diesen Erwerb, d. i. die Erbsfolge selbst ⁴⁾), oder das dem Erben aus der Erbsfolge entspringende Retentions- und Klagerecht (Ann. 14; §. 357 Ann. 4) ⁵⁾, dachte ⁶⁾); — bonorum possessio das Ding, welches im allgemeinen wie im besonderen honorarischen Rechtes ist ⁷⁾ und wiederum bald das Recht zur Erbsfolge ⁸⁾, bald die Erbsfolge selbst ⁹⁾, bald das aus der Erbsfolge entspringende Retentions- und Verjekutionsrecht bedeutet ¹⁰⁾, wie denn auch die bona für sich der unter honorarischem Rechte stehende und fungirende Nachlaß sind oder sein können ¹¹⁾, obwohl der Nachlaß an sich hier und dort der selbe ist, und so denn bonorum possessio je früher desto mehr auch hereditatis possessio heißt ^{11a)}:

Nicht minder als hereditas bedeutet also auch bonorum possessio Erbrecht, ein Erbrecht vor und ein Erbrecht nach dem Erwerb, mithin keine gemeine possessio ¹²⁾, nichts bloß Körperliches ¹³⁾, überhaupt keinen bloßen Besitz, nichts bloß

3) I. 1 §. 1 D. div. rer. 1, 8 cf. §. 2 J. reb. incorp. 2, 2.

4) I. 24 l. 208 D. v. s. 50, 16 l. 62 D. r. j. 50, 17 l. 3 §. 2 D. itin. act. priv. 43, 19.

5) cf. I. 3 §. 2 D. b. p. 37, 1.

6) Mit allen diesen Bedeutungen von hereditas hält unsere „Erbhaft“ den Vergleich aus, indem sie den Nachlaß in allen seinen Lagen, das Recht zur Erbsfolge, und diese selbst bedeutet.

7) Gaj. III 80, 81.

8) I. 62 D. r. j. 50, 17.

9) I. 3 §. 1 D. b. p. 37, 1.

10) I. 3 §. 2 eod.

11) I. 3. V. den curator ventri bonisque datus (l. 67 §. 4 D. r. n. 23, 2) — quae ex bonis defuneti non fuerunt l. 29 pr. D. pign. 20, 1.

11a) Leist, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 37 u. 38. Abth. I. S. 49 Ann. 32.

12) l. 3 §. 1 D. h. t. 37, 1 — non uti rerum possessio accipienda est (ut Labeo scribit).

13) est enim juris magis, quam corporis, possessio — ibid. Leist, (Forts. d. Glückschen Comm. Bd. 37 u. 38 Abth. I. S. 43 S. 94 S. 420 S. 437) denkt hier jus als Gegenstand der possessio, lässt also hereditatis bonorumve possessio in der That eine possessio sein, aber eine possessio, welche nicht sowohl an Körperlichen Sachen, als an einem jus, und zwar an einem jus bestehe, das selbst wieder „an der universitas“ bestehe. Dem entgegen scheint uns Labeo nicht den Gegenstand der possessio, sondern diese selbst als jus, oder doch als ein Ding, welches mehr rechtlicher als Körperlicher Art, d. h. mehr ein Recht als ein bloß fatuscher Zustand sei, gedacht zu haben. Beleg hiefür in l. 119 D. v. s. 50, 16 — juris enim nomen est (hereditas) sicut bonorum possessio. cf. I. 208 eod. Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac jus successoris, et non singulas res demonstrat. B. p. ist nicht mehr bloß Besitz „an der Erbenstellung“ oder „an der Universalsuccession“

Faktisches, vielmehr ein Recht, unter anderem zwar auch ein Recht auf Besitz, der einzelnen Erbschaftskörper nämlich¹⁴⁾, vor allem aber, noch im Stadium der Delation, ein Recht auf Universalsuccession (jus successionis) (Anm. 8) und nach deren Eintritt gleich der hereditas ein einerseits in das Detail der einzelnen, im Nachlaß begriffenen Rechte und Lasten sich auflösendes¹⁵⁾, anderseits ein in Gestalt von Universalklagen fortwährendes Gesamtrecht¹⁶⁾.

In der Gestalt also, wie sie das Corpus Juris darbietet, ist honorum possessio ganz was hereditas, gleich der hereditas die Universalsuccession¹⁷⁾ selbst, Gegenstand der Delation und des Erwerbes¹⁸⁾, der Accrescenz¹⁹⁾, und Transmission²⁰⁾ — verschie-

(Leist, S. 93 §. 94 a. E. S. 96), sondern Erbenstellung oder Universalsuccession selbst, darum juris magis quam corporis. Leist selbst läßt anderwärts (S. 69 Nr. 19 a. E. S. 96 Nr. 24) die b. p., und zwar von allem Ansang an, Universalsuccession und zwar „prätorische Universalsuccession“ sein (S. unten §. 360, Anm. 7).

14) Man kann sich denken, daß diejenigen, welche sich einerseits das Erbrecht als ein „Recht am Ganzen der Erbschaft u. dgl.“, anderseits in der b. possessio irgend einen „Besitz“ denken, diesen Besitz als „an jenem Rechte am Ganzen der Erbschaft“ hinstellen; z. B. Leist, a. a. D. S. 4 „als eines Besitzes des jus an der universitas“, abgekürzt „Erbrechtsbesitz“ (vgl. oben Anm. 13). Ein solcher Besitz leidet an derselben Unklarheit wie das entsprechende Recht. Greifbar dagegen ist das durch Agnition der b. p. erlangte Recht auf den Besitz der einzelnen Erbschaftskörper, welche zwar nicht pleno jure, aber in bonis des honorum possessor werden (Gaj. IV, 80), — sowie auf Geltendmachung der ihm utiliter zustehenden Erbschaftsklagen (III, 81), und überhaupt das jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit (l. 3 §. 2 D. h. t.) Auf nichts als corpora hereditaria und deren Besitz geht denn namentlich das dem honorum possessor eigene interdictum quorum bonorum (l. 2 D. quor. bon. 43, 2); „gehört“ es ad universitatem bonorum, non ad singulas res“, so will damit gesagt sein, daß das i. q. b. nicht minder als hereditatis petitio das Attribut einer Universalsuccession, feines bloßen Singularerwerbs sei, darnach dann aber allerdings in Einem auf Erlangung des Besitzes an allen (beim Beklagten befindlichen) Erbschaftssachen gehe (et est adipiscendae possessionis universorum bonorum).

15) Gaj. 4, 80, 81 (§. unten Anm. 21—25) l. 3 pr. D. h. t. — suscipiturque ejus rei commodum et incommodum.

16) l. 1 §. 1 D. quorum bonorum 43, 2 Hoc int. . . . ad universitatem pertinet. l. 1 l. 2 D. possessoria her. pet. 5, 5. Per quam hereditatis petitionem etc.

17) l. 3 pr. D. h. t. j. namentlich auch ihre Zusammenstellung einerseits mit heredem fieri, anderseits mit honorum venditio: Gaj. 2, 98; 3, 77, 78; 3, 80, 81. Ferner l. 2 D. h. t. In omnibus . . vice heredum b. possessores habentur. Vgl. Anm. 21—25.

18) u. a. l. 1 §. 10 D. succ. Ed. 38, 9. §. 10 J. h. t.

19) l. 3 §. 9 — l. 6 pr. D. §. 10 J. h. t.

20) arg. l. 18 pr. §. 1 §. 2 C. jure delib. 6, 30.

den von ihr freilich in der Quelle²¹), ein praetorio jure in locum defuncti succedere²²), damit denn allerdings auch in der äusseren Erscheinung und Wirkung von hereditas verschieden. Ihr Name (bonorum possessio) würde, wenn er keine Umdeutung erfahren hätte²³), vielmehr einen Gegensatz zum Rechte, als eine Unterabtheilung des Erbrechts bedeuten; die Thatjache, daß mit dem Erwerb der bonorum possessio eine Universalsuccession vollzogen, und also ein Uebergang der einzelnen Sachen und Aktionen auf den bonorum possessor eingetreten ist, besteht nicht pleno jure²⁴), kommt nicht zum direkten Ausdruck²⁵); den Namen bonorum possessor mag der honorarische Erbe, nachdem er einmal bonorum possessio erworben hat, für immer behalten wie der Civilerbe den Namen heres, nachdem er Erbe geworden ist; die Sache selbst dagegen, d. i. die Kraft der bonorum possessio erlangten bona, kann er nicht nur fiduziarisch wie der heres, sondern schwächehalber an den heres abtreten müssen²⁶). Hinwider kommt ihm, der nicht auf das reine Recht, sondern magistratische Macht sich stützt, auch ein Mittel zu statthen, auf welches der heres als solcher keinen Anspruch hat: das interdictum quorum bonorum²⁷), -- ein Mittel,

21) Jus bonorum possessionis introductum est a praetore . . . honorario jure bonorum possessor efficiebatur — pr. J. h. t. 3, 9. Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituantur beneficio praetoris — Ulp. XXVIII §. 12 cf. §. 2 J. eod. Ferner: — mixtum imperium . . . quod in danda b. p. consistit. I. 3 cf. I. 4 D. jurisd. 2, 1.

22) Gaj. IV, 34.

23) I. 3 §. 1 D. h. t.

24) Gaj. 3, 80 Neque . . . b. possessorum neque bonorum emtorum res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Q. ita demum adquiruntur, si usuceperunt.

25) Ulp. cit. — ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur. Gaj. 4, 34 — ficto se herede agit; cum enim praetorio jure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones etc. Gaj. 3, 81 — quae debita sunt . . . aut ipse debuit, neque b. possessor neque bonorum emtor ipso jure debet (aut ipsis debentur) —

26) Ulp. 28, 13: B. p. aut cum re datur, aut sine re: cum re, si is qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit — Ulp. 23, 6 — quam b. p. cum re i. e. cum effectu habent, si nemo alias jure heres sit. Gaj. II 148, 149 Leist, §. 313 Ann. 6.

27) I. 1 pr. D. quorum bonorum 43, 2 Ait Praetor: quorum bo-

durch welches er die durch Agnition der b. p. erlangte magistratische Ermächtigung zum Besitz in den Besitz selbst umzusetzen, und namentlich wider den heres — obgleich ihn dieser vielleicht nachher durch hereditatis petitio um den Besitz bringen kann (bonorum possessio sine re) — zu realisiren vermag. — Soweit der Unterschied aus der Quelle; daß eine Erbsfolge, welche nach der civilen eingeführt und neben dieser geltend gemacht wurde, welche die civile nicht blos kräftigen und ergänzen, sondern auch verbessern sollte²⁸⁾ — daß eine solche Erbsfolge noch ganz andere Besonderheiten entwickelte, daß sie sich namentlich nach einer von der civilen abweichenden Erbordnung bewegen mußte, versteht sich von selbst. Vorerst kam es nur darauf an zu betonen, daß hereditas und bonorum possessio generisch eins (Erbsfolge, Erbrecht), daß sie aber von verschiedener Herkunft, und schon dadurch individuell verschiedenen seien. Daß und weshalb wir im Systeme gleichwohl nur von einem einigen, über den Unterschied von hereditas und possessio erhabenen Erbrecht handeln, muß sich aus den nun folgenden §§. 359—364 ergeben und rechtfertigen.

§. 359.

Geschichte der bonorum possessio.

Darf man die b. p. nicht über das sechste Jahrhundert d. St. zurückverlegen, so hat sie aus älterer Zeit doch ein Vorbild: darin daß sie ein von der Magistratur konstituirter und verliehener Besitz ist. Denn das war schon die im Sakramentsprozesse vindizienhalber gewährte possessio¹⁾. Allein Anscheine nach hatte b. p. in der Vindizierertheilung aber auch darin ihren Vorläufer, daß sie im Prozesse, und zwar in hereditatis controversia ihren Anlaß und Grund hatte²⁾. Allein während

norum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve si nihil usucaptum esset ... id illi restituas. Gaj. 4, 144.

28) pr. J. h. t. 3, 9.

1) Gaj. 4, 16 — interim aliquem possessorem constituebat —

2) „Si de hereditate ambigitur“ ist nach Cicero Verr. II. 1 §. 116

das Bedürfniß nach der Vindizierertheilung erst am Ende der legis actio eintrat, machte sich das nach unserer bonorum possessio beim Beginne des Streites und auch erst von der Zeit an geltend, da hereditatis petitio in anderen Formen, als in denen der legis actio sacramento plazgriff. Injolange die Vindikation der hereditas — wenn anders der Beklagte den Streit aufzunehmen wollte — eine contravindicatio nothwendig machte³), brauchte wer Besitzer sei, nicht vornherein festzustehen; denn da war Jeder Kläger wie Beklagter (judicium duplex); daß Einer oder der Andere Erbschaftssachen im Besitz hatte, war nothwendig, um den Einen oder Anderen zur Vindikation zu veranlassen, nicht nothwendig um die partes rei zu bestimmen; Konstituirung des Besitzes war hier erst am Ende der legis actio, als Entscheidung wer bis zum Urtheil Besitzer (nicht sei, sondern) sein solle, und in Verbindung mit Bürgenstellung zugleich als Sicherung des Nichtbesitzers nöthig. Anders als man Erbschäften per sponcionem und mit der formula petitoria, mithin einseitig, ohne contravindicatio, zuließ. Jetzt mußte die Thatsache, daß Einer besäß, nicht mehr bloß den Anstoß zur Klage des Andern, sondern auch den Vortheil der Beklagtenrolle für Jenen geben. Von nun an und heute noch gilt auch für hereditatis petitio die Regel, daß der Besitzer in der Defensive ist; und gleichwie nur der Besitz von einzelnen Erbschaftssachen in der Person des Einen den Anderen zur Klage bewegt, so ist es fort und fort ein solcher Besitz, der den Vortheil der Defensive gewährt. Hierin — daß der Besitz den Vortheil der Defensive gewährt — setzte nun b. possessio ein: daß Demand die einzelnen Erbschaftssachen besitze, und also den Vortheil der Defensive im Erbschaftsstreite

des Faß, in welchem der Prüfer b. p. geben zu müssen wünscht. So ist, der die prozeßualische Heilung der b. p. nicht erbliebt in dem al. de l. ambiguitur, den Faß wo „rücksichtlich der Erbschaft und des Erbschaftsstreites noch alles im Ungewissen ist“ (Forts. d. Gl. C 1 S. 153 S. 43^o), obwohl die von ihm S. 55 Ann. 41 angezogenen Stellen ein sicheres Streiten verrathen.

3. wie wir für die Vindikation in legis a. sacramento gegen Lotmar (zur legis a. sacr. in rem — München 1876) festgehalten haben (Festgabe zum Doctorjub. des Prof. Dr. Leonh. v. Spengel) und gegen dessen Replik (krit. Studien in Sachen der contrav. München 1878) festzuhalten noch versuchen werden —

genieße, sollte nicht fort und fort vom Zufall, guter Gelegenheit, List u. dgl. m. abhängen; es gab Personen, welche vor anderen jenen Vortheil verdienten. Ihnen gab der Prätor b. p., d. i. ein Ding, welches nicht der körperliche Besitz selbst, wohl aber für diesen gut war. Denn als magistratische Gewähr mit magistratischer Hilfe (interdictum q. b.) ausgerüstet verhalf sie dem Belehrten zu sämtlichem in gegnerischem Besitz befindlichem Nachlaß, wosfern dieser der magistratischen Autorität sich nicht gutwillig fügte. Was aber die Personen anlangt, die also begünstigt werden sollten, so ergaben sie sich nach jenem ursprünglichen Anlaß der b. p. von selbst. Bestand dieser in hereditatis controversia, so konnten es nur Personen sein, welche in dem konkreten Falle wenigstens die Vermuthung des Erbrechts — den Willen des Testators oder die erforderliche Verwandtschaft — für sich hatten; denn nicht aus Personen die keine Erben waren, Erben zu machen, sondern denen die Erben waren oder es sein konnten, den Streit um die Erbschaft zu erleichtern, war der ursprüngliche Zweck der b. p.^{3a)}.

3a) Hiermit im Wesen der Sache übereinstimmend, nur nicht erst an hereditatis petitio per sponsonem u. formulam petitoriam, sondern schon an die manus consertae der legis actio sacramento anknüpfend ist S. J. Hingst, comm. de b. p., praemio aureo coronata. Amstelod. 1858. P. II. cap. V. p. 110—116, insb. p. 115 Alin. 1 „— Praetor decrevit ut possessio hereditatis non amplius ex fortuna penderet, sed certo titulo acquireretur —“ Ihm ist Rudorf (zu Puchta B. §. 316 k. k.) beigetreten. Dem Grundgedanken der Unterstüzung des Erben im Erbschaftsstreit folgt auch Francke, Notherbenrecht (S. 97 — S. 107), nur daß er an den älteren Prozeß nicht anbindet, und dadurch daß er im interd. nur gleichwie im i. uti poss. u. utrubi um den Besitz streiten und über ihn entscheiden läßt (S. 104), die Thatsache der Besitzbeschaffung oder Konstituierung einigermaßen verdunkelt. — Vgl. übrigens auch schon Dernburg, Beitr. z. Gesch. d. röm. T. 1821. S. 191 sg. S. 214 ff., u. nachher Ad. Schmidt, das form. Recht der Notherben, S. 65. — Im übrigen lassen sich innerhalb der Autoren, welche sich über den Ursprung der b. p. ausgesprochen haben, diejenigen, welche gleich uns von der hereditas controversia ausgehen, von denen unterscheiden, welche den Zweck und Anlaß außerhalb des Prozesses erblicken. Unter den erstenen hat Fabricius (Ursprung und Entwicklung der b. p. Berlin 1837) die Bindicienertheilung, in der wir ein Vorbild für b. possessionis datio erblicken (s. oben zu Anm. 1), als die b. p. selbst erklärt; in hereditatis vindicatione sei der Besitz nicht diesen oder jenem gegen Caution, wie bei rei vindicatio, sondern dem für welchen das Testament oder das Gesetz war gegeben worden. Aber wie kommt diese Bindicienertheilung, welche erst nach der litis ordinatio statt-

Allerdings bekamen auch Leute, die in Wirklichkeit keine heredes waren, honorum possessionem: lehzwillich Eingejetzte, woferne nur die Testamentsurfunde, welche sie für sich anführen konnten, mit der nöthigen Zahl von Zeugensiegeln gesiegelt war, sei es auch daß es an Erz und Wage u. fehlte⁴⁾; sui u. legitimi, wenn der zunächst zur b. p. berufene Testamentserbe diese versäumte, sei es auch, daß er hereditatem noch nicht ausgeschlagen, ja angetreten, hereditas also an die legitimi noch nicht deferirt, oder für sie bereits verloren war⁵⁾;

fand und den Besitz nur bis zum Austrag des Streites verlieh, dazu „litis ordinandae“ und „juris civilis adjuvandi“ zu sein? Diese Ansicht leidet an einer Vermengung der Regulirung des Besitzes zum Behuße der Parteistellung mit der zur custodia nach dem Verfahren in jure. Vgl. gegen denselben Hujcke, Richter'sche Jahrb. 1839 S. 6—11. Leist, B. P. I. S. 127 fgg. Forts. d. Gl. C. I. S. 126 Nr. 29. Mit Fabricius Vanagrow §. 398 Anm. 1, aber nicht auch Ternburg u. Francke (wie Danz, Lehrb. d. Gesch. d. r. R. Bd. II 2. Aufl. S. 146. 8 angibt). Von den letzteren erbliden die Einen in der anfänglichen b. p. eine blos auf den Körperlichen Besitz des Nachlasses gerichtetes Beneficium, wie namentlich diejenigen, welche einer Reaction gegen die alte usucatio pro herede den Grund ihrer ersten Einführung denken (s. unten Anm. 8) oder von der possessio am ager publicus (Niebuhr, r. Gesch. Bd. 2. 3. Aufl. S. 174 fgg.), oder von einer decretalen missio in possessionem zu Gunsten des heres (Löhr, Magaz. Bd. 3 S. 253 ff.) ausgehen. Den Anderen ist sie sofort eine Universalsuccession, jedoch wieder mit dem Unterschied, daß Viele meinen, diese prætorische Universalsuccession sei anfänglich zu Gunsten derer eingeführt worden, die bis dahin kein Erbrecht hatten (juris civilis supplendi u. emendandi gratia — der cognatiischen Descendenten, Asec. u. Seitenverwandten; Savigny, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 5 S. 14 ff. vermt. Schr. Bd. 2 S. 230 ff. Schirmer, Handb. d. r. Erbr. I S. 89 S. 94. Puchta, Inst. III §. 316. Arndts, Pand. §. 466. 467. Windisch eisd. §. 532 Anm. 4 a. C.; der Peregrinen: Hugo, während Leist mit denjenigen, welche vom Prozeß ausgehen, dahin übereinstimmt, daß sie anfänglich nur den bisherigen Erben, zur Erleichterung des Besitzerwerbes u. der Rechtsverfolgung) zu statthen gekommen, und also wesentlich juris civ. confirmandi gewesen sei (s. namentlich dessen Forts. d. Gl. Comm. I Nr. 22). Mit Leist u. a. Danz a. a. C.; ihm am nächsten Pernice, Labeo I. S. 323 ff. Der erschöpfenden Arbeit von Leist könnte man überallhin folgen, wenn er der Rubrik Si de hereditate ambigitur mehr Werth beigelegt, oder die gewöhnliche Deutung gegeben hätte.

4) Cicero Verr. II §. 114. 119 Gaj. II 118. 147. Die Behauptung, daß man b. p. secundum tabulas in einer früheren Periode nur auf Grund des solennen Mancipationstestamentes habe erwerben können (Leist a. a. D. S. 446 Nr. 89. cf. 88. S. 350. S. 83 Nr. 21. S. 462 Nr. 92) hat m. E. keine sichere Quelle für sich.

5) vgl. Leist a. a. D. S. 102. Ob eine successiva Delation der b. p. innerhalb der legitimi, abweichend von dem Saage in legitima hereditate successio non est, platzgreife, und also auch auf diesem Wege non heredes zur b. p. gelangen konnten, war unter den römischen Juristen selbst unentschieden. Gaj. 3, 28 cf. §. 7 J. leg. agn. succ. 3, 2 Leist, S. 336. Aber ob hieher auch 1. 2 §. 5 D. suis et legit. 38, 16?

allein dem wirklichen heres that dies keinen Eintrag, indem wenn ein solcher da war, seine allfällige hereditatis petitio gegen den bloßen bonorum possessor durchdrang, b. p. also sine re war⁶⁾.

Auf dieser Stufe war b. p. also noch nirgends korrektoriisch, wohl dagegen konfirmatorisch, da sie auch dem wirklichen heres zu statten kam — und aber auch schon suppletoriisch, da sie Personen, die zwar Nichtenben waren, aber vor anderen Nichtenben doch den urkundlichen Willen des Erblassers oder eine ihrer Gattung nach zur Erbschaft berechtigende Verwandtschaft voraus, so gewissermaßen ein Mäherrecht für sich hatten, zum Besitz der Erbschaft verhalf, und zwar zu einem Besitz, der diesen gegenüber cum re war. — Indem also besitzende Nichtenben nicht mehr blos von wirklichen Erben, sondern mittelst bonorum possessio auch von gewissen Nichtenben aus dem Besitz verdrängt werden konnten, verlor durch die b. p. auch die lucrativa pro herede usucapio an Terrain; denn wer als bonorum possessor in den Besitz der Erbschaftssachen und zur Usukapion gelangte, war nicht mehr lukrativer Besitzer und Usukapient⁷⁾. Allein diese Zurückdrängung der lucrativa pro h. u. war nur Folge, nicht Zweck der b. p.⁸⁾.

Eine gewisse Ordnung innerhalb der b. p. war (da sich ihrer Mehrere und aus verschiedenen Gründen um b. p. bewerben konnten) von jeher nothwendig. Selbstverständlich ging wer im Erbrecht auch in der b. p. vor, und mußte b. p. ab intestato einer b. p. secundum tabulas nachstehen. Aber auch

6) Nach Gajus II, 148 III, 36 Ulp. 28, 1 ist b. p. schon dann sine re, wenn dem bonorum possessor die Erbschaft durch hereditatis petitio wieder entzogen werden kann; nach Leist gewöhnlich erst dann wenn sie entzogen ist z. B. a. a. D. S. 302, 361, 363, 368, gegen S. 351, 355, 366.

7) Dies möchten wir nicht daraus folgern, daß er nicht mehr „improbus“ possessor war, denn schwerlich geschah es im Sinne des alten Rechts (das die lucrativa p. h. u. einführte), wenn man später (Gaj. II, 55) diese usucapio eine improba possessio und usucapio nannte. Wohl dagegen darf derjenige der kraft obrigkeitslicher Vollmacht zum Besitz greift, mit demjenigen Besitz, dem auch diese abgeht, nicht mehr auf Eine Linie gestellt werden.

8) Das Gegenteil nimmt Hirschke an, indem er den Zweck der b. p. in „Regulierung der pro herede usucapio“ erblickt (Richter's Jahrb. 1859 S. 11 ff., Zeitschr. f. a. R. Bd. XIV S. 157 ff., S. 204 f.). Es auch Kopp, Zeits. d. h. Erbr. S. 25. Vgl. meine Band. Bd. 1 S. 622 S. 5.

Grund zu einer jeder anderen vorgehenden b. p. contra tabulas war von allem Anfang vorhanden. Denn wenn ein Testament zwar existierte, aber wegen Präterition eines suus heres ganz oder theilweise hinfällig, oder rumpirt war, mußte der suus, welcher entgegen dem Testamente um b. p. bat, dem Testamentserben, der sie in Gemäßheit des Testamentes verlangte, vorgezogen werden⁹⁾; ihm mochte man von jeher b. p. auch contra lignum, d. h. auch dann geben, wenn aus dem Testamente Niemand, oder noch Niemand Erbe geworden war¹⁰⁾. Successorisch dagegen, so daß in Ansehung einer und derselben Erbschaft die Verleihung der b. p. zwar nur einmal, ihre Delation aber bis zur Verleihung successive mit Präclusivterminen stattfand¹¹⁾, scheint uns die Verheizung der b. p. erst in deren späterem Stadium geworden zu sein¹²⁾.

§. 360.

Fortsetzung.

Bis hieher war die b. p. nicht korrektoriisch: der Erbe erhielt durch sie zwar einen prozeßualischen Nachtheil, wenn er honorum possessionem versäumte, aber nichts von seinem Rechte selbst (§. 358 Anm. 26); — b. p. war noch nichts unkörperliches; zwar an und für sich gedacht ohne körperlichen Besitz, allein an und für sich, ohne das Interdit und den durch diesen zu beschaffenden körperlichen Besitz¹³⁾, nicht zu denken;

9) Daß b. p. contra t. nicht erst um der Emancipirten willen eingeführt worden, verrät der Gang des Ulpianischen Commentars, l. 1 D. h. t. 37, 4, insonderheit §. 6 ibid. *Et sui juris factos liberos inducit in b. p. Praetor.* — Vgl. Francke, Recht d. Notherben, S. 104 „— deshalb war . . . für präterirte sui ursprünglich die b. p. c. t. eingeführt, keineswegs für Emancipirte“.

10) I. 4 l. 19 eod.

11) D. de successorio Edicto 38, 9 C. 6, 16 und unten §. 360 Anm. 30—31.

12) Leist a. a. O. Nr. 67. Vom Standpunkte bloßer Prozeßregulierung stand nichts entgegen, daß in Ansehung einer und derselben Erbschaft b. p. so oft verliehen wurde, als bezüglich derselben ein Erbschaftsstreit ausbrach; anders wenn b. p. zur Erbsfolge wurde; denn dann trat sie wie in allem anderen auch darin an die Stelle der *hereditas*, daß sie nur einmal platzenreisen konnte (*semel heres, semper heres*).

13) I. 2 D. h. t. 43, 2.

— schon jetzt hinwider und von allem Anfange war sie etwas universales, auf alle in bonis defuncti befindlichen körperlichen Sachen gerichtet²⁾, — schon jetzt nicht nur konfirmatorisch, sondern auch suppletorisch; letzteres jedoch nur zu Gunsten von Personen, welche wirklich Erben (heredes) sein oder noch werden konnten, oder den Willen des Testators wo nicht in aller, so doch in erklecklicher Form für sich hatten. Ein anderer Anlaß zur b. p. als hereditatis controversia und ein anderer Zweck als der den Berufensten diesen Streit zu erleichtern, lag nicht vor. Auf allen diesen Punkten tritt nun aber — es läßt sich nicht genauer bestimmen wann — eine Entwicklung ein, in deren Folge die b. p. neben einem prozeßualischen zugleich ein materiellrechtliches Benefizium, neben einer Potenz blos körperlichen Besitzes eine Art Recht, neben der Potenz zu dem gesammten Besitz des körperlichen Nachlasses eine Universalsuccession in alle Nachlaßbestandtheile, und zwar eine bonitarische, die civile nicht mehr blos unterstützende und ergänzende, sondern zum Theil auch überwindende Universalsuccession wird.

In Anbetracht der Fälle nämlich, in welchen der honorum possessor in Wirklichkeit nicht heres S. 12, seine b. p. aber weil ein heres überhaupt nicht existierte, oder der vorhandene von seinem Erbrecht keinen Gebrauch machen wollte, etwas Definitives³⁾ war, die honorum possessio also anstatt eines bloßen prozeßualischen Vortheiles zu dauerndem Besitz der Erbschaft ausschlag, mußte man auf den Gedanken kommen, diesen Besitz auf alles zu erstrecken, was in der Erbschaft enthalten war, auf die actiones hereditariae, active wie passive, nicht minder als auf die corpora hereditaria. Dazu drängte nicht nur der Umstand, daß man diese actiones nicht von dem übrigen Erbschaftsbestand getrennt und brach liegen lassen konnte, und daß unter den obwaltenden Umständen zu denselben niemand so nahe war als der b. possessor, sondern noch handhafter das Interesse der

2) L 1 §. 1 eod. Hoc interdictum . . . ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet . . . d. h. nicht auf je blos Eine Sache, sondern 'wie hereditatis petitio) auf alle ex his bonis beim Besitzer befindliche Sachen —

3) — um nicht zu sagen cum re — vgl. §. 359 Anm. 6.

Gläubiger, und die öffentliche Sorge um die *sacra*⁴⁾. Außer dem interdictum quorum bonorum wurden also utiles actiones hereditariae, active wie passive, mit der b. p. verbunden: ohne Zweifel so, daß wer immer b. possessionem bekam, utiles actiones anstellen, und mit ihnen belangt werden konnte: ob er nun zugleich heres und der direkten Klage theilhaftig und ausgesetzt war, oder nicht⁵⁾; ob er bonorum possessor cum oder sine re war⁶⁾. Als Inbegriff nicht nur der corpora hereditaria, sondern auch der unförperlichen utiles hereditariae actiones war nun b. p. kein blos förperlicher Besitz mehr⁷⁾. So wenig man aber die corpora hereditaria ohne die actiones hereditariae beim bonorum possessor belassen konnte, so wenig umgekehrt die actiones ohne die corpora. Namentlich im Gedanken daran, daß die actiones hereditariae bloße *Passiva* sein konnten, mußte der b. possessor auch bei dem förperlichen Bestande der Erbschaft erhalten werden. Das war ausreichend nicht möglich, so lange dem b. possessor in Ansehung der corpora hereditaria blos Interdikte — das int. q. b. und die gemeinen possessoriischen Interdikte — eingeräumt wurden; mittelst dieser konnte er zwar den ersten Besitz erlangen⁸⁾ und gegen Gewalt und Eigenmacht aufrecht erhalten, mit nichts dagegen wiedererlangen, wenn er sonstwie abhanden kam; die Wiedererlangung der corpora hereditaria fiel auch nicht in den Bereich der utiles hereditariae actiones; denn die dazu

4) vgl. §. 9 J. b. p. 3, 9 I. 1 pr. D. succ. ed. 38, 9 Gaj. 2, 55.

5) in potiore lag auch das minus — vgl. dazu Leist a. a. D. S. 355. S. 364 sg.; — im übrigen Gaj. 4, 34, 110. I. 1 §. 10 in f. D. imp. ventr. 25, 4 I. 15 D. Carb. ed. 37, 10. I. 35 D. o. e. a. 44, 7. Leist 360—375.

6) man konnte oft nicht wissen, ob der Sine re possessor wirklich ein solcher war, — man konnte niemals voraus wissen, ob er seinen Besitz auch wirklich werde herausgeben müssen. — Wie wenn der heres zwar angetreten, aber gegen den besitzenden b. possessor hereditatis petitionem noch nicht angestrengt hatte?

7) Allern Untheile nach hieher zielt Labeo's dictum: *est enim juris magis quam corporis possessio (hereditatis bonorumve possessio)* in I. 3 §. 1 D. h. t. 37, 1; denn dasselbe wird dadurch begründet, daß man auch bei blos unförperlichem Bestande des Nachlasses (cf. I. 3 pr. eod. sive in actionibus — I. 50 pr. D. h. p. 5, 3) bonorum possessor sein könne.

8) (i. q. b.) *est adipiscendae possessionis universorum bonorum* —

nöthige Klage entstand erst in der Person des honorum possessor, war also nichts vererbtes mehr⁹⁾. Gegen alle Zufälligkeiten konnte man also den b. possessor nur dadurch beim körperlichen Bestande der Erbschaft erhalten, daß man honorum possessio auch in Ansehung der corpora hereditaria keinen bloßen Besitz mehr sein ließ, sondern als eine vom Besitze unabhängige causa dominii (Bd. 1 §. 130 Anm. 15) betrachtete, den honorum possessor, da man ihn doch zum direkten Eigentümer nicht machen konnte, in Ansehung der einzelnen Sachen mit utiles in rem actiones ausstattete oder was eins ist, zum bonitarischen Eigentümer erhob. Indem das wirklich geschah¹⁰⁾, und um erschöpfend zu helfen den dinglichen Einzelklagen auch noch die Universalklage hinzugefügt wurde¹¹⁾, war der b. possessor dem heres in allen Stücken an die Seite gestellt¹²⁾; gleich diesem trat er nunmehr in alle Rechte des Erblassers ein und bezüglich aller an dessen Stelle¹³⁾; gleich diesem ward er Erwerber der Erbschaft ohne irgend einen körperlichen Besitz; weil Rechtsnachfolge war b. possessio nun nicht mehr körperlicher Besitz. Ursprünglich nichts als imperiale Besitzverleihung, war sie jurisdiktionell zur Universalsuccession und Erbfolge geworden^{13a)}.

Einmal zu solcher Bedeutung gelangt entwuchs sie ihrem

9) vgl. l. 20 §. 3 l. 36 §. 2 in fin. cf. l. 14 in f. l. 15 l. 16 §. 3 in fin. D. her. pet. 5, 3.

10) l. 1 D. h. t. B. p. admissa . . dominium rerum quae in his bonis sunt tribuit — cf. l. 15 Carb. ed. 37, 10 Haec b. p. . . non tantum ad possessionem adipiscendam, sed ad res etiam persequendas . . . prodest. Gaj. 4, 34 — non habet directas actiones . . neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse . . itaque factio se herede intendit etc.

11) Rubr. D. de possessoria hereditatis petitione 5, 5.

12) Gaj. 4, 34 — praetorio jure succedit in locum defuncti — l. 2 D. h. t. In omnibus enim vice heredum honorum possessores habentur. l. 13 pr. eod. — omne enim jus transferri aequum est . . ad eum quem praetor loco heredis constituit. — So sagt man denn auch b. possessor debitoris (l. 35 D. o. e. a. 44, 7), wie man vom heres debitoris spricht.

13) Gaj. 4, 34 — cum enim praetorio jure succedit in locum defuncti —

13a) Das läßt sie leicht von allem Ansange an sein. S. d. Summe seiner Uters. a. a. D. S. 430; hier oben §. 358 Anm. 13 a. E.

ursprünglichen Anlaß und Zweck¹⁴⁾. Sie wurde jetzt nicht mehr blos gegeben, weil man Erbe war oder sein konnte, sondern auch weil man Erbe sein sollte¹⁵⁾ und zwar nicht blos in Ergänzung, sondern auch in Korrektur der bisherigen, civilen Erbsfolge. Auf die Entwicklung der honorum possessio aus einer Erbschaftsbesitzverleihung zu einer Erbsfolge folgt also die der honorum possessores oder der prätorischen Erbsfolgeberechtigung. Wurde eine solche nunmehr auch Personen zu theil, welche nach dem bisherigen Erbrecht in keiner Weise zur Erbschaft berufen waren, vernünftigerweise also auch nicht um die Erbschaft streiten konnten, so war die Rubrik si de hereditate ambigitur für b. p. zu eng geworden (Ann. 14), deren Stellung unter den actiones, etwa neben hereditas petitio, nicht mehr zutreffend, ein selbständiger Platz für die neue selbständig gewordene Erbsfolge nothwendig und da wo sie jetzt steht — neben und nach der civilen Erbsfolge — natürlich.

Die Personen, welche durch die b. p. überhaupt erst Erben werden sollten, waren die Rognaten¹⁶⁾ des Erblassers und der überlebende Gatte. Unter den Rognaten schienen aber diejenigen der Auszeichnung werth, die dem Erblasser gegenüber, als „Kinder“ desselben, noch bei dessen Lebzeiten das „eigene“ Erbrecht des suus heres gehabt, dieses mitsamt der Agnation durch Ausscheidung aus seiner Gewalt verloren hatten, und aber gleichwohl seine „Kinder“ geblieben waren. Also namentlich die Emancipirten, wenn sie abgesehen von der Emancipation beim Tode des paterfamilias dessen sui heredes gewesen sein würden¹⁷⁾; aber nicht nur die Emancipirten selbst, son-

14) Die Ablehnung an den Prozeß (Si de hereditate ambigitur) kommt in den nachciceronianischen Quellen nicht mehr vor.

15) I. 1 pr. D. unde cognati 38, 8 — eos invitat ad b. p. qui jure civili ad successionem admitti non possunt i. e. cognatos.

16) Eine b. p. von Rognaten kommt bereits bei Cicero vor: pro Cluentio c. 60 — possessionemque eis bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio . . datam. Nach Cic. orat. part. §. 98 würde es sich in allen Fällen wo b. p. sine lege (an nicht legitimis) und sine testamento gegeben werden sollte, erst um eine quaestio (cognitio?) quid aequius aequissimumve sit gehandelt haben, b. p. unde cognati also noch nicht editsmäßig festgestanden sein. Leist a. a. D. Nr. 18 §. 63 S. 69 vermittelt durch eine Art von generalis clausula.

17) sie stehen voran in I. 1 §. 6 D. b. p. c. t. 37, 4 u. bei Gaj. 2, 135—137.

dern auch deren Kinder unter derselben Voraussetzung¹⁸⁾; dem natürlichen Vater gegenüber auch noch die durch in adoptionem datio Ausgeschiedenen, wenn sie vom Adoptivvater wieder emancipirt worden waren¹⁹⁾; aber nicht auch die, welche einen Adoptivvater noch hatten²⁰⁾; dem Adoptivvater gegenüber nicht die aus dessen Gewalt Geschiedenen²¹⁾, geschweige denn die, welche durch magna und maxima capitis deminutio um ihre Kindheit gekommen waren^{21a)}. Solche Kinder sollten mit und neben den wirklichen sui heredes gleich diesen stammeßweise zur b. p. berufen, also nicht nur, falls kein Testament bestünde, gleich jenen ab intestato als liberi²²⁾ den Agnaten (legitimis), um so mehr den übrigen Rognaten vorgezogen, sondern auch wenn ein Testament existirte und sie darin präterirt wären, gleich jenen (§. 359 Anm. 9. 10) zur b. p. contra t. berufen werden²³⁾. Das Recht der wirklichen sui heredes schmälernd, in ihrer Richtung gegen ein Testament den eingesetzten Erben, ab intestato den legitimi vorgehend und überall cum re war die b. p. dieser blos cognatischen Kinder korrektoriisch. Der Konflikt, den die stammeßweise Berufung der liberi mit sich brachte, wenn Enkel aus einem Sohne in der Gewalt behalten, dieser dagegen emancipirt scilicet worden war, wurde durch ein edictum de conjungendis cum emancipato liberis (D. 37, 8) —, der Konflikt, daß ein präterirtes emancipirtes Kind mittelst b. p. contra t. mehr erzielen konnte, als dem im Testament eingesetzten suus heres zugetheilt worden war, durch eine b. p. contra tabulas edicto per alios commisso²⁴⁾ gelöst. So radikal wie das jus civile das durch Præterition zum testamentum inju-

18) l. 3 pr. eod.

19) Gaj. 2, 137.

20) l. 1 §. 1 eod. — adoptivi patris (liberos) non potest (inducere in b. p. — vgl. ed. Mommsen): ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet. Gaj. 2, 137 cf. 136.

21) l. 3 §. 2 eod. Gaj. 2, 137.

21a) l. 1 §. 8 §. 9 eod.

22) D. Si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi 38, 6.

23) Gaj. 2, 135—137 D. b. c. t. 37, 4 C. b. p. c. t. quam prætor liberis promittit 6, 12.

24) l. 3 §. 11 l. 8 §. 14 l. 10 §. 5 §. 6 l. 14 D. b. p. c. t. 37, 4.

stum oder ruptum²⁵⁾ gewordene Testament vermochte der Prätor das letztere gleichwohl nicht umzustößen: je nach Umständen mußte er es geschehen lassen, daß der testator pro parte testatus, pro parte intestatus verstorben schien²⁶⁾; gewisse Vermächtnisse wollte er selbst aufrecht erhalten wissen²⁷⁾. — Im Uebrigen kamen die Kognaten nur ab intestato, nach den Agnaten, und mit Ausnahme der Söhne und Töchter aus Nachgeschwisterkindern²⁸⁾ unter Beschränkung auf den 6ten Grad an die Reihe; hinter ihnen stand der überlebende Gatte²⁹⁾.

Sollte die b. p. der hereditas in allen Stücken gleich werden, so mußte es dazu kommen, daß auch sie nur einmal erworben werden könne; istemand einmal an die Stelle des Erblassers von Todes wegen succedit, so kann er nicht mehr aufhören dessen Nachfolger zu sein; eine Erneuerung der Delation an dieselbe Person ist nun nicht mehr möglich (vgl. §. 359 Anm. 12). Anderseits war es natürlich, daß der Prätor ebensoehr seine Berufung zur b. p., als das Civilrecht die Delation der hereditas von Erfolg begleitet wünschte, daß also auch er seine Berufung so lange sie keinen Erfolg hatte von Stufe zu Stufe — von der b. p. contra t. zur b. p. secundum t., von dieser zur b. p. ab intestato und zwar nacheinander zu der der liberi, der legitimi, der cognati, des überlebenden Gatten (mit Zwischenstufen bei der Nachfolge in bona liberti) erneuert; hiebei ging er aber in 2 Punkten über die civile Erb-

25) Gaj. 2, 130 - 134 l. 1 §. 2 D. b. p. c. t. 37, 4.

26) nämlich dann, wenn der „Kontratabulant nur Theilerbe, das andere Kind aber entweder exhereditirt, oder eingesetzt und an der b. p. c. t. theilzunehmen nicht willens war. Ueberall hier erbte entweder ein extraneus oder ein Kind pro parte aus dem Testament, der Kontratabulant pro parte gegen das Testament und insofern ohne Testament“ oder ab intestato — arg. I. 20 pr. D. b. p. c. t. 37, 4 l. 24 l. 25 §. 1 l. 15 §. 2 l. 76 pr. D. leg. II. Leist, die B. P. Bd. 2 §. 187.

27) D. de legatis praestandis, contra tabulas b. possessione perita 37, 5 l. 1 pr.: ut . . quibusdam personis legata et fc. praestarent: b. e. liberis, et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. §. 1 — nec gradus liberorum parentiumve enumeravit — nec . . utrum ex virili sexu an ex foeminino descendant §. 2 — etiam eos qui in adoptionem dati sunt vel etiam in adoptionibus dummodo maneant liberi l. 20 §. 2 D. b. p. c. t. 37, 4.

28) §. ult. J. de succ. cognatorum 3, 5 cf. l. 9 D. h. t. 38, 8.

29) §. 3 §. 7 J. b. p. 3, 9.

ordnung hinaus: darin daß er die Delation selbst zeitlich machte³⁰⁾, während sie iure civili an und für sich zeitlich unbegrenzt (perpetua) war³¹⁾; darin daß er eine successive Delation nicht blos von Klasse zu Klasse u. vom Institutus zum Substitutus, sondern innerhalb der Intestaterbfolge, von Grad zu Grad einführte; letzteres allerdings nur innerhalb seiner Domäne, der Kognaten³²⁾. —

Wesentlich in dieser Ordnung fungirt die b. p. als ein zwar blos magistratisches, um ebendesswillen aber praktisch durchschlagendes, die Succession erleichterndes, im Geiste der Zeit erweiterndes und verbessertes Erbrecht bis hinab auf Justinian. Zum Unterschiede von der hereditas erwirbt man b. p. zwar in keinem Falle von selbst, und noch immer nur unter Mitwirkung der Magistratur; allein diese erfolgt de plano, niethin ohne causae cognitio³³⁾, nur unter Voraussetzung der im Edikt geforderten Umstände (ex edicto), — wenn solenn, als ein „do“ auf postulirtes „da“³⁴⁾, wenn formlos, in passiver Gegenwart des Magistrats bei einseitiger Willenserklärung des Delaten³⁵⁾. Dem also leichten Erwerb mochten sich für ge-

30) l. 1 pr. D. succ. ed. 38, 9 — E re .. putavit, praestituere tempus his quibus b. possessionem detulit — cf. §. 7 eod....diebus finiri potest — §. 9 eod. „intra dies centum b. p. peti posse“ — §. 12 Largius tempus parentibus liberisque petendae b. p. tribuitur, in honorem sanguinis videlicet — ideoque placuit eis praestitui annum —

31) arg. 3. B. Gaj. 2, 167.

32) §. 7 J. de legitima agnatorum successione 3, 2. Daß der Prätor bezüglich der legitimi nichts änderte, zeigt Schonung der civilrechtlichen Grundsätze.

33) vgl. l. 3 §. 8 D. b. p. 37, 1. Die Untersuchung, ob die Edittserfordernisse zutreffen, ist dem Interditsprozesse überlassen (Leist, a. a. D. S. 401); nur bei der b. p. sec. t. fand in der älteren Zeit Production u. Inspektion des Testamentes schon bei Verleihung der b. p. (Leist S. 464 sq. vgl. Nr. 87) — causae cognitio nach Leist's Vermuthung bei der ältesten Verleihung der b. p. an Cognaten statt (Ann. 16).

34) Huschke zu Val. Prob. 6. P. D. E. (Bonorum) Possessio Data Est. (Jurispr. antej. ed. 4 p. 141. Theoph. zu §. ult. J. bon. p. 3, 9. Leist, a. a. D. S. 399; „nur diese formulirte Erbittung meinen Diocletian u. Max. l. 1 l. 2 C. comm. de succ. 6, 59 mit den Ausdrücken „si solemniter petierint b. pm.“ etc. u. „solemniter b. poss. admissa“. (derselbe S. 89 Ann. 82).“

35) Als eine solche dürfte das agnoscere b. pm. zum Unterschiede vom petere, postulare (z. B. l. 3 §. 4 D. b. p. 37, 1 — si nemo pe-

wöhnlich auch diejenigen unterziehen, die der b. p. um zu erbten nicht bedurften, denen sie noch immer nichts anderes als das interdictum q. b. und den Vortheil des Besitzes eintrug³⁶); für ganze große Gruppen gab es kein anderes Erbrecht als durch sie³⁷); in der Mehrzahl von Fällen mag darnach der Erbgang in Gestalt der b. p. stattgefunden haben³⁸).

§. 361.

Fortsetzung.

An diesem in unseren Quellen vorfindlichen edictalen Stande der b. p. scheint auch in dem Edikte (edictum perpetuum) nichts geändert worden zu sein. An Stelle der Präturen legen aber, noch in klassischer Zeit, die Kaiser Hand an. Ein Reskript von Antoninus schränkte die contra t. b. p. der präterirten Töchter auf den ihnen jure civili gewährten Theil ein¹⁾; umgekehrt vermehrte ein Reskript desselben Kaisers die Fälle, in denen der Prätor die b. p. über das Civilrecht gesetzt hatte²⁾: durch ihn wurde die auf ein unciviles Testament gestützte b. p. auch entgegen dem civilen Erbrechte fast durchweg zur b. p. cum re³⁾. Andere Verän-

tat vel agnoverit b. p. — l. 16. eod.) zu denken und wie die formlose hereditatis aditio neben dem cernere längst in klassischer Zeit aufgekommen sein. Ein neutraler Ausdruck ist „admittere b. p.“ z. B. l. 1 l. 5 eod.

36) Gaj. 3, 34 — quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is qui ita b. p. petit) interdicto cuius principium est „qnorum bonorum“ uti possit —

37) Uebersicht bei Gajus 2, 18—24.

38) Leist, a. a. O. Abth. II Nr. 55 S. 337. 1.

1) Gaj. 2, 126 cf. 124.

2) indem er sie (im Konflikte mit hereditatis) cum re sein ließ, d. i. dem b. possessor gegen hereditatis petitio eine exceptio doli, gegen den besitzenden heres (wenn i. q. b. nicht mehr anging) die possessoria hereditatis petitio mit Replik gegen dessen exceptio) gab. Val. §. 358 §. 9. §. 359 §. 6 und §. 14; §. 360 §. 18 Abi. 1 und §. 19.

3) So die b. p. aus einem sine tut. auctoritate errichteten Mancipationstestament einer Frau im Konflikte mit dem legitimem Intestaterbrechte der Agnaten (Gaj. 2, 118—120), jedoch nicht auch im Konflikte mit dem legitimen Intestaterbrecht des Vaters u. des Patrons (§. 122 eod.); ferner jede b. p. welche auf ein ohne Mancipation errichtetes aber 7 signis testium signiertes Testament gegründet war (§. 119 eod. — nam idem juris

derungen erfährt die b. p. mittelbar, durch das Civilrecht, und zwar durch Senatuskonsalte und kaiserliche Konstitutionen, welche „novae legitimae hereditates“ im Gegensäze zu denen der XII Tafeln konstituirten, also etwelchen Personen, die bisher nur zur b. p. ab intestato unde cognati gerufen waren, legitimam hereditatem, damit denn aber auch Anspruch auf b. p. unde legitimi, und zwar in derselben Ordnung gaben, in welche sie jure civili theils vor, theils neben, theils nach den bisherigen legitimis und liberis gerufen waren. Dergestalt gelangen die Mutter gegenüber ihrem Kinde⁴⁾, Kinder gegenüber der Mutter⁵⁾, cognatische Enkel, Urenkel u. s. f. gegenüber den Großeltern, Urgroßeltern⁶⁾, emancipirte Geschwister neben den

est — §. 120 — rescripto enim significatur etc.). Ohne Zweifel sollte die b. p. aus einem solchen minder förmlichen Testament auch gegen ein älteres rechtsförmliches siegen.

4) durch das Sc. Tertullianum die Mutter noch nicht als solche, sondern nur als ter quatuorve enixa — im Nachgange nicht nur hinter den liberis (qui sui sunt suorumve loco) und dem Vater (wenn es sich blos um ihn oder sie handelte), sondern auch nach den consanguinischen Geschwistern des Verstorbenen, wenn nicht etwa blos Schwestern da waren, mit denen sie „pariter“ konkurriert: §. 3 J. Sc. Tert. 3, 3 (dimidiam partem: l. 7 pr. C. ad Sc. Tert. 6, 56) und nicht ohne Abgabe an die ausgeschlossenen entfernteren Agnaten: §. 5 eod. l. 7 pr. cit. in f. Später, nachdem auch Kinder gegenüber der Mutter legitimes Erbrecht erhalten hatten (Ann. 5), wurden der Mutter der verstorbenen Tochter auch deren Kinder vorgezogen §. 3 ibid. Erst Justinian strich das Erforderniß der 3 oder 4 Geburten (§. 4 eod. l. 2 C. jur. lib. 8, 59), zog die Mutter mit Ausnahme der Geschwister allen anderen legitimis vor, stellte ihr aber alle, sowohl die cognatischen wie die agnatischen Geschwister gleich, ließ sie mit bloßen Schwestern zur Hälfte, mit Brüdern u. Schwestern zu Kopftheilen konkurriren, hob die Abgabe an die entfernteren Agnaten auf (§. 5 eod. l. 7 pr. in f. C. ad Sc. Tert. 6, 56), reduzierte das Antrecht des Vaters auf einen Ususfructus an $\frac{2}{3}$ des Nachlasses, wenn das Kind sui juris gestorben war, beließ ihm den ganzen, wenn er einen solchen (da das Kind in seiner Gewalt verstarb) schon zuvor hatte, und gab in dem ersten dieser 2 Fälle auch der Mutter blos Anteil an dem Ususfructus des Vaters (l. 7 §. 1 eod.).

5) SCo Orphitiano: pr. J. h. t. 3, 4.

6) principalibus constitutionibus: §. 15 §. 16 J. hered. quae ab int. 3, 1 §. 1 J. SC. Orph. 3, 4 l. 9 C. de suis et legit. lib. et ex filia nepotibus ab int. venientibus 6, 55. Valent. et Theod. — neben agnatischen Kindern des ersten Grades (l. 9 cit.), dann neben agnatischen Descendenten überhaupt (§. 15 cit.) bis auf Justinian mit dem Nachlaß eines Drittels von der Portion ihres vorverstorbenen parens zu Gunsten von jenen — mit dem Nachlaß eines Viertels zu Gunsten der Agnaten, die durch sie ausgeschlossen waren (§. 16 cit.). —

in der Agnation gebliebenen Brüdern und Schwestern⁷⁾ zur hereditas und b. p. unde legitimis.

Aehnlich wie die b. p. ab intestato wird auch die b. p. secundum tabulas von Seite des Civilrechts beeinflußt, indem das testamentum 7 signis testium signatum, welches bisher nur bonorum possessionem verschafft hatte, mit einer gewissen durch kaiserliche Konstitutionen befohlenen Zuthat⁸⁾ nunmehr auch civiles Erbrecht begründete, ohne jene Zuthat nun aber auch keine b. p. mehr gewährte⁹⁾. Hinwider ist anzunehmen, daß nachdem jure civili ein blos mündliches Testament auch ohne Mancipation gültig geworden war¹⁰⁾, ein solches auch zur b. p. ausreichend geworden sei¹¹⁾.

So waren vor dem neuesten d. i. dem Novellen-Rechte von den Kognaten nurmehr die entfernteren Seitenverwandten (u. der überlebende Gatte) ab intestato zu bloßer b. p. berechtigt; ein Testament das um seiner Form willen bloße b. p. gegeben hätte gab es nicht mehr¹²⁾; wohl gegen ein Testament hatten

7) lege Anastasiana — jedoch nicht zu gleichen Theilen mit den von Alters legitimen Geschwistern — wohl dagegen vor allen legitimis entfernterer Grade — §. 1 J. succ. cogn. 3, 5.

8) subscriptio testium: §. 3 J. test. ord. 2, 10 — überdies des Testators: l. 21 C. testam. et quemadmodum ord. 6, 23 Theod. u. Valent. — durch dessen oder der Zeugen Hand endlich auch nomen heredis geschrieben werden soll §. 4 eod.

9) Beides geht daraus hervor, daß die Neuerung als ein Fortschritt in der Vereinigung des ius civile und praetorium (una consonantia juris civ. et praet.) bezeichnet (§. 3 J. cit.), und im Corpus Juris keine Stelle aufgenommen ist, wonach die 7 signa testium als genügend bezeichnet würden. Denn das ist namentlich in l. 2 C. bon. p. sec. t. 6, 11, geschweige in l. 7 D. eod. 37, 11 nicht der Fall. Die entgegengesetzte Ansicht bezeichnet Leist, B. P. II §. 302 zu Anm. 3 u. 4 als ja schwach, daß er sich nicht weiter darauf einzulassen brauche. S. denselben Forts. Glück'sche Comm. Abth. II §. 320.

10) l. 2 C. b. p. s. t. 6, 11 l. 21 C. test. 6, 23.

11) l. 2 C. b. p. sec. t. 6, 11 bezeugt nur, daß ex edicto Praetoris b. p. sec. t. nur auf Grund des gesiegelten schriftlichen T's möglich gewesen.

12) U. E. nur hierauf, daß aus keinerlei Testament b. p. agnoscirt werden müsse, bezieht sich Nov. Valent. tit. XX c 1 §. 5 — nec b. possessionis petenda sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus — und nur darauf, daß namentlich auch aus dem testamentum principi oblatum nicht etwa bloße b. possessio deferit werde, l. 19 C. test. 6, 23 Honor. et Theod. 499: — et jus omne ipsa completere aditio videatur. Vgl. unten §. 362 Anm. 4.

die den sui heredes gleichgestellten kognatishchen Kinder immer noch nur b. p. Im Ganzen und Großen war der Prätor der späteren Civilrechtsentwicklung (*jus novum*) vorangegangen; dieselben Personen, die er nach, neben und vor den Civilerben zur b. p. berufen hatte, waren nun durch den Senat und die Kaiser großentheils zu Civilerben geworden; daß auch ein minder förmliches Testament zur Erbsfolge gut sei, hatte er angebahnt; nur in der Notherbsfolge scheint, als es endlich auch hier zur Einigung kommen sollte (Nov. 115), auf einem anderen als dem von ihm angebahnten Wege, nämlich auf dem des Officium anstatt des Ius (*praetorium*) vorgegangen zu sein. – Indessen auch wo man in den vom Prätor gewiesenen Bahnen ging, geschah es nicht unselbstständig. Wie gessehen wurde nicht einfach eine civile Kognatenfolge hinter den Agnaten, oder ohne weiteres auf Grund des testamentum 7 signis testium signatum eine testamentaria hereditas gebildet; vielmehr sahen wir mit der civilintestaterblichen Reception von Kognaten in Einem den Grund zu neuer oder erweiterter Klassenbildung gelegt, aus der Klasse unde liberi eine Descendentenklasse, hinter dieser vor, neben und aus den legitimi eine Klasse der Ascendenten und nächsten Seitenverwandten (Geschwister) sich entwickeln, mit Einigung des civilen und prätorischen Erbsfolgegrundes zugleich ein reformirtes Testament erstehen.

§. 362.

Schluß.

Das schließlich durch die Novellen 115 u. 118 für die b. p. gebotene Resultat war deren völlige Uebereinstimmung mit der hereditas sowohl was die Gründe woraus, als was die Personen oder Klassen anlangt, an welche die Delation stattfindet. Gäbe es nach der Novelle 115 noch eine b. p. contra tabulas, so müßten die Personen, welche im Präteritionsfalle bis dahin nur zur b. p. c. t. berufen waren, nunmehr auch zur civilen Notherbsfolge berufen sein; es wird später auszuführen sein, daß Nov. 115 eine und dieselbe Folge der Präterition für alle von ihr bedachten Klassen von Personen statuiert. Bereits nach dem Rechte des Kodex und der Institu-

tionen gibt es kein Testament mehr, aus welchem nicht ebenso-wohl hereditas wie bonorum possessio defixirt würde; nach der Novelle 118 gibt es abgesehen von dem vergessenen Gatten — keine Klasse von Personen mehr, die nicht ebenso-wohl zur hereditas wie zur b. p. ab intestato berufen wäre. Selbst in den Fällen testamentarischer Berufung, wo wegen Gebrechen des Testamenteß oder der Einsetzung nach früherem Rechte nur b. p. secundum tabulas dentbar war und allenfalls platzgriff, werden wir ebenso-wohl civile als magistratische Erbsfolge zugeben müssen¹⁾. Die ganze Schaar der zur b. p. edictalis Berufenen ist — ab intestato in neuen Formationen²⁾ — zur civilen Erbsfolge befördert worden.

De lege ferenda also war b. p. — wenn sie überhaupt aufrecht erhalten werden wollte — nunmehr auf ihren ursprünglichen Stand — Unterstützung und Supplirung des Erbrechts — zurückzuführen. Gleichwie es keinen Magistrat mehr gab, der noch eine von der civilen verschiedene honorarische Erbsfolge einführen konnte, so gab es auch keine Personen mehr, denen man im Gegensatz zur civilen Erbsfolge den Nachlaß anbieten möchte; alle die überhaupt erb berechtigt sein sollten, hatten das-selbe civile, jetzt kaiserliche Erbrecht bekommen: für eine b. p. juris civilis corrigendi causa gab es keinen Raum mehr.

1) Einen dieser Fälle, Einsetzung eines posthumus alienus, hat Justinian noch ausdrücklich in das Civilrecht herübergenommen: quasi et jure civili non incogitum — pr. J. bon. p 3, 9 u. die lex restituta I C. de incertis personis 6, 48 — ed. Krüger; in Betreff der anderen s. Leist, B. P. II 301, 307: namentlich den Fall der Ruptio durch einen posthumus der vivo testatore natus decessit (l. 12 pr. D. injusto 28, 3 cf. Gaj. 2, 147 § 6 J. q. m. t. inf. 2, 17) — den der Vereitung eines Testamenteß durch Arrogation des Testators, der aber vor seinem Tode wieder sui juris wird und bei dem alten Testamente verbleiben zu wollen erklärt (l. 11 §. 2 D. b. p. sec. t. 37, 11) — einer b. p. sec. tabulas zu Gunsten eines bedingt Eingezeichneten (aus zweierlei Gründen: der Eingezeichnete würde deficiente conditione Intestaterbe sein; l. 5 l. 6 eod., — oder eine Caution erzeugt den Eintritt der Bedingung: l. 10 l. 12 in f. eod. l. 8 pr. D. stip. praet. 46, 5).

2) Descendenten anstatt liberi — Herausbildung der Ascendenten und Geschwistergruppe aus den legitimi u. cognati — Vorrücke auch von cognatischen Enkeln u. Urenkeln an Stelle vorverstorbener Eltern — Seitenverwandte anstatt der übrigen legitimi u. agnati unter Aufhebung des Unterschiedes von Agnaten u. Kognaten —

Zweck der b. p. war jetzt denkbarerweise nurmehr der ursprüngliche: Besitzverschaffung durch das Interdit; und der abgeleitete: einstweilige Erbsfolge, wenn der Nächstberufene von seinem Erbrecht keinen Gebrauch mache. Diese einstweilige oder provisorische Erbsfolge mußte, da es keine korrektoriische b. p. mehr geben konnte, (gegen nachträgliche hereditatis petitio) durchweg sine re sein. Und wie in der ältesten Zeit die Zwölftafelordnung maßgebend auch für b. possessionis datio war (§. 359), so mußte es jetzt die Novellenordnung sein. Daß wenn fürder noch b. p. contra t. bestund, eine solche nicht ebensowohl den cognatiischen Descendenten u. Ascendenten als den liberis von ehedem gegeben sein wollte, läßt sich bei dem Ausgleichungs- und Gleichmachungsbestreben der Novellen nicht denken; unmöglich ließ sich diesem gegenüber eine b. p. unde liberi, legitimi, cognati in dem alten Sinn und innerhalb der alten Grenzen aufrecht halten; eine b. p. der Descendenten, Ascendenten u. Geschwister, der übrigen Seitenverwandten, mußte an deren Stelle treten³⁾; Agnition und Agnitionsfristen konnten in der alten Wesenheit fortbestehen⁴⁾.

3). Wenn Zachariä v. Lingenthal (Gesch. d. griech. r. R., 2. Aufl. S. 162 Anm. 1) fragt, ob die durch Nov. 118 zur Succession Berufenen nun etwa alle die B. P. unde legitimi agnosciren können, so geht auch er davon aus, daß die alten prätorischen Klassen nun nicht mehr bestehen könnten, und bemerkt hiezu, daß die Ansicht der Justinianischen Juristen hierüber nicht ganz in's Klare zu setzen sei. Leist (Abth. II S. 345) spricht entschieden von einer „Absorption der Klassen unde liberi, unde legitimi und unde cognati durch die Nov. 118.“

4) Daß in der Agnitionsform bereits im antejustinianischen Recht ein Nachlaß eingetreten, erhellt klar aus §. ult. J. b. p. 3, 9 u. l. 9 C. qui adm. ad b. p. 6, 9 Constant. Daß aber auch die Mitwirkung der Obrigkeit überflüssig und hereditatis aditio und pro herede gestio in Einem für b. p. agnitio gut geworden sei (Leist, a. a. D. S. 323 fgg. Schirmer, Syst. d. r. Erbr. S. 102 Anm. 50) dürfte nicht einzuräumen sein. Das Argument, welches Leist aus l. 19 l. 23 C. jur. delib. 6, 30 u. Nov. 1 c. 1 §. 4 jdöpft, scheint uns nicht bündig, indem die Nichterwähnung der b. p. agnitio in anderen Gründen beruhen kann als in deren Erfäß durch her. aditio u. pro h. g. — z. B. darin, daß der Jurist u. Kaiser hereditatem delatam vor Augen hatte. Ähnliches läßt sich gegen die von Schirmer cit. l. 14 C. jure delib. 6, 30 Gaj. III, 36 u. c. 2 §. 4 C. Th. i. i. r. 2, 14 bemerken. In Betreff der l. 19 C. test. 6, 23 u. Nov. Val. III tit. 20 c. 1 §. 5 f. oben §. 361 Anm. 12. Gegen die von Leist B. P. II §. 155 aus den Basilikenscholien gezogenen Schlüsse s. Bach. v. L. a. a. D. S. 164 Anm. 57. — B. p. war fort und

So de lege ferenda und wenn b. p. — als eine nun nicht mehr prätorische, aber immerhin magistratische oder imperiale entgegen der reinrechtlichen Erbsfolge — aufrecht erhalten, b. p. nicht etwa ganz aufgegeben und durch bloße Possessorien ersetzt werden sollte. So wenig nun aber Aufrechthaltung und Neuordnung der b. p. in der angegebenen Weise „der inneren Begründung entbehrt“ haben würde, was folgerichtig Zachariä v. L. nach dem, was er a. a. D. S. 164 bemerkt, behaupten muß, so gewiß ist, daß eine solche Neuordnung im Novellenrechte nicht vorkommt, daß vielmehr diese Reform gleich manchen anderen, die durch das *jus novum* postulirt waren, nicht mehr zu Stande gekommen ist. Anderseits fehlt es auch an genügendem Anhalte dafür, daß das Institut überhaupt aufgegeben und durch bloße Possessorien ersetzt werden wollte. Allerdings war der Weg hiezu gebahnt, indem auf Grund *Testamentes* anstatt b. p. secundum *tabulas* und *interdictum* q. b. eine *missio in possessionem*, allenfalls mit kontradiktoriischem Verfahren möglich geworden war⁵⁾; allein dieses Rechtsmittels ungeachtet ist in den später publizirten Institutionen von der b. p. secundum t. nach wie vor die Rede⁶⁾; und wenngleich „Justinian in neueren Gesetzen und besonders in den Novellen welche das Erbrecht betreffen, auf den Unterschied zwischen *hereditas* und b. p. eine weitere Rücksicht nicht genommen hat“⁷⁾, so ist doch wenigstens der Unterschied, der

somit ein magistratisches *beneficium* geblieben, dessen Erwerbung sich ohne den Magistrat so wenig als i. i. *restitutio*, *praetoria stipulatio* denken läßt. I. 9 C. cit. erweitert die Instanzen, vor welchen b. p. agnoscunt werden kann (apud quemlibet judicem vel etiam apud *Duumviro*s) und erklärt im Gegensätze zu den verborum inanium *captiones* jedwede Art, durch welche amplectendae *hereditatis judicium* dargelegt werden kann (*ostendatur*), für genügend; wohl nur an diese Konstitution und an diesen modus amplectendae *hereditatis* knüpft §. ult. J. cit. an, wenn es heißt, daß *quocunque modo* admittentis b. p. *judicium ostenderit*, b. p. erworben sei: an einen Nachlaß obrigt. Mitwirkung dürfte nicht gefordert sein.

5) Rubr. Cod. de edicto D. Adriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur 6, 33. insb. l. 3 eod. Justinian. 531.

6) §. 3 J. b. p. 3, 9.

7) Zachariä v. L. a. a. D. S. 162.

zwischen hereditas u. b. p. in Ansehung des Erwerbs u. der Erwerbsfristen besteht, „für ausgeglichen zu halten, den Justinianischen Juristen nie in den Sinn gekommen, und er besteht der Theorie nach entschieden noch im neuesten Justinianischen Rechte“⁸⁾. Man kann nur sagen: so wenig als die Reform ist die Abrogation durchgeführt.

Im nachjustinianischen Rechte hat die Unentchiedenheit des justinianischen nicht sowohl zur Abrogation als zu einem Nonnus der b. p. geführt; den Nachweis für das byzantinische Recht s. bei Zachariä v. L. §. 47 §. 48, den für das abendländische, insonderheit das gemeine deutsche Recht bei Leist B. P. Bd. 2 Buch V Cap. 1 und Forts. d. Gl. Comm. zu D. 37 Abth. II §. 1601 bes. Nr. 57. Nach letzterem ist auch die b. p. unde vir et uxor in das Eine und gemeine Erbrecht verwandelt, b. possessionis agnитio u. edictum successorium antiquirt, und das interdictum. q. b. in ein auf Wahrscheinlichkeit des Erbrechts statt b. p. gegründetes Possessorium verwandelt.

1. Die Erbschaft als Nachlaß.

§. 363.

Es gibt Rechte, welche, mehr oder weniger zum Vermögen gehörig, dennoch von der Person ihres Inhabers, oder dessen, auf dem sie lasten, auf keinen Anderen übergehen und also nicht zum Nachlaß gehören können. So die Personal servituten¹⁾, Personalprivilegien²⁾, nach reinem römischem Rechte die Straffschulden³⁾, nach heutigem wie römischem Rechte Strafforderungen und Straffschulden, wenn sie auf Beleidigung zu-

8) Zachariä v. L. a. a. D. S. 164 u. der Nachweis aus den Scholien Ann. 57.

1) Bd. 1 §. 191 Ann. 2.

2) Bd. 1 §. 72 Nr. 3 Ann. 3a—5.

3) — in poenam heres non succedit — noxa caput sequitur — Bd. 1 §. 85 Ann. 6. Die Modifikation des kanonischen Rechtes und die der Praxis s. Bd. 1 §. 85. Ann. 9. Keine Modifikation liegt darin, daß der Erbe den ihm aus dem Delikte zugegangenen Gewinn herauszugeben hat: Bd. 1 §. 85 Ann. 7 u. 8.

rückführen ⁴⁾), Obligationen aus Mandat, Societät, zum Theil aus locatio conductio operarum und operis, wenn sie beim Tode des Obligirten noch bloße Haftungen sind ⁵⁾). Wird die Erbsfolge nichtsdestoweniger als eine Nachfolge „in alles und jedes Recht“ das der Verstorbene gehabt, bezeichnet ⁶⁾, so ist das nicht mehr nicht weniger a potiore gesprochen, als wenn das Vermögen patrimonium heißt, da doch manches im Vermögen ist oder sein kann, was man unmöglich vom Vater her hat.

Was nun immer in den Nachlaß kommt, unterliegt einer gewissen Zusammengehörigkeit und Untrennbarkeit ⁷⁾, bildet mit hin Ein Ganzes ⁸⁾; allein diese Eigenschaft kommt dem Nachlaß nicht als solchem, sondern nur insoferne zu, als er den Gegenstand einer Universalsuccession zu bilden den Zweck hat, und darnach auch den Gegenstand eines Universalflagrechtes bildet ⁹⁾.

Einer besonderen Zusammengehörigkeit unterliegt der Nachlaß da wo die Erbsfolge nicht sofort mit dem Tode des Erblassers stattfindet, die Erbschaft also bis auf weiteres gewissermaßen brach liegt — hereditas jacens ¹⁰⁾.

4) s. g. actiones vindictam spirantes — Bd. 1 §. 85 S. 279 unten, dazu I. 13 pr. D. injur. 47, 10 l. 24 D. in jus. voc. 2, 4 l. 4 D. calumn. 3, 6 cf. l. 9 in f. D. relig. 11, 7.

5) Bd. 2 §. 215 Nr. 3 §. 217 S. 38 Nr. 3, §. 289 S. 437 Altn. 2; §. 334 S. 780, 2 §. 335 S. 791 Anm. 51a. §. 332 Anm. 11, 12 §. 333 S. 770 zu Anm. 40.

6) Heres in omne jus mortui . . . succedit — l. 37 D. acq. her. 29, 2 u. dazu meine Band. 1. Aufl. S. 656.

7) der commoda und incommoda (Activa u. Passiva) l. 1 l. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1; vgl. die hereditas sine sacris bei Festus sub h. v. ed. O. Müller p. 290 v. 33. Plaut. Capt. IV sc. 1 v. 8; — aller intellektuellen Theile: arg. l. 13 §. 1 §. 2 D. her. inst. 28, 5 l. 3 §. ult. — l. 5 D. b. poss. 37, 1 l. 9 D. suis et legit. 38, 16.

8) l. 3 pr. cit. — universitatis cujusque successionem —

9) Als Gegenstand der Eröffnung fungirt er nur in seinen einzelnen, überdies körperlichen Bestandtheilen. Dies gilt von der alten pro h. usucatio nicht minder, als von der neuen, wiewohl der Usucapient durch jene velut heres wurde (Gaj. 2, 54).

10) — jacent bona, fisco spernente — l. 4 §. 17 D. fideic. lib. 40, 5 — hereditas jacebat, postea adiit. — l. 13 §. 5 D. quod vi aut clam 43, 24. — ne bona . . . vacua sine domino diutius jacebent — l. 1 pr. D. succ. ed. 38, 9.

§. 364.

Hereditas jacens.

Die in der hereditas jacens begriffenen Sachen gehören Niemand¹⁾; die in derselben begriffenen Forderungen haben keinen Gläubiger, die darin begriffenen Schulden keinen Schuldner²⁾. Als hereditas jacens ist der Nachlaß also herrenloses Gut, und wäre er insoweit nicht sowohl usucapirbar als occupirbar. Allein in eben diesem Zustande fehlt ihm nur die Person, welcher, nicht ein Zweck, für welchen er gehört; hereditas jacens ist darum wohl herrenlos (nullius), aber nicht rechtlos³⁾.

Unter den Zweckvermögen, vielmehr unter den Personifikationen, welche dem Zwecke von derlei herrenlosem Vermögen zu widerfahren pflegte, ist uns die hereditas jacens schon früher begegnet — und zwar als ein Vermögen, welches für einen nicht Verwendung, sondern Aufbewahrung erheischenden Zweck gehört⁴⁾. Ein solcher Zweck ist die Erbsfolge (hereditas in diesem Sinn); sie soll durch Aufrechthaltung des Nachlasses ermöglicht, für sie soll der Nachlaß aufrecht — durch sie soll er zusammengehalten werden erhalten werden. Die

1) l. 1 pr. D. div. rer. 1, 8 „res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt“ l. 1 pr. D. succ. ed. 38, 9 — ne sine domino dintius jacerent — l. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. 43, 24 — quod eo tempore nemo dominus fuerit — l. 3 pr. D. pec. 15, 1 — si in nullius sit potestate .. utputa si cum servo hereditario contractum est — l. 13 §. 2 D. ad l. Aq. 9, 2 — cum dominus nullus sit hujus servi — l. 64 D. her. inst. 28, 5 — quamvis is .. nullius sit — l. 6 D. expil. her. 50, 19 — rei hereditariae furtum non sit, sicuti nec ejus quae sine domina est —

2) — l. 11 pr. D. pec. const. 13, 5 — etiamsi nullus appetet qui interim debeat, utputa .. ante aditam hereditatem debitoris —

3) Eine Vermengung von Herrenlosigkeit und Rechtlosigkeit s. u. a. bei Jhering, Abh. aus dem r. R. Nr. 3, bes. S. 185 und neuestens bei Martensen, die her. j. in ihrem Zusammenhange mit der usuc. p. h. S. 3: „ist herrenlos ... (und muß) usukapirt werden“ nur um des quirittischen Rechtes willen S. 6. „Die Erbhaft ist bis zu ihrem Erwerbe ... rechtlos“ S. denselben auch S. 12 §. 4 a. E. Daß mit der Herrenlosigkeit in der Urzeit wirklich auch Rechtlosigkeit verbunden gewesen sei, sucht Bering, röm. Erbr. S. 20 fg. darzuthun.

4) Das Zweckvermögen ist hier ein custodiendum, kein impendendum wie sonst — Bd. 1 S. 204 u. vgl. dazu einstweilen m. Pand. 1. Aufl. S. 1000 fg.

hereditas im Sinne der Erbsfolge (Succession), nicht hereditas im Sinne des Nachlasses⁵⁾ wird personifizirt; die künftige Erbsfolge, nicht der Nachlaß hat den Nachlaß^{5a)}. Beim älteren Mancipationstestament gab es keine hereditas jacens, aber einen Treuhänder, in dessen Hüt und Hand der Nachlaß gegeben wurde, und durch den er an die schließlichen Successoren zu gelangen hatte⁶⁾; jetzt gibt es keine Zwischenperson mehr, die den Nachlaß vor seinem Erwerbe fiduziarisch zu eigen hätte, wohl aber immer noch den Zweck, zu dem die Zwischenperson einst nothwendig schien, und der jetzt ohne sie, bei jedweder freiwilligen Erbsfolge, den Uebergang des Nachlasses vom Todten auf den Lebendigen vermittelt, indem er ihn aufrecht und zusammenhält. Einen Gehörpunkt muß der Nachlaß haben, wenn er nicht auseinander fallen und freies Gut werden soll. Allerdings succedit der Erbe, wann immer er antritt, vom Tode des Erblassers an, so daß ex post der Nachlaß nicht nullius war⁷⁾; allein die Thatſache dieser nachträglichen Zugehörigkeit schließt die Möglichkeit einer anderen vorausgehenden nicht aus⁸⁾.

5) wie diejenigen annehmen, welche Vermögenskomplexe, namentlich die hereditas (Nachlaß) als juristische oder singirte Person hinstellen, z. B. Puchta P. u. Vorl. §. 27. Arndts (?) P. §. 465. Savigny, Synt. II S. 365 zu d.

5a) vgl. I. 36 D. stip. serv. 45, 3 — hereditarius servus hereditario jure retinetur, nec potest (de)relictus videri, qui universo hereditatis jure continetur.

6) Gaj. 2, 60.

7) I. 193 l. 138 pr. D. r. j. 50, 17 l. 54 D. a. v. o. h. 29, 2 l. 28 §. 4 D. stip. serv. 45, 3 — dies der Grund, aus dem Savigny, Synt. Bd. 2 §. 102 der hereditas jacens die s. g. juristische Persönlichkeit abspricht.

8) so z. B. war nach sab. Ansicht (Gaj. 2, 195) der Legatar in der Zwischenzeit Eigentümer, wenngleich er es infolge der nachträglichen Ausschlagung niemals gewesen war. Umgekehrt schließt die Thatſache einer gegenwärtigen (z. B. resolutiv bedingten) Zugehörigkeit die einer nachfolgenden entgegengesetzten nicht aus (vgl. Thering a. a. O. S. 161 fg.). Allerdings begrifflich war es nicht nothwendig, dem Nachlaß vor der Erbschaftsantritt einen entschiedenen Gehörpunkt zu geben; etwa wie die Familie und das Vermögen des Kriegsgefangenen konnte man seinen Zustand in inchoato lassen (I. 12 §. 1 l. 16 l. 22 §. 2 D. capt. 49, 15) — etwa im Ungewissen ob er des Erben, oder der Gläubiger, oder res libera gewesen sein werde (vgl. Thering S. 170 fg.); allein für praktisch scheint man diese

Dadurch nun daß sie einen Zweck hat für den sie gehört, ist hereditas jacens obwohl herrenlos nicht rechtlos. Schon das allein, daß sie nicht rechtlos⁹⁾ ist, macht es möglich, daß an ihr Delikte begangen werden können, Delikte nämlich, welche keine persönliche Vermögenszugehörigkeit voraussehen; also das eigens darum aufgestellte crimen expilatae hereditatis¹⁰⁾, das Vergehen quod vi aut clam¹¹⁾, das des damnum injuria datum¹²⁾,

Behandlungsweise nicht befunden zu haben. Der Umstand, daß wir die Personifikation der hereditas erst im zweiten Jahrhunderte vorfinden (Thering a. a. D. S. 167, S. 169 oben, S. 189 unten), beweist nicht, daß sie erst jetzt plötzlich; möglich daß Labeo (I. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. 43, 24 Thering S. 194) und seine Zeitgenossen die hereditas noch nicht Person nannten; allein daß sie dieselben tatsächlich personifizierten, „der“ Erbhaft Gewalt anthun, nützen und schaden ließen, wird durch I. 13 §. 5 cit. vielmehr wahrscheinlich als ausgeschlossen. Ähnliches gilt von I. 9 D. foen. naut. 22, 2 u. I. 10 D. ut legat. 36, 3. In I. 64 D. her. inst. 28, 5 (wo der servus h. „nullius“ ist) würde die domina hereditas, der nicht deferirt werden konnte, nicht gehönen haben (Anm. 27–31); jedenfalls räumt Thering selbst ein, daß „schon die ältere Jurisprudenz alle während der h. j. zur Sprache kommenden Rechtsverh. ebenso behandelt habe, als ob sie schon im Besitz der Fiktio gewesen wäre“ S. 199. — Dafür daß der Nachlaß jemals bis zum Erbhaftsantritt als entschiedene res libera behandelt worden sei (Thering, a. a. D. S. 162 fgg. — eine Ansicht die mit der Vermengung von Herrenlosigkeit — res nullius — und Rechtlosigkeit zusammenhängt —), haben wir keinen Anhalt; der Umstand daß von altersher usucapit werden mußte, ist entgegen.

9) vielmehr res juris; obwohl res nullius doch nicht res libera, sondern in die divisio rerum D. 1, 8 I. 1 gehörig.

10) I. 2 pr. §. 1 I. 6 D. exp. her. 47, 19

11) I. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. 43, 24 — nam et sepulcri nemo dominus fuit et tamen si quid in eo fiat experiri possum quod vi aut clam. Nur zum Ueberfluß (accedit) nimmt Ulpian hinzu quod hereditas dominae locum obtinet. — Eine wirkliche Prohibition (seitens der Vertreter der hereditas jacens) oder das Bewußtsein gegen den Willen der Interessenten zu handeln ist aber vorausgesetzt in I. 43 in fin. D. ad leg. Aq. 9, 2

12) insoferne lex Aquilia einen dominus nur für Entrichtung der Buße (domino dare damnas esto), nicht auch für das damnum selbst fordert, also erst legis Aquiliae actio, nicht das Delikt einen persönlichen Damnisifikaten fordert (I. 43 D. ad leg. Aq. 9, 2 Pomp.). Nach dieser Begründung ist hereditate jacente nur das Delikt, die Klage erst nach Antretung der Erbhaft, in der Person des nummehrigen Erben (dominus, herus) möglich. Zwar ist auch dieser, wenn die Sache zerstört worden, nicht präsenter Eigentümer; allein das war, wenn die Zerstörung bei seinen Lebzeiten erfolgte, auch der Erblasser nicht mehr. — Weshalb Ulpian auch hier (I. 13 §. 2 eod. vgl. Anm. 11) die domina hereditas hereinzieht, während die actio doch auch nach ihm erst nach Antretung der Erbhaft zusteht, ist fraglich; einem Glossem sieht das Ding (dominus ergo hereditas habebitur) nicht unähnlich.

der arbores furtim caesae¹³⁾), der Injurie (durch Beleidigung der Leiche des Erblassers oder der Erbschaftsslaven¹⁴⁾), die antiquirte actio si is qui testamento liber esse jussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse dicatur¹⁵⁾). Muß nach der Art des Delikts eine Person verletzt sein, dann ist es an der hereditas jacens auch mittelst Personifikation nicht möglich¹⁶⁾; so wenig im einzelnen, wie im Ganzen macht die Personifikation etwas möglich, was nicht an sich möglich ist (Bd. 1 S. 198).

Wohl dagegen kann die Personifikation den formalen Befehls bilden, durch welchen Vermögensrechte und Vermögensgeschäfte, welche das Personenvermögen bilden und begründen und demzufolge persönlich gedacht und gefaßt sind (wie Eigenthum und jura in re, Forderungen und Schulden, Stipulation und Acceptilation u. s. f.), in ihrem wesentlichen Belange¹⁷⁾

13) eadem (daß dem Erben die Klage zustehet) dicemus et de arborebus eodem tempore (i. e. hereditate jacente) furtim caesis — l. 43 cit.

14) meßfalls actio hereditati et sic heredi per hereditatem acquiritur — l. 1 §. 6 D. inj. 47, 10 — was nicht so zu verstehen ist, als ob auch schon hereditate jacente geflagt werden könne, und dem Erben nur dann die actio erworben werde, wenn nicht schon hereditate jacente geflagt ist.

15) l. 1 §. 1 §. 10 §. 13 §. 16 §. 17 §. 18 D. h. t. 47, 4

16) So das furtum: l. 2 pr. §. 1 l. 6 D. expil. her. 47, 19 — es befände sich denn eine res hereditaria zu Pfand oder Iusfructus bei einem Dritten, weshalb gegen diesen (s. dagegen Marfusen S. 11) rei hereditariae furtum möglich ist: l. 68 — l. 70 D. furt. 47, 2. Die Unmöglichkeit des furtum gegen unpersönliche Wesen wird auf deren Unfähigkeit zum Besitze zurückgeführt von Scævola in l. 1 §. 15 D. Si is qui test. lib. 47, 4. Ulpian l. 1 §. 1 eod. führt das furtum mittelst Personifikation zwar sprachlich bei der hereditas jacens ein (quia hereditati furtum fecit, h. e. dominæ), läßt es aber juristisch nichts gelten, hier allerdings nur wegen des zufälligen Umstandes, daß der Dieb selbst in die hereditas jacens, also der bestohlenen domina gehört, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo. Indessen zeigt l. 2 §. 1 D. exp. her. 47, 19, daß Ulpian ein furtum an der hereditas jacens u. auch an der angetretenen Erbschaft insolange der Erbe nicht Besitz ergriffen, überhaupt nicht kennt.

17) als Pertinenzen, wie das Eigenthum (Bd. 1 S. 205) — als Hafungen, wie die Obligationen (a. a. D.) — als Befugnisse und Mächtigkeiten, die zwar nur eine Person, diese aber auch alieno nomine, fiduziarisch (wie ein Prodominus oder Provaßall), u. a. auch für einen gewissen Zweck haben kann, wie die jura in re u. die Forderungen (a. a. D.) — als Geschäfte, von denen dasselbe gilt was von jenen Befugnissen u. Mächtigkeiten —

aber auch das Zweckvermögen bilden und begründen, auf dieses ohne Umlaut oder begriffsmäßige Stilisierung in ihrer alt hergebrachten Fassung übertragen und angewandt werden können, also von Eigenthum, Forderungen, Schulden, Geschäften „der“ hereditas, gleichwie von Eigenthum, Forderungen, Schulden, Geschäften des Titius gesprochen und all das auch so gehabt werden kann, wie wenn hereditas eine Person, domina, creditor, debitor wäre¹⁸⁾. — Damit ist nicht gesagt, daß alle die Vermögensbestandtheile und alle die Erwerbsarten, die bei irgend einem Zweckvermögen vorkommen, auch bei der hereditas jacens vorkommen müssen. Mancher Tempel wurde der Erb einsetzung und dem Vermächtniß zugänglich, indeßnen andere Götter und universitates personarum noch lange nicht Erben und Legatare werden konnten, hereditas es immer noch nicht kann. Der usufructus ist für andere Zwecke möglich geworden¹⁹⁾, für den der Erbsfolge nicht²⁰⁾; Besitzerwerb und Errichtung mach-

18) z. B. l. 80 D. leg. II. — dominium quod hereditatis fuit —, l. 21 §. 1 D. neg. gest. 3, 5 Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat —; — die „hereditariae obligationes“ (z. B. l. 50 D. fidej. 46, 1) actiones“ (z. B. l. 20 §. 4 D. her. pet. 5, 3), der „hereditarius debitor“ (z. B. l. 13 §. ult. l. 16 §. 3 eod.) und das hereditarium aes (l. 20 §. 2 eod. Gaj. 3, 84) sind in diesen Stellen zwar in die Zeit nach dem Antritt der Erbschaft gedacht, aber befinden sich ja gefaßt ohne Zweifel schon in der hereditas jacens — arg. l. 1 §. 15 D. si is qui test. lib. 47, 4 — hereditas in eum (heredem) id tantum transfundit, quod est hereditatis; — „negotia hereditaria“ überhaupt: l. 16 §. 3 D. h. p. 5, 3 l. 21 §. 1 D. neg. 3, 5; insonderheit hereditarii contractus: l. 89 D. a. v. o. h. 29, 2, z. B. Kauf und Verkauf: l. 20 pr. §. 1 §. 2 D. h. p. 5, 3. Stipulation und Tradition: l. 33 §. 2 D. a. r. d. 41, l. 16 D. o. e. a. 44, 7. Zahlung und Acceptilation: l. 20 § 2 D. h. p. 5, 3. l. 11 §. 2 D. accept. 46, 4; negotiorum gestio: l. 16 §. 3 D. h. p. 5, 3; quajifontraktliche Bindung der hereditas durch Kontrakte des servus hereditarius: l. 3 pr. D. pec. 15, 1; Bürgschaft(fürh.j.) l. 22 D. fidej. 46, 1; Erbeinsetzung endlich vermittelt des servus hereditarius: l. 31 §. 1 l. 52 l. 64 D. her. inst. 28. 5. l. 61 pr. D. a. r. d.; desgl. Vermächtniß: l. 68 §. 1 D. legat. l. 1. 55 §. 1 D. leg. II. l. 1 §. 2 D. quando dies ususfr. 7, 3 (wo die cetera legata nicht minder als das speziell erwähnte einem servus hereditarius hinterlassen sind. Vgl. Num. 27). Allehaupt hereditas augmentum recipit et diminutionem l. 20 §. 3 D. h. p. 5, 3 l. 178 §. 1 D. v. s. 50, 16.

19) l. 56 D. usufr. 7, 1 l. 21 D. q. m. u. a. 7, 4 l. 66 §. 7 D. leg. II. l. 8 D. usufr. leg. 33, 2 l. 61 §. 1 D. a. r. d. 41, 2.

20) wahrscheinlich weil man hereditas jacens für etwas vorübergehend

ten überall wo es am animus fehlte Schwierigkeit, wornach denn auch hereditas possessionem non habet²¹), wurden aber nichtsdestoweniger möglich nicht blos in der Person von Kindern und Wahnsinnigen, sowie von Gemeinwesen und Stiftungen (Bd. 1 §. 140 zu Ann. 3 u. 4), sondern u. E., vermittelst Dritter, auch für die hereditas; nur von selbst hat diese keinen Besitz, namentlich denjenigen, den der Erblasser hatte, nicht; stellvertretenden Erwerb gab es auch hier²²).

Indessen: mag der Zweck immerhin personifizirt und damit als Eigenthümer, Gläubiger, Schuldner, dominus negotii u. s. f. hingestellt werden, so kann er doch nun und nimmermehr selbst-handelnd auftreten, kaufen und verkaufen, kontrahiren, veräußern und erwerben, müssen für ihn überall, wo es sich um einen auf seinerseitigen Handlung beruhenden Erwerb oder um Veräußerung handelt, natürliche Personen, und nach römischem Rechte, insoweit dieses freie Stellvertretung ausschließt, servi hereditarii handelnd eintreten²³). Daß hereditas personificirt

des, nicht zu sustentirendes hielt. Anders Schirmer, Handb. d. r. Erbr. I S. 15. Uebrigens bleibt dieses Vermächtniß, wenn einem servus h. zugewendet, dem künftigen Erben: l. 1 §. 2 D. quando dies 7, 3 l. 26 D. stip. serv. 45, 3 u. unten Ann. 26, 27; es cedirt erst mit dessen Antritt l. 26 cit.

21) l. 1 §. 15 D. si is qui test. 47, 4

22) Daß der servus hereditarius nur peculii nomine Besitz erwerben könne (Köppen S. 226 Ann. 48 vgl. Schirmer S. 15, 2), dafür spricht allerdings l. 16 D. o. e. a. 44, 7 und l. 29 D. capt. 49, 15. Allein Stellen wie l. 33 §. 2 D. a. r. d. 41, l. 1. 20 pr. D. h. p. 5, 3 und l. 44 §. 3 D. usuc. 41, 3 (sive servus) lassen sich damit schwer, l. 9 §. 6 in Verbindung mit l. 10 D. Publ. 6, 2 gar nicht vereinigen. Und konnte der Curator, den etwa die hereditas befam (Ann. 23 a. E.), für diese weder Besitz noch Eigenthum erwerben? Gedenfalls „scheint die neuere Praxis Besitzerwerb durch einen curator hereditatis zugulassen“ (Schirmer S. 11 Ann. 15 unter Betrachtung der Polizeitheorie u. Caius, Bd. 2, §. 125). Dagegen Schuff Archiv Bd. 3 Nr. 318 Bd. 11 Nr. 102 — hielzelbit jedoch Besitz durch den Testamentsexekutor.

23) Auf dem Gebiete der Stipulation u. Acceptilation finden wir denn auch nur den servus hereditarius für die hereditas handelnd (Ann. 18). Dem Besitz und Eigenthumserwerb für die hereditas jacens standen (vom Pekuliarbesitz abgesehen) dieselben Bedenken entgegen, ob ein servus hereditarius oder ein freier Stellvertreter auftrat (arg. l. 1 §. ult. D. a. v. a. poss. 41, 2. l. 16 D. o. e. a. 44, 7 in fin.); indeßen muß was für Municipiū (l. 2 D. a. v. a. p. 41, 2 — idque eis et per servum et per liberam personam acquiratur) auch für hereditas j. Rechtens, Besitz u. Eigenthumserwerb sowohl per liberam personam als durch den servus h. möglich geworden sein (Ann. 22). Eine freie Person ist der der h. j. in

wird (personae vice fungitur) bewirkt nicht, daß sie handeln kann; aber daß sie pro domina habetur läßt den servus hereditarius (der wie der übrige Nachlaß in Wahrheit Niemandem²⁴⁾, wohl aber für denselben Zweck gehört wie dieser) derselben gerade so angehörend erscheinen, wie ein sonstiger Sklave seinem Herren gehört, und für und gegen dieselbe denn auch in derselben Weise handeln, wie der sonstige Sklave für und gegen seinen Herren handelt²⁵⁾.

Durch den servus hereditarius waren für hereditas jacens auch solche Geschäfte möglich, welche nach römischem Rechte per liberam personam stellvertretungsweise nicht möglich sind (Anm. 23); Geschäfte die man per liberam personam vornehmen konnte, waren auch für hereditas jacens durch freie Personen (Curatoren — Anm. 23 a. E.) möglich. Ohne jegliche Vertretung, weder durch den servus hereditarius noch durch sonst eine Person, sei, möchte man meinen, nicht nur quasikontractliche Obligirung (z. B. neg. gestio Anm. 18) zu Gunsten und zu Lasten der Erbschaft, und der Erwerb gewisser Deliktforderungen (Anm. 10 – 15), sondern auch die Honorirung der hereditas jacens durch Erbeinsetzung und Vermächtnis möglich gewesen; denn zu solcher Honorirung bedarf es seitens der Honorirten keiner Handlung. Der Erwerb des (einem servus hered. hinterlassenen) Vermächtnisses, der wiederum keiner Handlung bedarf, findet für die hereditas jacens in der That auch ohne Zuthat von irgend einer Person statt²⁶⁾; anders die Hono-

1. I. §. ult. in f. D. mun. 50, 4 l. 3 D. eur. fur. 27, 10 l. 8 D. q. e. c. 42, 4 gegebene curator, welcher zur der ihm obliegenden, aber auch allein zustehenden custodia sowohl Veräußerungs- als Erwerbshandlungen braucht (Savigny, Syst. II §. 364 meint, daß dieser Curator in keiner Stelle vorkomme).

24) z. B. l. 55 §. 1 D. leg. II — quia nullus est dominus —

25) So ganz allgemein in l. 61 D. a. r. d. 41, 1 Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur, adeoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium adquiritur — ferner l. 1 §. 1 D. si is qui test. lib. 47, 4 l. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. 43, 24. . . accedit his etc. l. 15 pr. D. interrog. 11, 1 und besonders l. 9 C. dep. 4, 34. Marfugen a. a. D. §. 41 läßt die Erbschaft „nur wachsen oder sich vermindern durch Thatsachen, nicht aber durch Handlungen“, gleichwohl aber sofort „Erwerbungen durch Erbschaftssklaven“ zu.

26) z. B. l. 68 §. 1 D. leg. I. l. 55 §. 1 D. leg. II. Eine Ausnahme bilden die potenzirt persönlichen Vermächtnisse von Personalservituten: l. 1 §. 2 D. quando dies ususfr. 7, 3 vgl. l. 26 D. stip. serv. 45, 3

irung, sowohl durch Vermächtniß²⁷⁾ als Erbeinsetzung, — und der Erwerb der Erbschaft. Als „Erben“ und „Legatare“ vermochte man sich ursprünglich etwas anderes als leibhafte Personen nicht zu denken; nur gewisse Götter, und Städte gegenüber ihren Freigelassenen — Städte also nur, insoferne sie schon als Patronen personifizirt waren — stellte man noch in der alten Zeit den Personen gleich²⁸⁾. In Wahrheit freilich waren auch diese Götter und diese Städte keine Erben und keine Legatare, wohl aber ihr Cultus und ihr Unterhalt Zwecke, für welche der Nachlaß per universitatem oder vermächtnisweise testamentarisch sollte ausgejezt werden können. Zu diesen Zwecken sind nachmals noch Korporationen und piae causae, niemals dagegen die hereditas (Erbfolge) erhoben worden²⁹⁾. Der Zweck der Erbfolge sollte den herrenlos gewordenen Nachlaß bis zu seiner Verwirklichung zusammenhalten; ihn selbst wieder zum Erben einer anderweitigen Erbschaft zu machen, daran konnte man nicht denken, geschweige denn Hand anlegen. Aber kann nicht der servus hereditarius mit Erbeinsetzung wie mit Vermächtnissen bedacht werden, und ist dann nicht durch diesen hereditas, seine domina honorirt? Das Vermächtniß betreffend scheint der Einwurf begründet; denn dieses wird, wenn sein Tag noch hereditate jacente gekommen ist, auch noch der hereditas und nur mittelst dieser dem Erben erworben³⁰⁾. Anders bei der Erbeinsetzung. Aus ihr kann, obwohl der servus hereditarius richtig eingesetzt ist, hereditate jacente nicht erworben werden; weder hereditas, noch irgendwer an ihrer Stelle kann den dem

27) s. die Ann. 18 a. E. citt. II. und I. 1 §. 2 D. quando dies unusfr. 7, 3. Hier stehen „cetera legata“ im Gegensatz nicht zu denen, die mittelst eines servus hereditarius, sondern im Gegensatz zu denen, die auch dem servus hereditarius vermacht sind, aber erst nach Austritt der Erbschaft erworben werden. Immerhin ist aber hereditas nur das Medium, durch welches schließlich der Erbe erwirbt; er muß noch ablehnen können; nach ihm richtet sich die Kapazität (I. 55 §. 1 leg. II Ann. 36 a. E.).

28) Ulp. 22, 5, 6; 24, 18, 28.

29) „— man könnte so weit gehen, zu gestatten, daß der ruhenden Erbschaft unmittelbar wieder ein fremder Testator Erbschaften oder Legate zuwendete; dieses Alles aber ist dem r. Juristen nie in den Sinn gekommen.“ Savigny, a. a. D. S. 365.

30) s. Ann. 26.

eingesetzten Sklaven zur Antretung nöthigen jussus ertheilen. Also ist hereditate jacente noch gar nicht deferirt; es wird wenn die Erbeinsetzung anders von Kraft sein soll, ein Aufschub selbst der Delation bis zur Erbschaftsantrittung nothwendig³¹⁾; die hereditas mag als domina des Sklaven fungiren, Erbin kann sie nicht werden. Indessen ist obiger Einwurf doch wohl auch für den Fall des Vermächtnisses unbegründet; denn darum daß hereditas erwarb, brauchte sic nicht auch honorirt zu sein; die Ehre konnte man dem Sklaven, seinem verstorbenen Herren, oder seinem mutmaßlichen künftigen Gebieter zudenken, mit nichts dagegen dem abstrakten Begriffe der Erbsfolge.

Uebrigens ist die Erbeinsetzung und überhaupt leztwillige Bedenkung von Erbschaftssklaven mutmaßlich älter als ihre juristische Rechtfertigung; gleichwie man solchen Sklaven früher tradirt und promittirt, später nach dem juristischen Grunde hiefür gesucht haben wird³²⁾. Diese Begründung fiel denn auch nicht einstimmig aus³³⁾. Julian leitete die Möglichkeit der Promission und Tradition an den Erbschaftssklaven aus der Person des Erblassers her³⁴⁾; umso mehr wird er dies für Erbeinsetzung und Vermächtniß gethan haben, für welche der Anhalt an eine wirkliche Person von wegen der dazu erforderlichen testamenti factio passiva nothwendig war³⁵⁾. Allgemein

31) I. 61 D. a. r. d. 41, 1 Hermog. — In his sane, in quibus factum personae operaeva substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest; ac propterea, quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire jubentis domini persona desideratur, heres expectandus est. Thering, a. a. O. S. 190 Anm. 4 nimmt allerdings Delation noch hereditate jacente an; allein Delation krafft deren man nicht oder noch nicht antreten kann, ist keine Delation.

32) Vgl. Thering, S. 199 „die Praxis kann man sagen war der Theorie voraus“. Alph. Rivier, traité élémentaire des successions à cause de mort en droit rom. 1878 p. 4.

33) S. die multas varietates in I. 55 §. 1 D. leg. II.

34) I. 33 §. ult. D. a. r. d. 41, 1 — ex persona defuncti vires consumit. — Dieser Julian'schen Vorstellung nicht unähnlich ist die von Hölder (zur Ges. d. Erbr. Erlangen 1881 S. 2), daß nach meinem Tode meine Sachen „als ein Ueberbleibsel meines Daseins dadurch erscheine, daß der Einfluß in ihr fortwirkt, welchen ihre Verbindung mit meiner Person auf ihre Existenz u. Gestalt hatte“.

35) Zu allen anderen Stücken war Pendenz denkbar (Anm. 8); testamenti factio mußte zur Zeit der Einsetzung da sein (s. dag. Thering a. O. S. 174).

wurde die t. factio des Sklaven nach der seines Herren, die des Erbschaftssklaven nach der des verstorbenen, nicht des fünfzigen Herren bemessen³⁶⁾. Daß man den Maßstab für testamenti factio aus der Person des Erblassers entnahm, war nichts mystisches; wohl etwas derartiges, wenn man die „Kraft“ der Stipulationen und Traditionen, ja den rechtlichen Bestand des Nachlasses selbst und überhaupt, wie das nach Julian mehrfach geschehen zu sein scheint, „aus“ derselben Person schöpfte³⁷⁾. Verbreiteter aber ist die Vorstellung, daß die hereditas (wie wir meinen der Zweck der Erbsfolge) den Nachlaß zusammenhalte und dessen Herrin spielle (Ann. 25 u. 5^a); nur um der testamenti factio willen war der Rückgriff auf den Erblasser nothwendig (Ann. 35) und allgemein angenommen³⁸⁾.

36) vgl. Ulp. 22, 9 Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis t. factionem habemus. cf. I. 31 §. 1 D. her. inst. 28, 5; — §. 2 J. her. inst. 2, 14 — et cum servis hereditariis est testamentifactio; nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti — I. 52 D. her. inst. 28, 5 Paul. cf. I. 64 eod. Praktische Konsequenzen dieser Regel s. bei Köppen, Syst. d. h. r. Erbr. S. 222. — Um der Kapacität willen bedurfte man des für tl. nothwendigen Anhalts nicht; Erbeinsetzung betreffend kam sie erst im Momente des Erbschaftsantrittes, also gegenüber der natürlichen Person des Herren in Frage; in Betreff des Vermächtnisses aber machte sie keine Schwierigkeit, weil hereditate jacente „nullus est dominus de eius capacitate quaeritur“, nach dem Antritte aber wieder die wirkliche Person des Legatars in Betracht kam: I. 55 §. 1 D. leg. II.

37) I. 33 §. ult. I. 34 D. a. r. d. 41, 1 Ulp. I. 116 §. 3 D. leg. I. Florent. Nach dem florent. Text der I. 24 D. nov. 46, 2 hätte Pomponius sich umgekehrt an den fünfzigen Erben gehalten: — transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet. Allein Bulgathandschriften (deren Momente nicht gedenkt) lesen: transit ad heredem illius cuius personam hereditas interim sustinet. Savigny a. a. D. S. 366 Ann. e. a. C.

38) Eine innerlich zusammenhängende und reichhaltig begründete, von der unfrigen aber wesentlich abweichende Auffassung der hereditas jacens, vielmehr ihrer Behandlung, ist die von Hering a. a. D. S. 149—262: Durch zweierlei, historisch sich ablösende, Fiktionen habe man derselben gerecht zu werden gesucht; zuerst durch die Fiktion von dem bis zum Tode des Erblassers rückwirkenden Antritt des Erben (s. oben Ann. 7); dann durch die von der juristischen, die persona defuncti fortsegenden u. repräsentirenden Persönlichkeit der hereditas jacens. Vermöge der erstenen Fiktion habe hereditas j. ohne Nachtheil für den Erben herrenlos (res nullius) und (was nach J. damit identisch ist) rechtmäßig (res libera) sein können, was wohl auch insolange und insoweit der Fall gewesen sei, als nicht das Recht der Gläubiger ein anderes erheischt. Momentlich dieses habe, jedoch erst

Nach heutigem Rechte ist ebenso wenig eine mittelbare als eine unmittelbare letzwillige Honorirung einer hereditas j. mehr denkbar.

2. Die Erbschaft als Erbrecht vor dem Erwerb.

§. 365.

Unter Erbrecht ist hier das subjektive Recht gemeint, kraft dessenemand Erbe werden kann. Dieses Recht wäre gleich-

im 2. Jahrh. n. Ch., zu der anderen Fiktion geführt. Diese andere sei nicht in zweierlei Fiktionen zu sondern; obwohl die Quellen der hereditas oft Persönlichkeit ohne weiteres beilegen, sei darunter doch stets persona defuncti zu verstehen. Indessen hatte u. E. die erstere Fiktion niemals die Aufgabe, die hereditas jacens zu erhalten; vielmehr entsprang sie dem Bedürfniß, den Erben als unmittelbaren Rechtsnachfolger des Erblassers darzustellen; dieses Bedürfniß besteht fort, und darum auch jene Fiktion oder Retroraction, welche durch die Personifikation der hereditas jacens keineswegs abgelöst oder überflüssig gemacht wird (gegen Thering V S. 211 vgl. Windisch ebd. Pand. §. 531, 2). Gegen die Identifizierung der einfachen Personifikation der her. j. mit der Fiktion von der in der her. j. ja in der Erbschaft überhaupt fortduernden Persönlichkeit des Erblassers (S. 239) siehe meinen Text und das was wir früher gegen die Verwechslung der successio in locu m defuncti mit einer successio in personam defuncti eingewendet haben. Diese Fiktion, meint Thering (z. B. S. 239), sei für die ganze Erbsfolge nothwendig, aber doch erst seit Julian da gewesen. Auch die nicht minder eindringliche Darstellung der „Erbschaft vor, in und nach ihrem Uebergang an den Erben“ von Scheurl, Beitr. z. Bearb. d. röm. R., Bd. 1 Nr. 1, ist von der Puchta'schen Vorstellung von einer successio in personam defuncti getragen und in meinen Pand. 1. Aufl. S. 669—673 bekämpft worden. — Keine wesentliche Abweichung von unserer Auffassung der hereditas jacens enthält Schirmer (Handb. d. h. röm. Erbrechts §. 3), der namentlich auch die einfache Personifikation der her. j. u. die Anknüpfung an die persona defuncti aus Anlaß der testamentia factio auseinanderhält (S. 21), — ferner Löppen (Syst. d. h. röm. Erbrechts §. 2) der uns durch den Satz, daß „Rechte ihrem Begriffe nach auch bestehen können ohne daß sie einem Subjekte zustehen“ (S. 206) positiv näher rückt, sei es auch daß er den Zweck wofür liegen läßt, auch die einfache Personifikation der hereditas j. und die Anknüpfung an die persona defuncti für identisch erklärt (S. 208 zu Anm. 17); desgleichen Windscheid, Pand. §. 531 u. Unger (das österr. Erbrecht, 2. Aufl. im Syst. des öff. allg. Privatr. der 6. Bd. — §. 7) u. am Ende Markuse a. a. D. §. 37 (der anfänglich die her. j. eine res libera sein und sie dennoch erst durch Usucaption erwerben läßt). Dagegen macht sich noch in Arndts (Pand. §. 465), Wächter (Pand. II. §. 270) und Seuffert (prakt. Pandr. §. 564) („um die Fortdauer . . . möglich zu machen“) die Anschauung geltend, als ob zur Aufrechthaltung der ruhenden Erbschaft die persona defuncti oder sonst eine Fiktion nothwendig und potent sei; desgleichen in Baron, Pand. 4. Aufl. §. 389 — „Ohne die Fiction . . . würde der Nachlaß . . . der Occupation freigegeben sein —.“

bedeutend mit Delation, oder delata hereditas¹⁾), wenn Federmann um Erbe zu werden, erst antreten, von seiner Erwerbsmacht erst Gebrauch machen, oder richtiger, wenn Federmann um Erbe zu werden erst erwerben müßte. Statt dessen gab es von altersher ein Erbrecht, kraft dessen der Erbe nicht sowohl zu erwerben, als was ihm schon gehörte, frei zu bekommen hatte²⁾, folgerecht auch keines Erbschaftsantrittes bedurfte, beim Tode des Erblassers die Erbschaft von selbst und nothwendig hatte³⁾). Dieses ist das Erbrecht der sui ac necessarii heredes⁴⁾). Als ein auf keinerlei Berufung weder durch Testament noch durch Gesetz, vielmehr im eigenen Rechte des Erben beruhendes Erbrecht⁵⁾) erscheint es in den XII Tafeln, die dasselbe voraussetzen, nicht schaffen oder gewähren⁶⁾). Das civile Notherbrecht, d. i. Nothwendigkeit der Exheredation, wenn der suus heres nicht Erbe werden sollte, ist die nothwendige Folge dieser Selbst- und Eigenberechtigung⁷⁾). Den

1) I. 151 D. v. s. 50, 16. Delata h. intelligitur quam quis possit a deundo consequi.

2) I. 11 D. lib. et posth. 28, 2 — itaque (sui heredes) post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur — Gaj. II, 157 §. 2 J. her. qual. et diff. 2, 19

3) II. cirt. Paul. R. S. IV. 8 §. 5 §. 6 l. 14 D. suis et legit. 38, 16 §. 3 J. her. quae. ab int. 3, 1.

4) welche nach Donellus, comm. de j. civ. lib. VII cap. 2 §. 13 sui heißen, weil sie sibi heredes sunt s. succedunt —

5) Hühnke, Rh. Mus. f. Jp. VI. §. 306.

6) Ulp. XXVI. 1 i. f. „Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familial habeto“. Galvanus, de usufr. cap. VIII Nr. 13 (ed. nova Tub. 1788 p. 62): „ad intestati successio nem solum vocarunt agnatum, et suum heredem posuerunt dumtaxat in conditione —“, Lasalle, Syst. d. erworbenen Rechte, Th. II. Das Wesen des germ. u. römi. Erbr. S. 229 (der diese Bemerkung zuerst gemacht zu haben glaubt), meine Pand. 1. Aufl. S. 737, Danz, Lehrb. d. Gesch. d. r. R's. 2. Aufl. §. 160 a. E. Hölder, zur Gesch. d. r. Erbr. Erlangen 1881. S. 91 fgg. Schirmer, S. 128 und in der Zeitschr. d. Sav. Stift. Bd. 3 vom. Abth. S. 168.

7) Sollte die Vorschrift der exheredatio je jünger sein als die XII Tafn. (vgl. Galvanus I. cit. Nr. 15. Mühlensbruch, Forts. d. Glückschen Komm. Bd. 36 S. 117 fgg.), so kann dies nur bedeuten, entweder daß der pf. noch nicht exherediren konnte, und also schlechthin nichtig testirte, wenn er den suus heres nicht einsetzte (Galv. I. cit.), oder daß er noch nicht ausdrücklich zu exherediren brauchte, vielmehr stillschweigend, dadurch daß er Dritte einsetzte, exherediren könnte (was Cicero noch als quaestio nennt: de orat. I, 38, Gans, das Erbr. in weltgesch. Entwicklung, Bd. 2

Grund der ganzen Erscheinung finden die römischen Juristen und darnach die älteren Unsrigen und manche Neuere in einer Art Gütergemeinschaft (Familien- oder Hausgut), welche zwischen dem paterfamilias und seinen Kindern — trotzdem rechtsformlich nur ersterer als Vermögensinhaber erscheint — bestehet⁸⁾. In der That ist ein anderer Grund, aus welchem sich die Eigenheiten des hausfamilialen Erbrechts erklären, nicht zu entdecken⁹⁾. Wie man nun aber in die Vorgeschichte zurückgreifend an der Hand dieser Hauskommunion zu der

S. 92 zu Anm. 102.) Vgl. dazu Hölder zur Gesch. d. Erbr. S. 93 fgg. u. in Zeitschr. der Sav.-Stiftung, Bd. 3, rom. Abth. S. 216 unten.

8) S. die Anm. 2 eitt. ll.; den casus Viviani zu l. 11 eit. Cujacius, ad tit. de lib. et posth. ad l. 11 ed. Prati Vol. VI p. 543. Donellus l. eit. §. 14. Galvanus l. cit. cap. VIII Nr. 12. 17. Von den Neueren schließen sich an: Huschke, Rh. Mus. f. Jurispr. VI S. 306, u. Zeitschr. f. g. RW. S. 170. „Für die sui hh. ist es . . vollkommen wahr was Paulus l. 11 ebenso tief als treffend sagt“; Böding, Pand. I S. 173 (Familienvermögen u. Familienprincipat); meine Pand. 1. Aufl. S. 737 S. 1159. 4. Al. Pernice M. Ant. Labeo Bd. 1 S. 107, 5—7, bei Anm. 20. Danz a. a. D. §. 160. Schirmer, Erbr. in der Zeitschr. der Sav. Stift. Bd. 2 S. 165 „das Familienvermögen und die Entwicklung des Nothherbr. bei den R.“ Hölder, a. a. D. (welcher über die Gütergemeinschaft zwischen pf. u. ff. auf eine Personenverbindung zwischen diejen hinausgreift, und jene von dieser ableitet — s. bei S. 13). Belege für die Richtigkeit der Ansicht, in dem Namen filius familiae („— familiae verbum utrique sc. patri“ et filiof. pariter tribuitur, ut intelligamus familiam utriusque esse communem“ Donellus l. cit.), in der Bezeichnung des filiusf. als filius herus, und zwar „herus minor“ (Jungherr) (Plaut. Plaut. capt. 3, 5, 50. asin. 2, 2, 62), in der Auseinandersetzung der Laien: Lactant. de vera sapientia c. 29 — licet ei (filiof.) nomen domini potestatemque concedat, civili tamen jure et domus una et unus dominus nominatur — Cic. in Verr. Act. II lib. 1 §. 113 — quibuscum vivi bona nostra partimur — Plin. Paneg. c. 37 — quaeque nunquam ut aliena et speranda, sed ut sua semperque possessa . . . cepissent — wozu Ramos del Manzano ad l. Jul. et P. P. in Meermann. Thes. V. p. 107 sq. u. Gaj. 2, 157. — Unserer Auffassung vollkommen entsprechend ist das was Hölder (das Familienrecht des suus heres in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 4 a. a. D. S. 218) gegen Schirmer (der die exhereditatio mit dem eigenen Rechte des suus b. für unverträglich hält, u. es also vor Einführung der exhereditatio abtunnen lässt. — Zeitschr. d. Sav. Stiftung Bd. 2 rom. Abth. S. 165—180) in Zusammenfassung seiner „Zur Geschichte des röm. Erbrechte“ gepflanzten Erörterungen sub 1—3 aufgestellt.

9) Die Gegner erblicken in dem Nothherbrecht der sui hh. keine Konsequenz aus irgend etwas, sondern die freie That der Jurisprudenz, welche sie jedoch verschieden motiviren (z. B. Francke, Adolf Schmidt, Köppen übersichtlich bei Danz §. 160).

Bermuthung kommen mußte, daß es ursprünglich keine Erbschaft, sondern nur eine continuatio dominii auf Grund jener Kommunion gab¹⁰⁾, so muß man der späteren Umgestaltung des Hausgüterrechtes folgend behaupten, daß das Motherrecht der sui heredes und der ihnen vom Praetor mittelst bonorum possessio contra tabulas und Kollation gleichgestellten liberi noch in der 4ten Periode seine alte Grundlage verloren habe, und seit der Novelle 115 von dem auf ganz anderem Grunde (officium) erwachsenen Pflichterbrechte der Descendenten und Ascendenten nicht mehr zu unterscheiden sei. Vollends durch Justinian war das System der Hausgütergemeinschaft in ein Sondergutsystem aufgelöst worden¹¹⁾. Eine vollständige Reform hätte wie das Motherrecht auch den Namen der sui heredes und deren sich von selbst ergebendes Erbesein beseitigen müssen; in Ermangelung derselben sind sie, wie so manche andere Ueberreste antiquirter Institute, stehen geblieben und in unser heutiges Recht übergegangen.

Von wegen dieser immer noch ipso jure erbenden sui heredes ist also das Erbrecht subj. S. noch immer nicht durchweg eins mit dem durch Delation erlangten Rechte des Delaten; vielmehr müssen wir sagen, daß es nur zum Theil ein erst auszuübendes, zum Theil dagegen ein sich von selbst verwirklichendes Recht sei. Aber dieser Unterschied ist nach neuestem Rechte ein nurmehr äußerlicher, der Erwerbsweise, kein innerer, des Grundes. Das Erbrecht der sui ac necessarii heredes beruht jetzt nicht mehr in deren eigenem Rechte, sondern ganz wie das der voluntarii heredes auf Testament und Gesetz¹²⁾;

10) z. B. Hölder, zur Gesch. d. röm. Erbr., unter Ausdehnung der dominii continuatio auf eine Fortsetzung nicht nur des Vermögens, sondern auch „des rechtlichen Daſeins des Verstorbenen“ durch die Person der Hinterbliebenen (sui h.). und dadurch auch der Schulden — S. 14 und dazu die Rec. von Scheurl, in Münch. krit. Viertelj. Bd. 24 N. F. 5 S. 197 — u. A. Bernice in der Rec. von Birkmeier über das Vermögen im jur. S., ebendas. Bd. 22 N. F. 3 S. 258 Anm. a. E.

11) I. 6 I. 8 C. bonis quae liberis 6, 61 §. 1 J. per quas pers. 2, 9.

12) Noch in klassischer Zeit erscheinen sie, da man auf den tieferen Grund ihres Erbrechts nicht mehr achtet, an der Spitze der vom Gesetz Ge-

beneficio praetoris ist es auch dazu gekommen, daß sie die Erbschaft so wenig haben müssen, wie die voluntarii heredes¹³⁾; nur daß sie dieselbe erst wollen müssen, um Erben zu werden, ist ihnen erjspart geblieben — auch dies nur in Anbetracht des sen was sie waren, nicht dessen was sie noch sind.

§. 366.

Erbgrund.

Erbgrund nennen wir das Ding, aus welchem das Erbrecht und zwar dasjenige Erbrecht subj. S. entspringt, welches sich als Besitz und Macht Erbe zu werden (jus successionis, facultas succedendi, delata hereditas — §. 357 Anm. 2 a. E.) erweist, oder aber von selbst sich als Erbfolge verwirflichet (§. 365). Es entspringt aber neuestens beiderlei Erbrecht, sowohl dasjenige welches sich gegebenen Falles von selbst, als dasjenige welches sich erst mittelst Willenserklärung verwirflichet (§. 362 a. E.), aus einer von außen stammenden Vollmacht oder Ermächtigung Erbe zu werden: aus dem heres esto des Erblassers, oder aus dem hereditatem habeto des Gesetzes. Letzter Wille und Gesetz sind nunmehr die alleinigen Gründe des Erbrechtes¹⁾. Zwar gibt es auch nach neuestem Rechte

rufenen: Paul. R. S. IV, 8 §. 3 Coll. XVI, 2 §. 1. Nicht so Ulp. XXVI, 1 und pr. J. her. quae ab int. 3, 1 (ex lege).

13) §. 2 in f. J. her. qual. et diff. 2, 19.

1) also die alleinigen Erb- oder Successionsgründe. In Abnehung der Intestaterbfolge pflegt man sonst nicht das Gesetz, sondern Verwandtschaft u. Ehe als „Successionsgrund“ zu bezeichnen (vgl. darüber Franz Behr, die L. von den Successionsgründen im Just. Erbr. Inaug. Diss. Univ. Freiburg) 1881 §. 1 u. die dort agff. Puchta, Köppen, Schirmer, Lewes (?) Windscheid (?). Anderseits haben schon die römischen Juristen bemerkt, daß man „uneigentlich“ auch für die testamentarische Erbfolge das Gesetz als Erbgrund bezeichnen könne (I. 130 D. v. s. 50, 16. Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur. quia lege XII tab. testamentariae hereditates confirmantur. Vgl. Windscheid §. 529 Anm. 1). Allein blos darauf daß hier eine durch den Erblasser vermittelte, also mittelbare, dort eine unmittelbare gesetzliche Berufung vorliege, und daß dieses Wort (von der mittelbaren und unmittelbaren gesetzlichen Berufung) dem wirklichen Sachverhalt genau entspräche (Windscheid a. a. D.), kann der Unterschied nicht zurückgeführt werden. Denn das Verhältniß der lex ist hier und dort ein wesentlich verschiedenes: Dort bloße Konfirmation, Ratifikation, hier Kreation (vgl. zu letzterem Behr a. a. D.).

noch ein Nothherbrecht, welches in einem gewissen Verhältnisse des Erblassers zum Erben (u. E. nurmehr in einem Pflichtverhältniß) seinen Grund hat, auch gegen den Willen des Erblassers besteht und also im testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte nicht aufgeht; allein in Anbetracht des Umstandes, daß es nur in einer gewissen Eigenschaft der Testamente (u. E. Inofficiosität) und deren Folge (querela inoff. t.) zur eigenen Erscheinung kommt, außerdem im testamentarischen oder gesetzlichen Erbrecht aufgeht, kann es anstatt systematisch dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte gegenübergestellt, der Lehre von den Testamenten, insonderheit deren Gebrechen untergeordnet werden, in seiner Folge aber, als querela inofficiosi testamenti unter die hereditatis petitio, deren Unterart die querela inofficiosi ist²⁾), zu stehen kommen. — Der letzte Wille tritt im Römischen Rechte nur als Testament, nach heutigem Rechte auch als Erb-

§. 3 und 3. B. §. 2 J. b. p. 3, 10 — per legem... heredes sunt — und analog dat praetor b. p., loco heredum constituantur et vocantur b. possessores). Nur wenn wir annehmen dürfen, daß die Initiative zur agnatiischen Erbsfolge ebenso sehr in einer Autonomie der Agnaten und Gentilen oder ihrer Verbände gelegen gewesen, als daß das Testament von der des einzelnen Bürgers ausgegangen zu sein scheint, würden wir die civile Intestaterbsfolge nicht mehr als die testamentarische eine gesetzliche nennen dürfen; anders wenn die Berufung ab intestato vom Gesetze ausging (vgl. Hölder, zur Gesch. d. r. Erbr. S. 27 S. 118 S. 120 freilich auch S. 124 3. 6), zur testamentarischen Berufung dagegen das Gesetz nur hinzutrat. Unzukünftlich scheint es jedenfalls, zwischen Successions- und Delations- oder Berufungsgründen zu unterscheiden, Verwandtschaft und Ehe als Successionsgründen, das Gesetz aber als Delations- oder Berufungsgrund zu bezeichnen (z. B. Köppen, Grundriss d. r. Erbr. §. 44 System S. 281. Tewes, Synt. d. Erbr. §. 10 S. 67 oben in Vergleich zu §. 5. Schirmer, Handb. §. 9. Dagegen Windscheid §. 570 Anm. 1. „Man pflegt zu sagen zwei Successionsgründe sc.“ im Vgl. zu §. 537. Behr a. a. D. §. 5). Sprechen die Quellen von einem jus und titulus cognationis, agnationis, consanguinitatis, proximitatis, überhaupt von aliquis titulus ab intestato possessionis (l. 1 I. 3 I. 4 I. 5 I. 14 §. 1 C. legit. l. 6, 58 I. 1 §. 9 D. si quis omiss. 29, 4), so sind das eben legitime (z. B. l. 1 §. 9 cit.) oder honorarische, per legem vel similem juris constitutionem (§. 2 J. b. p. 3, 10) gewährte Rechte, die Verwandtschaft oder Ehe aber nichts anderes als das seiner Gattung nach ausgedrückte Objekt der gesetzlichen Berufung (also weder Bedingung noch Voraussetzung des Gesetzes, wie Behr §. 4 glaubt).

2) l. 5 §. 2 D. her. pet. 5, 3 — judiciorum quae de hereditatis petitione sunt — l. 34 C. inoff. t. 3, 28 — hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta — l. 19 l. 20 D. eod. 5, 2.

vertrag auf. Die Betrachtung des Erbgrundes führt uns demnach übersichtlich zu folgenden Gegenständen:

a. Letzter Wille

α. Testament.

β. Erbvertrag.

b. gesetzliche Berufung.

a. Letzter Wille.

α. Testament.

Cod. de testamentis (et quemadm. ord.) 6, 23.

§. 367.

Seinem Inhalte nach ist das Testament nothwendig, wenn auch nicht ausschließlich, Ermächtigung zur Erbschaft (heredis institutio¹⁾). Ohne Unterschied seines Inhaltes setzt es aber eine gewisse Fähigkeit zu seiner Errichtung (testamenti factio), eine gewisse Publizität bei der Errichtung (solemnitas), und gewisse Eigenenschaften des Willens und der Willenserklärung voraus.

§. 368.

Testamenti factio.

D. qui testamenta facere possunt 28, 1. C. qui t. facere possunt. 6, 22.

So heißt die Handlungsfähigkeit, welche von allen denjenigen Personen gefordert wird, welche zum Zustandekommen eines Testamentes mitwirken müssen. Zu diesen gehören nicht nur der Testator und die Zeugen, sondern auch die einzusetzenden Erben¹⁾ und Legatare²⁾; denn wenigstens dazu, daß das

1) pr. J. test. ord. 2, 10 §. 34 J. leg. 2, 20. 1. 1 D. qui test. 28, 1.

1) Ulp. 22, 1 Heredes institui possunt, qui tf. cum testatore habent. 1. 16 pr. D. h. t. 1. ult. D. pro h. 41, 5

2) §. 24 J. legat. 2, 20 Legari . . illis solis potest, cum quibus tf. est. 1. 16 §. 1 D. h. t. Gaj. 2, 218 cf. 275. 284; 1, 23. 24

Testament zum Vollzug komme, müssen auch diese mitwirken (antreten, annehmen) ³⁾.

Diese Handlungsfähigkeit ist nun aber

1. überall rechtliche (d. i. durch das Recht gegebene) Handlungsfähigkeit; auch eine welche den berufenen Personen nach heutigem Rechte nurmehr um ihrer selbst willen verliehen ist, also Rechtsfähigkeit (vgl. Bd. 1 §. 52) ⁴⁾. Wie die Privatrechtsfähigkeit überhaupt kommt nach heutigem gemeinem Rechte freilich auch die zur testamenti factio gehörige Rechtsfähigkeit Allen zu, den Fremden nicht minder als den Einheimischen u. s. f. (Bd. 1 §. 53 a. E.) ⁵⁾. Ist der Verlust der Privatrechtsfähigkeit wegen Verbrechen Antiquität ⁶⁾, so gibt es auch keine Testirungsfähigkeit mehr, welche der bloße Ausbruch solcher allgemeinerer Rechtsunfähigkeit wäre, und von der unten (zu Ann. 15) zu nennenden Intestabilität unterschieden werden müßte ⁷⁾. Einschränkungen aber, vermöge welcher man von seiner Rechtsfähigkeit keinen, oder doch keinen allseitigen Gebrauch machen kann, kommen wie innerhalb der Privatrechtsfähigkeit überhaupt (Bd. 1 §. 54) so auch innerhalb der Rechtsfähigkeit der testamenti factio noch immer vor:

3) vgl. oben §. 365 Ann. 1, Gaj. 2, 195. Vgl. auch §. 10 J. test. ord. 2, 10 — totum hoc negotium, quod agitur t. ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi — wogegen bei Gaj. 2, 105 noch totum hoc negotium . . . creditur inter familiae emtorem agi et testatorem. — Einfacher würde sich das Wort testamentifactio freilich dann rechtfertigen, wenn das Testament jemals ein Abkommen mit dem Erben vorausgesetzt hätte wie Hölder, zur Geschichte d. Erbr. S. 35 sg. annimmt.

4) Hervorhebung nicht nur von Libertät, sondern auch von Civität noch im C. J.: I. 21 pr. C. test. 6, 23 (Theod. Val.) — cf. I. 8 §. 4 l. 20 §. 7 D. h. t. Für das heutige Recht gibt es eine testamentifactio, vermöge deren man (als ff. oder servus alienus) ex testamento vel aliis acquirere potest (I. 16 pr. D. h. t.) nicht mehr.

5) so schon nach römischem Rechte jure militari u. gegenüber dem Militärtamente. I. 13 §. 2 D. test. mil. 29, 2 I. 5 C. eod. 6, 21 — nisi lex specialiter prohibuerit —

6) Wächter, über Testirung. wegen begangener Verbrechen, Archiv f. civ. P. Bd. XVII Nr. 14 II. u. III. S. 423—37, Buchta P. §. 463.

7) wie z. B. die Testirungsfähigkeit der Apostaten und Manichäer nur als Auslöß einer allgemeineren Unfähigkeit erscheint I. 3 C. apostat. 1, 7 — a consortio omnium Segregati sint — I. 4 §. 3 C. haer. Manich. 1, 5 und dann §. 5: Ergo et suprema illius scriptura irrita sit), wiewohl die Auth. Fridericiana §. Credentes sagt: Sit etiam intestabilis —

a. in der Person des Testators, indem 1) dem Hausskind, selbst auf die Zeit seiner Freiwerdung hin, das Recht zu testiren versagt ist⁸⁾, dasselbe ihm auch durch den Vater nicht eingeräumt werden kann⁹⁾ und ihm durch Kaiserliche Konstitutionen nur in Ansehung des peculium castrense und quasi castrense eingeräumt ist¹⁰⁾, — indem 2) der Verschwendere nach erfolgter Prodigalitätserklärung vom Kommerciū, und damit auch von der Testamentserrichtung ausgeschlossen ist¹¹⁾; sein zuvor errichtetes Testament wird durch die Prodigalitätserklärung nicht hinfällig¹²⁾; — indem 3) das Interdictum welches vordem gegen die Testirung von Tauben und Stummnen verhängt war, durch Justinian gegen Taubstumme geborene immer noch aufrechterhalten ist¹³⁾. Anti-

8) Ulp. 20, 10 — t. facere non potest — pr. J. quib. non est perm. 2, 12. l. 6 D. h. t. — t. faciendi jus non habet — l. 19 eod. — qui t. faciendi facultatem non habuerit — quia nullae sint tabulae . . . licet . . . sui juris . . . de cesserit. Konsequenz für den Fall daß der Testator sich nach Errichtung des Testamenteß arrängire läßt: §. 6 J. q. m. t. inf. 2, 17 l. 1 §. 8 l. 11 §. 2 D. b. p. sec. tab. 37, 11; deren Modifikation oben §. 362 Anm. 1 3. 7.

9) l. 6 cit. — quamvis pater ei permittat. — pr. J. cit.

10) Ulp. 20, 10 pr. in f. J. cit. l. 7 §. ult. D. donat. 39, 5.

11) Paul. R. S. III. 4a. §. 1. Ulp. 20, 13 — commercium illi interdictum est, et ob id familialm mancipare non potest. l. 18 pr. D. h. t.

12) l. 18 pr. cit. — ein Beweis, daß ihm die zur tf. nothwendige Rechtsfähigkeit selbst nicht fehlt, trotzdem ihnen zuweilen testamentifactio selbst abgesprochen wird — z. B. l. 18 pr. inf. cit.

13) l. 10 C. h. t. 6, 22 Justinian. „— interdiximus —“. Möglich daß auch solche, die erst durch Krankheit taubstumm geworden sind, nicht testiren können; allein das beruht dann auf dem Mangel natürlicher Handlungsfähigkeit (l. 10 cit. — Ubi autem . . . morbus vocem abstulit et aures conclusit, si ponamus literas scientem . . . permittimus). Der Interdizirte kann nicht testiren, wenn er gleich natürlicherweise fähig (z. B. schreibfähig) sein sollte; der Nichtinterdizirte kann nur dann nicht testiren, wenn es ihm an der natürlichen Fähigkeit gebricht. Nur an diese natürliche Unfähigkeit denkt l. 29 C. test. 6, 23 bei dem „testator qui neque scribere neque articulate loqui potest und mortuo similis est“, sowie die diese Worte reproduzierende Not. Ordin. v. 1512. Tit. II. §. 4 §. 5. — Vom Standpunkte des Mancipationstestamenteß aus waren Taube und Stumm freilich noch natura zur Testamentserrichtung unfähig: Ulp. 20, 13 — mutus quia verba nuncupationis loqui non potest, surdus quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest —.

quirt ist nur die (zur Strafe für gewisse Verbrecher von einzelnen Gesetzen verhängte) Intestabilität¹⁴⁾;

b. in der Person der Zeugen, indem 1) domesticum testimonium verworfen¹⁵⁾, — 2) durch Prodigalitätserklärung auch die Funktion des Interdicirten als Testamentszeuge ausgeschlossen ist¹⁶⁾, — 3) in der Intestabilität (woferne eine solche noch bestünde Ann. 14) auch diese Funktion versagt wäre¹⁷⁾, während der Ausschluß von gerichtlichem Zeugniß nicht auch schon den vom Testamentszeugniß enthält¹⁸⁾, — 4) umgekehrt Frauenspersonen wohl vor Gericht, aber nicht beim Testament als Zeugen erscheinen können¹⁹⁾, — 5) Taube und Stumme, ohne Rücksicht darauf, ob sie nicht trotz dieser

14) Wächter, über Testifikat. wegen begangener Verbrechen. Arch. f. civ. P. Bd. XVII Nr. 14, insb. IV. u. V. lieber die Sache selbst §. übrigens die XII. T. Gellius, N. A. VII, 11 — „qui se sierit testarier libripensive fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto“ — I. 18 §. 1 D. h. t. Si quis ob carmen famosum damnetur, SCo. expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec t. facere potest, nec ad t. adhiberi. cf. I. 21 pr. D. test. 22, 5 I. 26 D. h. t. und I. 5 §. 9 §. 10 D. inj. 47, 10 wo wegen des liber ad infamiam alicujus compitus Intestabilität ex lege (Cornelia); — ob hieher auch der cui aqua et igni interdictum est (Dio Cass. lit. 57, 22 cf. Reitz in Theoph. paraphr. II, 10 §. 6)? lieber die Testifikationsfähigkeit der Bucherer (cap. 2 in 6. de usuris 5, 5) u. ihre Antiquirung §. Wächter a. a. O. Nr. 1).

15) reprobratum est in ea re domesticum testimonium (Gaj. 2, 105 in f.) d. i. heute noch das Zeugniß dessen der in väterlicher Gewalt des Testators (I. 20 pr. D. h. t.), — der in diesem Testamente zum Erben eingesetzt oder wer mit diesem durch väterliche Gewalt verbunden ist (Gaj. 2, 108 in f. §. 10 J. test. ord. 2, 10 I. 20 pr. D. h. t.), einst das Zeugniß des familiae emtor und libripens sowie der mit ihnen p. p. verbundenen Personen (Gaj. 2, 105 — 108) — nie das der Legatare, geschweige denn der mit diesen verbundenen Personen (§. 11 J. eod. I. 20 pr. cit.) — oder das der in diesem Testamente ernannten Tutores (I. 20 pr. cit.) — oder gar das des Testamentsschreibers (§. die „quaestio Domitiana in I. 27 D. b. t.“).

16) §. 6 J. test. ord. 2, 10 I. 18 in f. D. h. t.

17) §. 6 J. cit. — nec ii quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numero testium adhiberi — I. 18 §. 1 D. h. t.

18) I. 20 §. 5 D. h. t. Ulp. Das Gegentheil sagt Paul. I. 15 D. test. 22 5. Aber Ulpian begründet seine Meinung, und diese Begründung läßt die seit Azo befürwortete Emendation mit non (vgl. darüber Glück, Comm. Bd. 34 S. 324—337) nicht aufkommen. Denn ein Schluß auf das Testamentszeugniß (das auf testamentifactio beruht) läßt sich von dem Gerichtszeugniß (das t. factio nem nicht voraussetzt) nicht ziehen.

19) I. 20 §. 6 D. h. t.

Gebrechen Zeugen zu sein vermöchten, vom Zeugniß ausgeschlossen sind²⁰⁾; —

c. in der Person des einzusehenden Erben, insoweit der Erbfähigkeit desselben auch heute noch eine „Erwerbsunfähigkeit“ (Incapacität) und „Erwerbsunwürdigkeit“ (Indignität) Abbruch thun kann. Als einen späten Fall der alten, nicht schon die Einsetzung, sondern erst den Erwerb hemmenden, darum erst zur Zeit des Erbschaftsanfalles in Betracht kommenden Incapacität²¹⁾ kann man nämlich die Beschränkung betrachten, welcher die illegitimen Kinder und deren Mutter in Ansehung ihres Erwerbes aus Testamenten des Vaters noch immer für den Fall unterworfen worden sind, daß dieser eine legitime Gattin oder legitime Nachkommenschaft hinterläßt²²⁾; desgleichen die nämliche Beschränkung, welche nach den illegitimen Kindern auch die illegitimen Enkel gegenüber dem Testamente ihres väterlichen Großvaters erfahren haben²³⁾. Daß

20) §. 6 J. test. ord. 2, 10. Vgl. oben Num. 13.

21) Als ein quod quis sibi testamento relictum ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit (sc. capere non posset) definiert bei Ulpian 17, 1. Neben ihr t. factio nicht mehr libera (Ulp. 16, 1a). Causae derselben in der lex Julia et P. P. (Ulp. 18, 1; 22, 3 in f. cf. 16, 1), lex Junia Norbana (Ulp. 17, 1; 22, 3; Gaj. I. 23, 24 II, 110, 275), in einer constitutio Domitianus (Insammlung von Frauenspersonen: Suet. Domit. c. 8 l. 23 §. 3 cf. §. 1 §. 2 C. nupt. 5, 4 cf. l. 2 §. 4 D. ad SC. Tert. 38, 17. Marezoll, bürg. Chen, S. 243). Vacanzeit für Incapacität aus der lex Julia et P. P. u. der lex Junia: Ulp. 17, 1. Iniquirung der julischen u. junischen causae und der mit ihnen zusammenhängenden Caducitatēn: l. un. C. Th. in f. poen. cael. et orb. 8, 16 l. 1 l. 2 C. J. eod. 8, 58; l. 1 C. jure lib. 8, 59; l. un. C. lat. lib. toll. 7, 6 Nov. 78, c. 5; — l. un. C. de caducis tollendis 6, 51. Nichtaufnahme des Domitianischen Falles in unsere gemeinrechtliche Praxis (Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 39 S. 277 oben. Sintenis, pratt. gem. Civilr. §. 167 Ann. 15).

22) auf $\frac{1}{12}$ der Erbschaft mitsamt der Mutter, auf $\frac{1}{24}$ die Mutter allein: l. 2 cf. l. 12 in f. C. nat. lib. 5, 27, — ob nun in Gestalt von Erbeinsetzung oder Vermächtnissen zugewendet werden will (l. 8 eod.). Die Beschränkung auch für den Fall, daß keine legitime Gattin oder Nachkommenschaft vorhanden sein sollte (l. 8 eod.), ist durch Nov. 89 c. 12 c. 15 beseitigt (Auth. zu l. 8 eod.).

23) ob sie nun illegitime Kinder des ehelichen, oder legitime Kinder des unehelichen Sohnes seien — l. 12 C. eod. — Ea enim subsistente veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum in nepotes extendimus —

diesen Personen unter der gedachten Voraussetzung auf mehr als $\frac{1}{12}$ oder $\frac{1}{24}$ nur die Capacität, nicht die Erbsfähigkeit abgeht, kann von praktischer Folge sein²⁴⁾. — —

Die Indignität macht so wenig den Erwerb als die Einsetzung unmöglich²⁵⁾, wohl dagegen den Verfolg und die Behauptung der Erbschaft²⁶⁾, indem sie gegen den Indignus zur Denegation der Erbschaftsklagen²⁷⁾, zu Gunsten eines Dritten (Creptor) zur Bindikation der Erbschaft und zwar mit Restitution im weitesten Umfange²⁸⁾ führt; sie nimmt dem Indignus jeden Vortheil den er aus der Erbschaft haben könnte²⁹⁾, und lässt es nur bei Einem Effekt der Succession bewenden: beim Verlust von Aktionen und Servituten durch Konfusion³⁰⁾, wenn ihn anders nicht ein error facti entschuldigt³¹⁾. Aber eben so wenig als behalten soll der Indignus die Erbschaft ausschlagen, für Mit- oder Nacherben eröffnen können³²⁾; die

24) in dem Falle, da sie auf mehr eingesetzt, aber rechtmäßige Kinder oder eine rechtmäßige Gattin wohl zur Zeit des Testamtes, aber nicht mehr zur Zeit des Erwerbes da sind (Sintenis, prakt. gem. Civilr. §. 167 Anm. 17), sowie in dem da sie noch vor jener Zeit legitim würden. Trotzdem diese Beschränkung mit keiner Caducität verbunden war, ist sie doch als Incapacität aufgefasst von Mühlenbruch, Forts. z. Gl. Comm. Bd. 39 S. 180 u. wohl auch Arndts, in Weiske's Rechtslex. III S. 911 oben, vgl. dessen Band. §. 492 Abj. 2.

25) l. 29 §. 1 D. j. fisci 49, 14 — posse adire hereditatem constat — arg. Rubr. Dig. de his quae ut indignis auferuntur 34, 9 l. 8 eod. — confusas actiones restitui non oportet. l. 18 §. 1 eod. — ob aditam hereditatem actionibus aut servitutibus confusis —

26) l. 9 §. 2 D. h. t. — denegatur ejus quod t. accepit persecutio — l. 8 C. de his quibus ut indignis hered. auf. 6, 35 — perdat persecutionem — l. 2 §. 1 D. h. t. 34, 9 — retinere non posse — l. 9 C. eod. — successionem obtinere non possunt —

27) l. 5 §. 5 D. h. t. l. 29 §. 1 D. j. fisc. 49, 14 l. 29 §. 2 D. don. 39, 5.

28) l. 17 l. 18 D. l. 1 C. h. t. — neque enim bonae fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse — l. 46 D. her. pet. 5, 3. Praedonis loco intelligendus est.

29) l. 9 C. h. t. — ut effectus successionalis ejus tibi . . . auferatur —

30) l. 18 §. 1 l. 8 D. h. t. l. 29 §. 1 D. j. fisc. 49, 14. Vgl. Anm. 25.

31) l. 17 D. h. t.

32) l. 15 pr. D. SC. Sil. 29, 5: nam poena illius hujus praemium esse non debet.

Indignität ist zugleich Caducität³³⁾, Ursache nicht nur eines außerordentlichen Verlustes auf der einen, sondern auch eines außerordentlichen Unfalls auf der anderen Seite, so daß ein iure singulari bestimmter Dritter, zumeist der Fiskus, an Stelle des Indignus tritt³⁴⁾; derselbe Grund, der dem Antritt des Indignus den Effekt nimmt, macht auch seine Ausschlagung wirkungslos³⁵⁾. — Keine Inkapacität, ist die Indignität auf testamentarische Erbschaften und Vermächtnisse nicht beschränkt; man kann sich auch der Intestaterbsfolge unwürdig machen. Aus was für Gründen man Indignus werde, und wem überall die Eretion zustehé, wird darnach füglicher bei der Lehre vom Erwerb der Erbschaften und der Vermächtnisse zusammengestellt.

Fälschlich hat man aus dem Grundsatz, daß die einzusehende Person certe demonstrirt werden müsse (*incerta persona heres institui non potest* — Ulp. 22, 4), eine Unfähigkeit der *incerta persona* abgeleitet³⁶⁾ — als ob man die ungewisse Person kenne. Selbst vom postumus möchte man insolang er nicht eingesetzt werden können, nicht sagen, daß ihm testamenti factio abgehe; denn daran, daß sie ihr zustehe, war bei einer Nichtperson wie dem postumus nicht zu denken; noch kann man ihm jetzt da er eingesetzt werden kann, tf. beilegen; denn er ist nicht in seiner gegenwärtigen Eigenschaft, als Embryo, oder als Hoffnung, sondern nur als künftige Person und unter der Bedingung, daß er dies werde, einsetzbar geworden. — Aus demselben Grunde möchte man auch von den s. g. juristischen Personen insolange sie nicht einsetzbar waren nicht sagen, daß sie keine tf. haben. Insoferne sie aber einsetzbar wurden,

33) l. 3 pr. D. his quae in test. del. 28, 4 arg. l. un. §. 12 C. cad. toll. 6, 51.

34) l. 8 C. h. t. — cum in illius . . partem fiscus succedat — Nov. 1 cap. 1 §. 4 — damus omnibus talibus personis . . tanquam heredes omnia gerere et conventos et convenientes — l. 9 §. 2 D. h. t. — ex qua specie statim fisco deferetur —

35) trotzdem is potest repudiare qui et acquirere potest: l. 18 D. a. v. o. h. 29, 2.

36) Mühlenbruch, Lehrb. d. P. §. 642. Bering, Erbr. S. 254 — 268; doch s. dessen Bemerkung S. 254 Anm. 6.

kann man wohl sagen, daß sie tf. haben: nicht als ob sie nun mehr Personen seien, sondern weil man diese unpersönlichen Dinge zu personificiren gewohnt ist; in Wirklichkeit werden nicht sie eingesetzt, sondern wird ein Vermögen — in Form etwa einer hereditis institutio³⁷⁾ — ausgesetzt, für den durch Personifikation verdeckten Zweck. Derart durch Erbeinsetzung dotirbar wurden noch in klassischer Zeit: gewisse Kulte³⁸⁾ — und durch Erbeinsetzung ihrer Freigelassenen die Städte³⁹⁾, vielleicht noch gegen Ende derselben Städte und Korporationen überhaupt, letztere jedoch nur mittelst jedesmaligen Privilegs⁴⁰⁾. Erst die piae causae der christlichen Zeit, darunter die pia corpora, wurden allgemein einsetzbar⁴¹⁾. Nach heutigem Rechte dürften aber den piae causae die gemeinnützigen Zwecke, ob sie nun in Körperschaften bestehen oder außerdem, gleichzustellen sein; für Privatkörperschaften und andere Privatzwecke dagegen muß immer noch gelten, was von den corpora der heidnischen Zeit:

37) vgl. die „tituli“ hereditatis, legati, fideicommissi, donationis in l. 12 C. her. inst. 6, 24.

38) Ulp. 22, 6.

39) s. oben §. 364 Anm. dazu l. un. §. 1 D. libert. univv. 38, 3.

40) Vgl. Binding (Entwicklung der Erbf. jur. Personen in Zeitschr. f. Rg. Bd. 8 Heft 2), der S. 299 §. 3 wohl mit Recht bemerkt, daß die Einsetzbarkeit der Städte in l. 12 C. her. inst. 6, 24 Leo a. 469 nicht ersteingeführt sei, — gewagter dagegen annimmt, daß das speciale privilegium dessen l. 8 C. eod. Diocl. et Max. 290 gedenkt, nicht zur Erbfähigkeit, sondern zur Existenz der Collégia (damit coll. licitum sei) gefordert werde; denn daß ein collegium illicitum so wenig als überhaupt Vermögen (l. 1 §. 1 D. quod enjusq. univ. 3, 4) Erbschaften erwerben könne, würde sich doch wohl von selbst verstanden haben; und würde eine Klasse von Kollegien, die generali privilegio (constitutione) gestattet war, keine Erbf. gehabt haben? Allerdings kann bei demselben Ulpian, nach welchem municipia nur a libertis suis heredes institui possunt (was SCo. concessum — Ulp. 22, 5), bonorum p. sowohl von Municipien u. Dekurien, als von Körperschaften agnosciri werden (l. 3 §. 4 D. bon. poss. 37, 1), und gewinnt es so den Anschein, als ob die Einsetzbarkeit von Städten u. Körperschaften noch unter Alex. Severus Eingang gefunden habe (s. denselben a. a. D. S. 303 §. 5); allein in l. 3 §. 4 cit. ist denn doch nur gesagt, daß, nicht daß aus jedem Testamente von jenen Körperschaften b. p. agnosciri werden könne. Gemäß 22, 5 kann Ulpian nur an tabulae von Freigelassenen der Städte, allerdings auch anderer universitates gedacht haben.

41) l. 1 l. 13 C. ss. eccl. 1. 2 l. 49 §. 7 C. episc. 1, 3.

dass sie eigens dazu privilegiert sein müssen, um erben zu können⁴²⁾.

Die in dem Worte testamentifactio geforderte Handlungsfähigkeit ist weiterhin

2. die natürliche (Bd. 1 §. 55):

a. in der Person des Testators, der, um testiren zu können, mündigen Alters⁴³⁾, derzeit vollkommen bei Sinnen⁴⁴⁾, auch seinen Gedanken verständlichen Ausdruck zu geben im Stande sein muß⁴⁵⁾, —

b. in der Person der Zeugen, die um als solche zugezogen werden zu können, abermals mündig⁴⁶⁾, derzeit vollkommen bei Sinnen⁴⁷⁾, und in ihrer Wahrnehmung so verlässlich sein müssen, dass Taube und Stumme vom Zeugniß schlechthin ausgeschlossen sind⁴⁸⁾.

c. In der Person des einzusetzenden Erben bedarf es natürlicher Handlungsfähigkeit nicht. Wohl dagegen hat sich oben gezeigt, dass ursprünglich nur die natürliche Person als Erbe genannt und ernannt werden konnte, und dass in Wahrheit als „Erbe“ auch heute keine andere genannt und ernannt werden kann. — —

Schließlich ist zu bemerken, dass die Unterscheidung natürlichen und rechtlichen Elementes innerhalb der testamentifactio,

42) Vgl. darüber einstweilen meine Pandd. 1. Aufl. S. 1075 und S. 1090.

43) I. 5 D. h. t. Ulp. 20, 12.

44) I. 2 D. h. t. — ejus temporis quo t. facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est. I. 17 eod. In adversa valetudine mente captus eo tempore t. facere non potest. Das dilucidum intervallum des furiosus: I. 9 C. h. t. (vgl. Bd. I §. 56 Anm. 1).

45) I. 29 C. test. 6, 23 — Si enim talis est testator, qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est —. Hiemit ist mündlicher oder schriftlicher Ausdruck verlangt, u. ohne diesen falsitas elogii angenommen. So auch die R. O. v. 1512 Tit. II §. 4 §. 5. Wer einmal sprechen gelernt hat, ist nicht mehr taubstumm geboren, von dem Anm. 13 erwähnten Interditte nicht mehr betroffen. (W. Sell, Sell'sche Jahrbb. II S. 448), wohl wer trotzdem, dass er taubstumm geboren, schreiben gelernt hat, der bedarf, um testiren zu können, privilegienweiser Befreiung vom Interdit (W. Sell, a. a. O. S. 443 Anm. 5), nicht bloß „einer sorgfältigen, amtlichen Untersuchung“ (Büchta, P. §. 463. 7).

46) I. 20 pr. D. h. t. Ulp. 20, 7.

47) I. 20 §. 4 eod.

48) s. oben Anm. 17 Ulp. 20, 7.

sowie der Negation und bloßer Einschränkung der tf. praktischen Belanges nicht entbehrt. Letzteres hat sich schon in den Unterschieden der Incapacität und Indignität von dem Mangel der testamentifactio und deren Folgen erwiesen, und bewährt sich u. a. auch darin, daß das Interdict gegen Taubstummegeborene durch Privileg beiseitigt werden kann⁴⁹⁾, während etwas ähnliches zu Gunsten desjenigen, dem wegen Alters v. testamentifactio abgeht, undenkbar ist. Beides aber, der Unterschied natürlichen und rechtlichen Elementes in der testamentifactio, sowie der Unterschied ihrer Negation von der bloßen Beschränkung zeigt sich darin, daß ein bereits errichtetes und richtiges Testament durch nachträgliche Einbuße an natürlicher Handlungsfähigkeit oder nachträgliche Einschränkung der testamentifactio nicht untergeht, während ein Aussfall in der rechtlichen Grundlage der testamentifactio des Testators und der Erben den Untergang nach sich zieht, und mittelst bonorum possessio nur dann geheilt wird, wenn mortis tempore der Aussfall wieder behoben war⁵⁰⁾.

§. 369.

Testamentserrichtung.

D. (qui test. facere p. et) quemadmodum testamenta fiant 28, 1. C. (de testamentis et) quemadmodum testamenta ordinentur 6, 23. J. de testamentis ordinandis 2, 10.

Die Testamentserrichtung besteht in der ordentlicherweise urkundlichen Erklärung des letzten Willens¹⁾, insonderheit daß und wer Erbe sein solle (§. 367). Von der Beurkundung, die hier in Beziehung von Zeugen besteht, hat die Testamentserrichtung (testari) und das Testament seinen Namen. Sie gibt dem Testamente seine „Solemnität“²⁾, und ward dann

49) arg. I. 4 D. test. milit. 29, 1. Vgl. Ann. 13. 45.

50) Vgl. oben Bd. 1 §. 176 Abs. 1. 1. 6 §. 11 20 §. 4 1. 18 pr.

— I. 8 §. 1 — §. 4 D. h. t.; — Gaj. 2, 147 §. 6 J. quib. mod. test. in f. 2, 17 cf. I. 1 §. 8 I. 11 §. 2 D. b. p. sec. tab. 37, 11. Oben §. 362 Ann. 1.

1) de eo quod quis post mortem suam fieri velit — I. 1 D. h. t.

2) I. 20 §. 7 D. I. 7 I. 19 C. h. t.

auch als „juris solennitas“ der Willenserklärung entgegensteht³⁾. Beides, Willenserklärung und Beurkundung verbindet sich in dem

I. Privattestamente, und zwar

1. in dem ordentlichen,

a. schriftlichen dergestalt, daß der Testator sieben Personen von der erforderlichen Art (§. 368 1 b. u. 2 b.) als Zeugen „zur Testamentserrichtung“ zu bitten (rogare), und vor den versammelten eine seinen letzten Willen enthaltende Skriptur als solche zu erklären, zu unterschreiben, desgleichen den Zeugen zur Unterschrift und Siegelung vorzulegen hat⁴⁾. Diese Erklärung jammt Unterschreibung und Siegelung (testatio) muß einen durch kein anderweitiges Geschäft unterbrochenen Alt bilden⁵⁾. Hat der Testator das ganze T. eigenhändig geschrieben, und dies in der Skriptur ausdrücklich bemerkt, so bedarf es seiner Unterschrift nicht⁶⁾; — in dem

3) I. 12 C. h. t. So auch bei den Glossatoren: Diss. Dominorum. Haenel. §. 275 p. 445 Hugolinus (zu I. 2 C. b. p. s. t. 6, 11) — differentiam faciunt, utrum sit quaestio voluntatis, quo casu dicunt, testamentum posse probari 7 testibus; an solennitatis, quo casu dicit posse probari duobus vel tribus —

4) I. 21 pr. C. h. t. — rogatis testibus — cf. I. 8 §. 3 C. codic. 6, 36; — I. 21 § 2 D. h. t. — alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse id oneos placet, außer wenn ic.; — I. 24 D. test. mil. 29, 1 — convocatis ad hoc hominibus; — I. 21 pr. C. h. t. — licere per scripturam confidentibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt . . clausam . . proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque . . omnibus simul offerre signandam et subscribendam; dum tamen . . testator suum esse dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu . . subscrivserit. — Zur Siegelung §. 5 J. h. t. (Not. O. v. 1512 Tit. II §. 7): Possunt . . omnes et uno annulo signare . . et alieno quoque. Geschichtliches („zusiegeln“ und „super-scribere“ statt subscribere) j. Puchta §. 464 not. R. Tewes, Erbrecht I. S. 171.

5) j. g. unitas actus — „unus contextus“ I. 21 §. 3 D. I. 21 pr. C. h. t. — mit dem Nachlaß gewisser Notwendigkeiten: I. 28 pr. C. h. t. — und ohne daß (wegen des uno die ac tempore subscriptentibus ac testantibus in I. 21 pr. C. cit. cf. Nov. Valent. III tit. 20 Nr. 2 §§. 3, 4: in Suppl. z. Cod. Theod. ed. Haenel) das Testament bis spätestens Mitternacht fertig sein müßte (vgl. W. Sell in Sell's Jahrb. III S. 15 gegen Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. P. IV Nr. 4 §. 3 —

6) I. 28 §. 1 C. h. t. Die Vorschrift, daß der Testator wenigstens die Namen der Erben eigenhändig schreibe (I. 29 C. h. t. Justinianus) ist durch Nov. 119, c. 9 aufgehoben.

b. mündlichen dagegen so, daß er vor den wie sub a. gebetenen und versammelten Zeugen was sein letzter Wille sei mündlich kundgibt (s. g. t. nuncupativum)⁷⁾; —

2. in den außerordentlichen Testamenten, und zwar im

a. Soldatentestamente⁸⁾ nach römischem Rechte, wenn es zur Beurkundung kommt, in ähnlicher Weise wie beim ordentlichen⁹⁾, nur daß Beurkundung hier nirgends nothwendig, das Soldatentestament also kein „Testament“ zu sein braucht, vielmehr bloße Willenserklärung sein kann¹⁰⁾. — nach dem Reichsmilitärgefeß vom 2. Mai 1874 so, daß wenn das T. ein schriftliches und vom Testator eigenhändig geschrieben ist, die Beurkundung auf bloßer Unterschrift des Testators beruhen kann¹¹⁾, während wenn das Testament vom Testator bloß unterschrieben ist, Zeugen mitunterschreiben müssen, entweder nur Einer, wenn er ein Auditeur oder Offizier, oder — im Falle der Verwundung oder Krankheit des Testators — ein Militärarzt oder ein Militärgeistlicher ist, — oder Zweie, welche die bloße Qualität von Beweiszzeugen zu haben brauchen; — oder so, daß der Testator zweie der soeben genannten Militärpersonen, oder anstatt der zweiten zwei Zeugen, welche wieder nur die Qualität von Beweiszzeugen zu haben brauchen, zu seiner leßtwilligen Erklärung zuzieht, diese mündlich vor ihnen abgibt und von ihnen zu Protokoll nehmen läßt¹²⁾. Rogation der Zeugen und Einheit des Aktes sind, insoweit sie bei diesen

7) I. 21 pr. D. h. t. — palam... ut exaudiri possit — I. 21 §. 2 C. h. t. Per nuncupationem . . . h. e. sine scriptura t. valere sancimus, . . si 7 testes . . simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut t. sine scriptura facientis audierint — und doch gilt es (I. 26 eod.) etiamsi non . . praedixerit . . illa formalia verba; ideo — testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel t. compонere voluit.

8) D. de test. militis 29, 1. Cod. de test. militis 6, 21. J. de militari test. 2, 11.

9) wie §. 3. B. in I. 24 D. h. t. 29, 1.

10) I. 1 pr. eod. — Sufficiatque . . nuda voluntas testatoris — pr. J. h. t. — valet t. ex voluntate ejus — I. 1 C. h. t. — voluntas pro jure servatur —

11) Ziff. 2. a. des §. 44.

12) Ziff. 2 b. c. Ziff. 3 und letzter Abz. des §. 4 vgl. Mandry, civlitr. Inhalt d. Reichsgg. 2. Aufl. S. 588 sq.

Vorschriften noch erforderlich sein können, nicht nachgelassen. Das Privilegium zu solcher Testamentserrichtung — das einzige was jure militari in Ansehung des testamentarischen Erbrechtes noch gilt¹³⁾ — steht außer den dem aktiven Heere angehörenden Personen¹⁴⁾ auch den in Kriegszeiten beim Heere befindlichen, dem Militärstrafgesetz (vom 20. 1872 §. 155—157) unterworfenen Personen, nicht minder den eigenen wie feindlichen Kriegsgefangenen (ebenda§. §. 158) und Geiseln¹⁵⁾, — den dem aktiven Heere angehörenden Personen nur in Kriegszeiten und nachdem sie ihre Standquartiere im Dienste verlassen haben, oder in denselben angegriffen oder belagert sind (§. 44 Ziff. 1)¹⁶⁾, — den übrigen insolange zu, als der Zustand dauert, um dessentwillen sie privilegiert sind (§. 44 Ziff. 1 Abs. 2 vgl. mit Ziff. 5 Abs. 1). — Die Gültigkeit eines solchen Testamente überdauert zwar die Zeit der Gefahr, um derentwillen das Privileg gegeben ist, dagegen nicht so allgemein auch die Zeit des Standes, dem der Privilegierte angehört¹⁷⁾, indem das Jahr, welches ihr überschulzweise auch reichsgesetzlich zugerechnet und annus utilis ist¹⁸⁾, im Ganzen und Großen von dem Ende der Gefahr (Demobilisierung, Entlass, Kriegsgefangenschaft oder Geiselschaft), und nur wenn der Testator zuvor dem Militärverband anzugehören aufhört, von diesem Augenblicke an datirt (§. 44 Ziff. 5 Abs. 1); bei dem

b. s. g. testamentum ad pias causas so, daß die Beziehung von 2 oder 3 Zeugen genügt¹⁹⁾; — bei dem

13) vgl. Mandry a. a. D. §. 58 S. 584 u. S. 585 Anm. 3.

14) Reichsmilitärgez. §. 38.

15) Reichsmilitärgez. §. 44 Ziff. 1. Gegen Ausdehnung des reichsrechtlichen Privilegs auf die Kriegsmarine s. Mandry a. a. D. S. 86 f., hinwider für dieselbe Dernburg, preuß. Landr. III §. 115 Ziff. 1.

16) vgl. das „in expeditionibus“ der I. 17 C. h. t., — das „im Gefecht“ der „Not. D.“ — „im Feldzug“ bei Arndts, Pand. §. 487. 1.

17) wie nach römischem Rechte, wo das Testament ein Jahr über die honesta missio hinausdauert, mit der missio ignominiosa dagegen sofort aufhört (§. 3 J. I. 26 D. h. t.).

18) indem sein Ablauf durch eintretende Testirunfähigkeit oder Verschlossenheit des Testators „suspendirt“ wird (§. 44 Ziff. 5 Abs. 1).

19) cap. 11 X. testam. 3, 26 — Die Berufung auf die heil. Schrift u. die canones spricht für die Ansicht Schulte's (3. f. C. u. P. N. F. Bd. 8 S. 157 ff.), daß die Zeugen nur Beweiszzeugen zu sein brauchen;

c. s. g. testamentum parentum inter liberos so, daß die Beurkundung durch eine gewisse Form der Willenserklärung — manu propria, non signis sed literarum consequentia declareret et tempus et liberorum nomina, item et unciarum numerum seu signa rerum specialium — erießbar ist²⁰), und nur für den Fall, daß die Skriptur außer dieser Vertheilung des Nachlasses unter die Kinder auch Vermächtnisse an dritte Personen enthalten soll, zu der Skriptur eine mündliche Erklärung vor Zeugen hinzukommen soll²¹); erst die Not. O. a. a. O. §. 2 fordert da, wo sich Justinian mit der gewissen Skriptur begnügt, überdies zwei Zeugen²²); — bei dem

d. s. g. testamentum ruri confectum s. rusticorum mit dem Nachlaß, daß anstatt der 7 Zeugen des ordentlichen Testamentes die Fünfzahl genügt, und Einer für Alle unterschreiben kann²³). Das Gesetz hat ein schriftliches Testament vor Augen²⁴); erst die Not.-Ordnung nimmt von dem Erforderniß der Schriftlichkeit Umgang. Die Erstreckung des Privilegs über „rusticani“ der l. 31 C. cit. und die „Bauersleute“ der Not.

die „legitimi“ testes, der Ausgangspunkt von den 7 testes, und die Summa für das Erforderniß vor Urkundszeugen und der übrigen Solemnität.

20) Auth. aus Nov. 107 c. 1 cf. Nov. 18 c. 7 u. vgl. dazu das elterliche arbitrium dividenda hereditatis der Eltern: l. 8 C. inoff. 3, 28, das eine Prævention des richterlichen (l. 21 C. fam. h. 3, 36), also vom arbiter fam. herc. zu befolgen ist (l. 16 C. eod. l. 20 §. 3 D. h. t. 10, 2). S. insbes. auch l. 21 §. 1 C. test. 6, 23 — a parentibus utriusque sexus —

21) Nov. 107 c. 1. der Umstand, daß hier die Testatoren „eoram“ testibus erklären müssen, daß omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt et volunt valere — läßt den Akt allerdings als Urkundschaft u. die Zeugen als Urkundszeugen erscheinen, nur daß die zu Codicillen nöthige Zahl hinreichen mag (Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Komm. Bd. 42 §. 1482 S. 212—215.)

22) So nach der uns richtiger dünkenden Ansicht (Mühlensbruch, a. a. O. S. 220), während nach der gewöhnlichen, die 2 Zeugen anstatt der Skriptur, bei mündlicher Willenserklärung, gefordert sein sollen.

23) l. 31 C. h. t. Not. O. a. a. O. §. 2 „auf dem Gau, wo Bauersleute Testament machen und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, wenigstens fünf Zeugen“.

24) Da es auch wahrscheinlich an das auf dem Land noch übliche Mancipations-testament mit 5 Zeugen, das gar nicht unterschrieben zu werden brauchte, anknüpft (J. H. Dernburg, Beitrag zur Gesch. d. Testamente; Savigny, Beitr. z. Gesch. des r. Testaments, Verm. Schr. Bd. I Nr. 7 bes. a. E.).

D. nicht nur auf alle Landbewohner²⁵⁾, sondern auf Jeden „der in dem Falle ist ein Testament auf dem Lande zu machen“²⁶⁾, würde sich aus dem Grunde, weshalb diese Testamente zugelassen sind²⁷⁾, rechtfertigen lassen, wenn sich aus demselben Grunde nicht eine Beschränkung des Privilegs auf die Fälle ergäbe, in denen thatshächlich nicht mehr als 5 Zeugen aufzubringen sind; — bei dem

e. f. g. *testamentum tempore pestis*²⁸⁾ conditum so, daß von der sonstigen Solemnität der Beurkundung nur das Erforderniß der gleichzeitigen Anwesenheit aller Zeugen nachgelassen ist²⁹⁾, während

f. das Testament eines Blinden eine Steigerung der Solemnität fordert, indem hier der Testator nicht nur gezwungen wird, den Zeugen den Inhalt seines Testamentoes kundzugeben, sondern zur Beurkundung desselben außer den 7 Zeugen einen Notar, oder in Ermangelung desselben einen achten Zeugen, der die leztwillige Erklärung, wenn sie mündlich ist, zu Protokoll nimmt und nebst den übrigen Zeugen unterschreibt oder siegelt, wenn sie schriftlich ist, verliest, von dem Testator als seinen letzten Willen anerkennen läßt, und als solchen nebst

25) v. B. Tewes, Syst. d. h. Erbr. I S. 192.

26) Puchta, P. §. 467. Windscheid §. 544 Anm. 8. „Die Bestimmung kündigt sich an als ein Privilegium für einen gewissen Stand, ist aber in Wirklichkeit ein Privilegium für einen gewissen Errichtungsort“.

27) I. 31 C. cit. — *Sin autem in illo loco minime inventi fuerint 7 testes etc. desgl. N. O.* „und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären“. Dazu Nov. 73 c. 9 — *in agris ubi multa simplicitas est et neque scribentium aut testimoniis multa copia* —

28) d. i. in der Zeit einer ansteckenden Epidemie (Puchta P. §. 467. Arndts P. §. 488). Bloß eine „ansteckende Krankheit des Testators“ fordert Windscheid §. 544. 2. S. die folg. Anm. Vering, röm. Erbr. S. 228. Und in der That ist hier der „timor contagionis“ (I. 8 C. h. t. nicht weniger begründet als dort).

29) I. 8 C. h. t. — *aliquid de jure relaxatum est. Testes enim . . . eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.* — Konsequent gestattet Windscheid (Anm. 28) nur, „daß sich die Zeugen nicht „in unmittelbarer Gegenwart“ des Testators („Kranken“), „also nicht in demselben Raume“ mit diesem zu befinden brauchen“. Allein I. 8 betrifft eher die Vereinigung der Zeugen unter einander. —

den übrigen Zeugen unterschreibt und siegelt — zuzüglich muß³⁰⁾, — und auch

g. das schriftliche T. einer Person die nicht schreiben kann die Buziehung eines achten Zeugen verlangt, der seinen Namen „im Namen des Testators“ unterschreibt³¹⁾.

II. Beim öffentlichen T. wird zur Urkunde des letzten Willens anstatt der Privaten die freiwillige Gerichtsbarkeit oder der Regent angerufen³²⁾:

1. entweder so, daß der letzte Wille vor der Behörde oder dem Regenten mündlich erklärt und zu Protokoll genommen (t. apud acta conditum), —

2. oder so daß derselbe von dem Testator hier oder dort schriftlich als sein Testament übergeben, und von der Behörde durch entsprechenden Akt als solches übernommen wird (i. g. test. principi s. judici oblatum)³³⁾. Einverleibung in die Akten des

30) I. 8 pr. C. qui test. f. p. 6, 22. Daselbst (§. 2) ist auch von einer custodia die Rede — libera potestate concedenda cui velint ex testibus (testamentum) custodiendum mandare — allein zuvor (pr.) noch davon daß quibus omnibus peroratis . . . conscriptis . . . consignatis plenum obtinebit robur testantis arbitrium (wogegen Stryk; caut. test. c. 4 §. 12).

31) I. 21 §. 1 C. h. t. cf. I. 28 §. 1 eod. Darüber daß er von derselben Qualität sein muß, wie die übrigen Zeugen, Puchta, P. §. 466 Note g.

32) I. 19 C. h. t. — Securus erit qui actis ejuscumque judicis aut municipum aut auribus privatorum mentis sua postremum publicavit judicium . . . ebenso qui nobis mediis et toto jure quod nostris scriniis est constitutum teste succedit. — Savigny, Gesch. d. r. R. M. A. Bd. I 2. Außg. §. 27.

33) Von den beiden aus dem C. J. J. hicher bezogenen Stellen (I. 18 I. 19 C. h. t.) dürfte sich I. 18 (cf. c. 4 C. Theod. de testam. 4, 4. Paul. R. S. IV. 6 §. 2 in f.) eher auf die Testamentseröffnung, als die Testamentserrichtung beziehen; I. 19 aber Honor. et Theod. 499) sieht T.-Errichtung vor der freiwilligen Gerichtsbarkeit (unusque judex, municipium — Savigny, a. a. O.) als etwas bereits zu Recht bestehendes voraus, und will nur dem Kaiser dasselbe Recht wie den Gerichten und den Privaten gewahrt wissen, — wiewohl auch vom Kaiser dieses Recht schon früher in Anspruch genommen ist Nov. Valent. III. tit. 20 Nr. 1 §. 1 §. 2). In diesen römischen Geißen wird eine Art der Willenserklärung vorausgesetzt, bei welcher der Inhalt des letzten Willens dem Zeugen bekannt gegeben wird, so daß sie vor dem Gericht als (postremi judicis) publicatio, vor dem Regenten als supplicatio oder preces oblatae erscheint, nach letzterer Form eines Rescriptes bedürftig wäre, allein nach ausdrücklicher Verordnung auch ohne dieses geltig sein soll (I. 19 cit. — Nec sane illud heredibus

Gerichts oder des Kabinetts ist hier wie dort gleich wesentlich³⁴⁾. Die Wesentlichkeit der Aufbewahrung ergibt sich danach von selbst³⁵⁾.

§. 370.

Fortsetzung.

Zum Neuzeren der Testamentserrichtung, insonderheit

1. zu seiner schriftlichen Abfassung gehört im allgemeinen noch die Bestimmung, daß der Testamentsschreiber (testamentarius) weder sich, noch seinem Gewaltsunterthanen ein Vermächtniß (geschweige eine Erbportion) zuschreiben darf. Diese dem SC. Libonianum¹⁾ entnommene Bestimmung²⁾ enthielt noch eine Klausel zu Gunsten des Schreibers, der in der Gewalt des Testators gestanden, sich auf dessen Dictandum zugeschrieben, und dafür die Unterschrift des Testators zum Beweise hatte³⁾; Interpretatio dagegen war es, daß man auch seinem Gewaltshaber und demjenigen, mit dem man in derselben Gewalt ist, nichts zuschreiben dürfe⁴⁾, und daß die verbotswidrige Zuschreibung pro non scripto gilt⁵⁾; Claudianisches, für uns

nocere permittimus etc. cf. Nov. Valent. cit. §. 2¹). Überhaupt mehr als daß, daß dem Gericht oder Kaiser der Inhalt des letzten Willens bekannt wurde, läßt sich nicht behaupten; daß derjelbe überall erst zu Protokoll genommen oder erst durch Protokoll schriftlich werde, ist nicht nothwendig; möglich war, daß der Testator ihn schriftlich mitbrachte, und die Thätigkeit des Gerichtes ic. sich auf Beglaubigung und Registrierung derselben beschränkte. Die verschloßene Uebergabe zu den Alten scheint erst unserer Praxis anzugehören (vgl. darüber Glück, Komm. Bd. 34 S. 169 - 180).

34) S. dagegen Windscheid §. 545 Anm. 4 u. 6.

35) geht u. E. für das t. principi oblatum schon daraus hervor, daß es als supplicatio austritt, und eigentlich mit einem Reskript, oder Responsum verbeschieden werden sollte, — für das t. apud acta conditum daraus, daß es aetis eujuscunque judicis etc. (nicht auribus wie das Privat-testament publiciri wird (l. 19 cit.) u. vgl. Savigny a. a. D. S. 110). Überall hat (die gerichtliche Verhandlung) den Zweck, das Andenken der vollzogenen Handlung auf eine unzerstörbare Weise zu erhalten — "wie denn auch die vor Gericht eröffneten Testamente in eodem loco „reservirt“ werden müssen (l. 18 cit. Paul. R. S. cit.).

1) a. 769. Rudorff, RG. §. 51 Anm. 9 fgg.

2) l. 14 pr. D. lege Corn. de falsis et de Sc. Lib. 48, 10 — Suet. Nero. 17 — l. 3 C. de his qui sibi adscribunt in test. 9, 23 — qua m- vis dictante testatore —

3) l. 14 pr. cf. l. 15 §. 2 l. 22 §. 9 eod.

4) l. 10 eod.

5) l. 14 §. 1 eod. — quoniam placet —

nicht mehr maßgebendes Edikt, daß der Zu widerhandelnde der lex Cornelia de falsis verfalle⁶⁾.

2. Die schriftliche Abschrift und die Beurkundung zugleich betrifft der Satz, daß Ein und dasselbe Testament in mehreren Exemplaren bestehen kann⁷⁾. Hier ist die Mehrheit in der Skriptur, die Einheit in der Beurkundung. Zu letzterer gehört Gleichzeitigkeit⁸⁾ der Vorlegung, Unterschreibung, Siegelung aller⁹⁾ Exemplare. Jedes dieser Exemplare ist das Testament, ein jedes auch ohne das andere¹⁰⁾. Sie wären nicht Exemplare des Einen Testamente, wenn sie nicht gleichen Inhaltes wären, müßten diesfalls aber gleichwohl als Eines behandelt, also gewissermaßen zusammengestoßen werden, vorausgesetzt, daß sie gleichzeitig wären¹¹⁾. Vermächtnisse, die in den verschiedenen Exemplaren zu verschiedenem Betrage ausgesetzt, im übrigen aber dieselben sind, werden zu Gunsten des Onerirten, mithin im kleinsten Betrage genommen¹²⁾. Kein Testament ist dessen bloße Kopie¹³⁾.

3. Das Widerspiel des Einen Testamente in mehreren Exemplaren sind die mehreren Testamente in Einem Exemplar. Wie dort mehrere Beurkundungen bei Einem Testamente, so besteht hier Eine Beurkundung bei mehreren Testamenten; dort haben wir mehrere gleichzeitige, hier Eine gemeinschaftliche Be-

6) I. 15 pr. eod. I. 3 C. h. t. 9, 23.

7) §. 13 J. h. t. Sed et unum t. pluribus codicibus confidere quis potest — I. 24 D. h. t.

8) I. 1 §. 6 D. b. p. s. t. 37, 11 I. 4 D. his quae in t. del. 28, 4 I. 47 D. leg. II.

9) §. 13 J. cit. — secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis —

10) arg. I. 1 §. 5 D. b. p. s. t. 37, 11. si — aliud exstet, aliud non exstet, tabulae exstare videntur —

11) I. 1 §. 6 eod. — et si in duobus codicibus simul signatis alios atque alias heredes scripserit, et utrumque extet: ex utroque quasi ex uno competit b. possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus, — womit aber nicht gesagt ist, daß hier nur b. possessio zustehe — wogegen Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Komm. Bd. 38 §. 480. Puchta, §. 484 b. Arndts §. 502 Num. 3.

12) I. 47 D. leg. II. — in hoc casu heredi magis parcendum est, ideoque utrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo 50 aurei.

13) I. 1 §. 7 D. b. p. sec. t. 37, 11.

urkundung. In der klassischen Zeit des römischen Rechts war eine solche Verbindung mehrerer Willen zu einer Beurkundung jure communi, wenn auch vielleicht aus keinem tieferen Grunde, als weil Ein Willen Ein Akt sein sollte¹⁴⁾, unmöglich; anders natürlich jure militari, da man der Beurkundung gar nicht bedurfte, und die Willenserklärung in jeder Gestalt, also auch in der einer gemeinsamen Skriptur möglich war¹⁵⁾. Erst eine Konstitution Valentinian III. ließ eine gemeinschaftliche Testirung auch „inter privatos“ zu, jedoch nur mit der Maßgabe, daß dieselbe in Gestalt einer Supplik an den Kaiser geschähe, (§. 369, II. 1. 2. Ann. 33) und die Testatoren gegenseitig sich selbst einsetzen (s. g. testamentum reciprocum)¹⁶⁾. In das C. J. ist diese Konstitution nicht aufgenommen¹⁷⁾, die gemeinschaftlichen wechselseitigen T.T. aber sind im neueren Rechte gleichwohl „allenthalben zum Vorschein gekommen und haben sich im Gebrauche geltend gemacht“¹⁸⁾, freilich „fast nur unter Ehegatten“¹⁹⁾. Heutzutage pflegt man Gemeinschaftlichkeit der Testirung²⁰⁾ ohne Rücksicht auf die Person der Testatoren, dagegen nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit zuzulassen. Und in der That läßt sich die Gemeinschaftlichkeit im

14) vgl. oesterr. allg. C. Gb. §. 583 — Ein Auftrag . . für Einen Erblasser“. S. dagegen Puchta, der (Worl. §. 481) aus der unitas actus folgert), Mühlensbruch in der Forts. des Glückschen Komm. Bd. 35 S. 55—58. Windscheid §. 568 Ann. 2 hinwider G. Hartmann, zur L. von den Erbverträgen u. den gemeinsch. Testamenten 1860 S. 94 fg.

15) I. 19 C. pact. 2, 3 a. 290.

16) Nov. Valent. III. tit. 20. 1 §. 1.

17) wozu J. Ch. Hasse, Rh. Mus. f. Jp. Bd. 3, vom wechsels. T. S. 244 — wobei Hartmann wahrscheinlich macht, daß das gemeinsch. T. schon nach röm. Rechte unbeschränkt gegolten habe.

18) J. Ch. Hasse, a. a. D. S. 243 unten, Mühlensbruch a. a. D. S. 60 Ann. 22. 24, und schon in Marculfi form. eine Rubrik: Qualiter in uno volumine testamentum duarum personarum condatur” —

19) J. Ch. Hasse a. a. D.; unbeschränkt Hartmann S. 110 fg.

20) welche doch wohl auch mündlich denkbar ist, da nicht nur die Rogenation der Zeugen, und das Erscheinen vor denselben, sondern auch die Willenserklärung eine gemeinschaftliche ist, wenn etwa der Mann für die Frau das Wort nimmt, und diese nur ihre Zustimmung erklärt. Eine Differenz in der Zeit kommt auch beim schriftlichen Testamente vor, indem Eines nach dem Anderen unterschreibt. S. dagegen Windscheid §. 568 Ann. 1, wiewohl auch er nur „genau genommen“ Schriftlichkeit für nothwendig hält.

äußerem Vorgang ohne Gemeinschaft im Inhalt nicht rechtserigen²¹⁾. Da das gemeinschaftliche Testament immer noch Testament, nicht Erbvertrag ist, muß jeder der Testatoren einseitig widerrufen können. Allein, ist die gegenseitige Einsetzung auch kein bindender Vertrag, so beruht sie doch auf Uebereinkunft²²⁾, und muß ihr einseitiger Widerruf gleich dem der Societät als Bruch und Auflösung der Gemeinschaft in allen ihren Folgen betrachtet werden. Korrespondenzität ist darum den gemeinschaftlichen Testamenten so wesentlich als die Gegenseitigkeit²³⁾. — Gemeinschaftliche Verfügungen über das gemeinschaftliche Vermögen auf die Zeit nach dem beiderseitigen Tode können von dem überlebenden Eingesetzten, nachdem er aus dem Testamente des Vorverstorbenen einmal Erbe geworden ist, nun nicht mehr widerrufen werden, trotzdem sein Testament destitut geworden ist. Durch die Antretung ist er Fideicommisschuldner geworden, im Umfang nicht bloß des ererbten, sondern in dem des gemeinschaftlichen Vermögens; durch die gemeinschaftliche Verfügung konnte über sein eigenes Vermögen so gut fideikommissarisch verfügt werden wie über das ererbte (l. 25 C. fideic. 6, 42 Mühlensbruch, a. a. D. S. 68—73). Dem entgegen wird mancherorts gelehrt, bald daß gar nicht erfüllt zu werden brauche, dann aber die angetretene Erbschaft wieder herauszugeben werden müsse (z. B. Puchta, Vorl. §. 481 a. E.), bald

21) S. haupts. Mühlensbruch a. a. D. Bd. 38 S. 215; dagegen Hartmann S. 92 f., darnach Arndts §. 500 Anm. 1. Unger, österr. Erbr. 2. Aufl. Anm. 4.

22) l. 19 C. pact. 2, 3 — *invicem esse pactos* —; Nov. Valent. III cit. — *consensus . . morte praeventis heredem superstitem fieri oportere personam*.

23) Gewöhnlich hält man sie für eine bloß naturale Eigenschaft des gemeinschaftlichen T.s, (Puchta, a. a. D. Sintenis, gem. pratt. Civilr. §. 178 Anm. 4, Windscheid §. 568 Anm. 4 u. die dort Agff.); Hartmann S. 134 fgg., u. nach ihm jetzt auch Arndts §. 500 a. E. u. Anm. 2 erklären sie für ein Occidentale. Uns wird durch Widerruf der einen Erbsetzung die andere von selbst hinfällig — als Bestandtheil des aufgelösten Konjenies; Hartmann kommt, wenn das T. korrespondiv ist, zu demselben Resultat auf dem Wege der Bedingung; Windscheid kommt von dem Standpunkte der Voraussetzung zu dem Satze, daß die einseitig gewordene Einsetzung iure fortbestehe, von den Intestaterben des Testators aber als sine causa bestehend gegen den Eingesetzten widerrufen (?) werden könne (a. a. D. Anm. 4).

dass nur bis zum Betrag des ererbten Vermögens geleistet werden müsse (z. B. Windscheid, §. 568 zu Anm. 6 u. 7). Allein Puchta's Ansicht geht davon aus, dass jeder Testator nur sein eigenes Vermögen, nicht auch das seines Erben belastet habe und habe belasten können: und das ist gegen l. 25 cit.; Windscheid bemerkt, dass keiner von Beiden über den Betrag des zugewendeten Vermögens hinaus von dem Anderen belastet werden konnte (a. a. D. bei. Anm. 7). Trifft dieses hier zu, dann ist ein Universalfideikommiss auf das gemeinschaftliche Vermögen, das beim korrespondiven Testament so nahe liegt, vornherein unmöglich. Allein jener Satz gilt nicht schlechthin: enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii est, restituere, non est audiendus legato percepto si velit computare.

l. 70 §. 1 D. leg. II. Der Annahme des Legates steht die Annahme der Erbschaft in unserem Falle gleich. Dass die Praxis für die Mühlensbruch'sche Ansicht sei, ist von Windscheid a. a. D. Anm. 7 bezeugt.

§. 371.

Die testamentarische Willenserklärung insonderheit und überhaupt die zu jedem Testamente nothwendige Willenserklärung¹⁾ muß

1. eine Erklärung des Testators selbst sein²⁾, und

1) l. 1 D. qui test. 28, 1. *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.*

2) Wenigstens nach r. R. gibt es auf dem Gebiete der Testamentserrichtung keine Stellvertretung (M. S. Mayer, die L. v. Erbr. 1840 Th. 1 §. 9, Anm. 1), nach justinianischem Rechte nicht einmal Verbeistandung (auctoritas oder Konsens — Bd. 1 §. 55 Anm. 29 Anm. 6). Nach kanon. Rechte (c. 13 X test. 3, 26 Innoe. III) allerdings soll wer extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, nicht intestatus versterben, wobei weder an die Ernennung eines Testamentsexekutors, noch an ein Privileg für die Geistlichen gedacht zu sein scheint, so dass Neuere die Möglichkeit ohne eigenes Testament als testatus zu versterben für Alle anerkannt wissen wollen (Schräder, Abhh. aus dem Zivilr. 1 Abth. 3 S. 71 fgg. M. S. Mayer, d. L. v. d. Legaten u. dec. 1854 Abth. I S. 191. Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 46 S. 362—372. Bering, Erbr. S. 826 fgg.). Wegen des Zusammenhanges aber, in welchem diese Dekrete

auch was deren Inhalt und Existenz anlangt, insoweit den eigenen Willen des Testators enthalten, daß weder das Was noch das Daß der nackten Willkür eines Dritten anheimgestellt sein darf³⁾.

(Stück eines Briefes an den Bischof von Augerre) mit dem Recht der Bischofe auf den Intestatnachlaß der Kleriker (*jus spolii*) stand (Bangerow, Leits. §. 432 Anm. — 4, b), und bei dem Umstand, daß die Geistlichen sich gewohnheitsmäßig der manufideles (Treuhänder) nicht blos als Exekutoren, sondern als testatores u. ordinatores ihres letzten Willens bedienten (Bangerow a. a. O. 4a), dürfte die Defretale immerhin auf Geistliche zu beschränken sein (Glück, Comm. Bd. 33 S. 476 fgg. Bd. 34 S. 1 fgg. Bangerow a. a. O. Windscheid §. 547 Anm. 3. Serafini, arch. giurid. 1869 III. p. 166 fgg.). Doch würde diese einschränkende Auslegung er schwert, wenn die manufideles, deren sich die Laien bedienten, nicht mehr und nicht weniger als die manufideles der Kleriker, also bald Testatoren bald Exekutoren, gewesen sein sollten. (Rößhirt, die L. v. d. Vermächtnissen nach r. R. Thl. I S. 319 — wogegen Bangerow a. a. O. und die dort gläff.). In der gemeinrechtlichen Praxis fand aber weder die Defretale, so allgemein sie auch lautet, noch die Uebung mittelalterlicher testirender Treuhänder Eingang oder Fortgang. (Windscheid a. a. O. Vgl. Seuffert, prakt. Pandr. §. 536, 7. Westerr. allg. bürg. Gb. §. 564. Holzschuher, Kajuitstif d. g. Civlrl. Bd. 2 S. 605 (2. Aufl.)

3) Grundatz: — nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere: l. 32 pr. D. her. inst. 28, 5) — in alienam voluntatem conferri legatum non potest (l. 52 D. dem. 35, 1) — daher richtig die Erbeinsetzung quos T. voluerit (l. 32 pr. cit.), sowie die Einsetzung „si Titius voluerit, S. heres esto“ (l. 68 D. h. i. 28, 5, l. 32 eod.). Dasselbe gilt nach l. 52 cit. Modest. in Betreff der legata, und nach l. 11 §. 7 D. leg. III Ulp. selbst in Betreff der fideicomissa, während l. 1 pr. D. leg. II Ulp. l. 46 pr. §. 2 D. fideic. lib. 40, 5 Ulp. l. 43 §. 2 D. leg. I. Ulp. das Gegentheil zu besagen scheinen, und M. S. Mayer a. a. O. §. 31 Anm. 12, Arndts (Fortf. d. Gl. Comm. Bd. 46 S. 356) mit Glück auch hierauf eingehen. In l. 1 pr. cit. kann Ulpian nun zwar sagen wollen, nicht, daß die Bedingung si voluerit statthaft sei, sondern daß trotzdem sie umstatthaft ist, ein Vermächtniß gleichwohl in das Belieben (arbitrium) eines Dritten gestellt werden könne; denn das Vermächtniß si Capitolium ascenderit sei nicht minder als das si voluerit ein in fremdes Belieben gestelltes B., u. dennoch giltig (vgl. Windscheid §. 633 Anm. 17). Allein natürlicher lautet die Stelle dahin, daß das arbitrium alterius mit der conditio si voluerit gleichbedeutend und letztere also zulässig sei. Diese natürlichere Auslegung vorausgeetzt ist Ulpian mit sich selbst in voller Uebereinstimmung, mit Modestinus (l. 52 cit.) in theilweiseim Wider spruch. Nach letzterem in alienam voluntatem legatum conferri non potest; nach Ulpian (l. 43 §. 2) legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. Mit dieser Ulpianischen Unterscheidung zwischen dem Erben und Dritten stimmt sowohl l. 11 §. 7 cit. Ulp., wo nur die Verstellung auf den Willen des Erben (si volueris) versagt, — und l. 46 pr. cit. Ulp., wo diese erlaubt, die Erlaubniß aber (weil ein Freiheitsvermächtniß vorliegt — s. dagegen Windscheid a. a. O.) zugleich als Ausnahme hingestellt wird (quamvis

Keine nackte Willkür⁴⁾ ist die Arbitrirung⁵⁾, geschweige denn jede andere, nicht auf bloße Willenserklärung (*si volueris, si voluerit*) gestellte Bedingung⁶⁾. Dem Legatar gestellt ist die Bedingung *si volet* nicht blos Ausdruck dessen, was sich von selbst versteht, sondern Einschränkung des Vermächtnisrechtes, da dieses nun noch vom Legatar selbst gewollt sein muß, wenn es auf seine Erben kommen soll, und also statthaft⁷⁾. Die Wahl was oder wem zu geben sei, kann gelassen werden, wenn nur die Freiheit ob zu geben sei, benommen ist⁸⁾;

nihil aliud — scil. quam fideicomissa libertas — in testamento potest valere ex nutu heredis), als auch l. 46 §. 2 cit. Ulp., in der daselbe Vermächtnis unter der Bedingung *si voluerit* (d. i. in alienam voluntatem collatum) als etwas regelrecht, und zwar nach Art des *si capitolium ascenderit* gütiges erscheint. Auch versteht Ulpian nicht gegen seinen Grundsatz: *certum debet esse consilium testantis* (Ulp. XXII, 4 — Windisch a. a. D.), wenn er da wo ihm dies gut dünkte in dem *si voluerit* das Dasein einer Bedingung betonte (l. 46 §. 2 cit. — *quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset*, „*si T. Capitolium a.*“ cf. l. pr. cit.); denn das incertum der Bedingung ist durch jenen Grundsatz nicht ausgeschlossen. So dürfte Arndts in Betreff Ulpians richtig gesehen haben. Eine andere Frage ist die, was vom Standpunkte der Compilation zu gelten habe; und darnach möchten wir — da zu der Besonderheit beim Vermächtnis kein sichtlicher Grund vorliegt (M. S. Maher a. a. D. S. 190 unten) uns mit der herrschenden Ansicht zu der einfacheren Lehre des Modestinus u. Pomponius (l. 52 l. 68 ctt.) befennen.

4) — *si totum in voluntate fecit heredis* (l. 46 §. 3 D. fc. lib. 40, 5), „*si libuerit*“ (ibid.), plenum arbitrium (l. 11 §. 7 D. leg. III) liberum arbitrium (l. 7 §. 1 D. reb. dub. 34, 5).

5) — *cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrii collatum pro viri boni arbitrio accipi* — l. 1 §. 1 D. leg. II.) — *si ita adscriptum fuerit „si fueris arbitratus, si putaveris, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum vel videbitur“, debebitur; non enim plenum arbitrium voluntas heredi dedit, sed quasi viro bono (fidei?) commissum relictum* (l. 11 §. 7 D. leg. III).

6) trotzdem diese, wenn wie die Bedingung *si Capitolium ascenderis, ascenderit*, in potestate des Erbenraths oder eines Dritten gelegen, von der Bedingung *si volueris, voluerit* nurmehr als wie das Werk vom bloßen Wort zu unterscheiden ist; aber expressa nocent, non expressa non nocent: l. 52 D. dem. 35, 1 l. 68 D. h. i. 28, 5 cf. l. 1 pr. D. leg. II. l. 46 §. 2 D. fideic. lib. 40, 5. Hiegegen Ulpian'sche Reaction auf dem Gebiete des Vermächtnisses (Ann. 3).

7) l. 65 §. 1 D. leg. I l. 69 D. dem. 35, 1 cf. l. 46 §. 1 D. fideic. lib. 40, 5.

8) l. 7 §. 1 D. reb. dub. 34, 5. Vgl. Bd. 2 §. 241 insb. l. 69 §. 4 D. j. d. 23, 3. Näheres in der L. v. d. Vermächtnissen.

2. von jener Entschiedenheit des Willens sein, welche in dem certum consilium debet esse testantis ausgedrückt ist⁹⁾). An dieser fehlt es

a) da, wo die zu honorirende Person eine incerta persona ist, d. h. der Testator sich von dieser noch gar keine Vorstellung machen kann¹⁰⁾). Incertae personae waren demnach die municipes¹¹⁾, anfänglich die postumi überhaupt¹²⁾). Allein über die Konsequenzen hiervon¹³⁾ ist man mit zwei Ausnahmen¹⁴⁾ überall hinweggekommen¹⁵⁾; —

b) da, wo der Testator über sich selbst — seine Testirungsfähigkeit nämlich — im Ungewissen ist¹⁶⁾.

9) Ulp. 22, 4.

10) „quam incerta opinione animo suo . . subjiciebat“ — §. 25 J. leg. 2, 20 wie z. B. quisquis primus ad funus meum pervenerit — Ulp. 1. cit. Anders schon wenn einem „ex cognatis meis qui p. a. f. m. venerit.“ vermacht ist. Ulp. 24, 18 §. 25 J. eod.

11) Ulp. 22, 5. Von den Göttern hatte man zwar persönliche Vorstellung; allein damit waren sie noch keine Personen, die man erben und Vermächtnisse nehmen lassen konnte (Ulp. 22, 6).

12) arg. §. 26 J. eod. Nicht bloß der alienus posthumus ξούξετοῖς ἵγκετοῖς προσώποις (Theoph. ad h. c.). Francke, das R. d. Nothberen §. 3 Ann. 2.

13) Incerta persona heres institui non potest — Ulp. 22, 4. Incertis . . personis neque legata neque fideicomissa olim relinquimus concessum erat: nam nec miles incertae personae poterat relinquere, ut D. Hadr. rescripsit — §. 25 J. leg. 2, 20. Uebrigens per errorem soluta repeti non posse — ibid.

14) §. 27 J. eod. — Tutor . . nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela sua posteritatis cavere §. 28 der postumus alienus muß in utero ejus sein quae jure nostro uxor esse . . potest.

15) Notgedrungen beim postumus suus h. post mortem natus, und darum schon jure antiquo; später bei den übrigen sui postumi; beim postumus alienus wohl auch noch in klassischer Zeit, aber nur insofern er unter die Kognaten und in's Pflichterbrecht gehörte: l. 6 pr. D. inoff. 5, 2, allgemein doch erst durch die Justinianische, in §. 27 J. h. t. erwähnte, in l. un. C. de incertis personis 6, 48 aus dem Tipucitus u. Nomoc. restituite Constitution (vgl. Arndts, Forts. d. Gl. C. Bd. 46 S. 408—410. Francke a. a. O.); — in Betreff der municipes s. oben S. 54 und die so eben erwähnte lex restituta §. 10 (ed. P. Krüger 1877. p. 591) bei den Personen, die nur nicht certe demonstriert und von anderen Personen in nichts verschieden sind, durch dieselbe Just. Constitution (§. 27 J. eit. l. un. §. 1 C. eit.

16) — nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest, (l. 14 D. qui test. 28, 1), t. facere non possunt (l. 15 eod. l. 6 §. 8 D. inj. t. 28, 3. l. 1 pr. D. leg. III. Ulp. XX, 11); — non posse fideicommittere (l. 1 pr. D. leg. III) — und auch keine Codicille errichten (l. 9 D. jure cod. 29, 7). Ausgenommen

3. Nur mehr den Erbeinsetzungen und Vermächtnissen (nicht auch der tutoris datio) gemeinsam ist das Senatuskonsult gegen kaptatorische Bedingungen, sowie das Sonderrecht in Ansehung der unmöglichen Bedingungen. Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, welche man an die Bedingung knüpft, daß der Honorirte oder ein Dritter seinerseits uns honorire, werden durch eine solche Bedingung selbst kaptatorisch¹⁷⁾ und verwerflich¹⁸⁾; gleich dem was gegen das SC. Libonianum geschrieben wird gelten, kraft Interpretatio, auch sie pro non scriptis¹⁹⁾. Als echte Bedingung geht auch die kaptatorische nothwendig auf die Zukunft²⁰⁾; dagegen nicht nothwendig auch auf Vorzeigung der Gegenhonorirung²¹⁾. — Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, an unmögliche Bedingungen geknüpft, sind abermals selbst unmöglich und sollten also vornherein richtig sein; allein ohne durchschlagenden Grund und so denn auch nicht ohne Widerspruch²²⁾ hielt man sie selbst aufrecht, indeß man blos die Bedingung pro non scripto erachtete²³⁾. Den unmöglichen stehen auch hier die unsittlichen und die gesetzwidrigen gleich²⁴⁾.

Was sonst noch in Ansehung des Willens, der Form und der Nebenbestimmungen letzwilliger Erklärungen gilt, sondert sich je nach ihrem Inhalt: nach Erbeinsetzung und Enterbung, Vermächtniß und sonstigen Vorschriften, sowie tutoris datio, ab und kommt denn auch gesondert bei diesen vor.

von diesem Erfordernisse ist das testamentum militare: l. 11 §. 1 §. 2 D. test. mil. 29, 1 l. 9 D. jure cod. 29, 7; i. aber oben §. 59 §. 2-4.

17) Captatoriae institutiones — l. 70 l. 71 pr. §. 1 D. her. inst. 28, 5 — captatoriae scripturae: l. 64 D. leg. I.

18) l. 70 cit. — Senatus improbavit —

19) l. 1 D. de his quae pro non scriptis habentur 34, 8. Vgl. oben §. 370 zu Ann. 5.

20) l. 71 pr. cit. cf. l. 29 D. h. i. 28, 5.

21) Gegen das si ostenderit, recitaverit, probaverit der l. 71 §. 1 l. cit. und das secretum alienae voluntatis in l. 70 cit. s. l. 71 pr. cit.

22) Gaj. 3, 98.

23) l. 14 l. 20 D. cond. inst. 28, 7 l. 104 §. 1 in f. D. leg. I l. 6 §. 1 in f. D. dem. 35, 1. cf. l. 1 eod. l. 64 D. leg. I l. 3 D. dem. 35, 1.

24) l. 14 cit.

§. 372.

Die Erbeinsetzung.

J. de her. inst. 2, 14 D. eod. 28, 5 C. eod. 6, 24.

Hauptstück und Grundlage des Testamenteß, so denn auch der einzige unter allen Umständen nothwendige Bestandtheil testamentarischer Willenserklärung ist die Erklärung, daß und wer Erbe sein solle¹⁾. Als eine Vollmacht zur Universalsuccession (§. 366 S. 45 Z. 3—5 v. unten) kann diese Erklärung nur besagen wollen, daß Einer oder Mehrere in Betreff aller Bestandtheile des Nachlasses (§. 357 Anm. 2) unmittelbar und für immer an die Stelle des Erblassers treten sollen. Denn an die Stelle des Erblassers, nicht in dessen Person, rückt der Erbe ein²⁾; wie unter Lebenden hängt die Vollmacht auch hier mit Stellvertretung zusammen³⁾. Zum Unterschiede vom Universalfideicommissar, der nur mittelbar, durch Vermittlung des Erben, auf den Erblasser folgt, und loco heredis, nicht defuncti ist⁴⁾, muß er unmittelbar an des Verstorbenen Stelle treten. Jure communi soll der Erbe aber nicht blos persönlich, sondern auch zeitlich unmittelbar dem Verstorbenen nachfolgen, ein dies a quo für nicht beigefügt gelten⁵⁾. So wenig auch als einen

1) §. 34 J. leg. 2, 20 — testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput ac fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.

2) Zu §. 357 Anm. 2 S. 3. s. auch noch Gaj. 4. 34 (legitimo, praetorio jure) succedere in locum defunctorum — Martial. Epigr. lib. 6, 63 — hunc tabulis heredem, stulte, supremis Scribis et esse tuo vis, furiose, loco — cf. l. 86 pr. in f. D. leg. II.

3) vgl. einstweilen meine Bandd. 1. Aufl. § 372.

4) l. 44 §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1 — Senatus . . voluit fideicommissarium . . haberi heredis loco — vgl. Gaj. 2, 252 — wogegen der legatarius partarius auch nicht indirekt als Universalsuccessor erscheint: arg. Gaj. 2, 254.

5) jure communi: Denkbar wäre, daßemand unmittelbar in dem Sinne succedit, daß er durch keinen Dritten hindurch und gleichwohl nicht sofort, sondern ex die succedit, indem etwa mehrere nach einander, der erste sofort, der zweite erst nach diesem u. s. f. berufen wären. Die Späteren wären hier so gut wie der Erste persönlich unmittelbar, nach diesem, nicht mittelst desjelben, wohl aber zeitlich mittelbar (medio tempore elapsu) berufen. Jure militari ist dies auch zugelassen: ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem: l. 41 pr. l. 15 §. 4 D. testam. mil. 29, 1. Die Regel s. l. 34 D. h. t.

Auffschub leidet die Erbsfolge jure communi ein Ende. Wer einmal Erbe geworden ist, kann in die Lage kommen es niemals gewesen zu sein⁶⁾, oder doch so behandelt werden als ob er es niemals gewesen wäre⁷⁾, mit nichts dagegen jure communi es auf Zeit sein; ein dies ad quem wäre wieder als nicht beigefügt zu erachten⁸⁾; desgleichen eine Resolutivbedingung⁹⁾. — Vollmacht kann an beliebig Viele, als eine Vollmacht zur Universalsuccession für einen Jeden nur in Ansehung aller Bestandtheile des Nachlasses, für Mehrere also nur zu intellektuellen Theilen ausgestellt¹⁰⁾, jure communi weder für den alleinigen noch für die mehreren Erben zusammen auf einen aliquoten Theil¹¹⁾ oder auf einzelne Stücke des Nach-

6) nicht durch Resolutivbedingung — Ann. 8; auch nicht durch i. i. restitutio oder Abstinenz — beides nicht sowohl nach Ausprüchen der Quellen (etwa I. 7 §. 10 D. min. 4, 4 oder gar I. 44 D. re jud. 42, 1), als nach der bloß honorarischen Natur dieser Rechtsmittel; wohl dagegen durch nachträgliche Richtigkeit des Testamentes (§. 376).

7) Hierher i. i. restitutio u. Abstinenz u. l. 7 §. 10 u. l. 44 citt.

8) l. 34 cit.; das auch hier derogirende jus militare §. l. 41 pr. l. 15 §. 4 citt.

9) Dies folgert man mit Recht aus l. 88 D. h. t. — non potest efficere, ut qui semel heres extitit, desinat heres esse — u. l. 7 §. 10 in f. D. min. 4, 4 — heres manebit qui semel extitit —

10) Paterf. distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit (l. 13 §. 1 D. h. t. ein Sabinusſatz). §. 4 J. h. t. in infinitum quot quis vult heredes facere licet.

11) — neque idem pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest nisi sit miles — §. 5 J. h. t. l. 7 D. r. j. 50, 17 l. 19 §. 2 D. pec. castr. 49, 17. — ein Satz, der auf Interpretatio der XII T. beruht, da diese nur si intestatus moritur zur legitima h. berufen, und dieser Fall nach der Natur der Bedingung (l. 85 §. 2 D. v. o. 45, 1) nicht gehalten eintreten kann — earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus (l. 7 cit.). Die Herleitung aus dem Testamente als einer die Intestaterfolge aufhebenden lex (Hering, Geist d. r. R. III §. 141, Köppen, Erb. S. 13) genügt nicht; denn eine lex tonnte die Intestaterbi. auch zum Theil aufheben. Die Herleitung aus der Solidarität des Nachlasses (Huschke über die Rechtsregel Nemo pro parte test. etc. Rhein. Mus. f. Jp. VI S. 264, Schirmer, Handb. d. r. Erbr. S. 54) enthält eine petitio principii, und geht gegen den Ann. 10 angeführten Sabinusſatz (anders Haubold opusc. 334 alin. Padellotti Erbeini ex certa re, S. 6. Windscheid §. 537 Ann. 2 ist unserer, seit Thibaut civ. Abh. Nr. 5 gegebenen und von der Mehrheit acceptirten Erklärung nicht entgegen, findet aber auch in ihr nicht den „eigentlichen Grund“ „weil die Ausschließlichkeit der test. Verufung sich in gleicher Weise gegenüber einem früheren Testament, wie gegenüber der Intestatverufung geltend macht“. Aber ob diese beiderlei Ausschließlichkeiten denselben Grund haben müssen? (Vgl. §. 376). Im allge-

lassen (h. i. ex re certa) beschränkt werden. Doch trate widrigenfalls nirgends Nichtigkeit, sondern ersterenfalls Accrescenz¹²⁾, letzteren falls eine je nach Lage des Falles verschiedene Remedur¹³⁾ — entweder Umgangnahme von der certarum rerum mentio und dadurch Aufrechthaltung der h. institutio, oder Aufrechthaltung der certarum rerum mentio bald mit, bald ohne (effektive) Universalsuccession ein. Erstere Alternative greift platz, wenn ein Einziger zum Erben und zwar auf bestimmte Sachen eingesetzt und nicht ersichtlich ist, daß und an wen die Erbschaft im übrigen zu restituiren sei¹⁴⁾. Aus der Einsetzung auf die bestimmten Sachen an sich ergibt sich das Universalfideikommis, d. i. das Gebot der Restitution im Ueber-

meinen ist zu bemerken, daß naturaliter (l. 7 cit.) kein Kampf besteht zwischen dem testatum und intestatum decedere, wenn man auf den Gegenstand oder Umfang der Erbsfolge sieht; dies zeigt sich im jus militare u. ist von Haubold (opusc. I p. 323) nach Vinnius gegen die Aelteren weidlich dargethan; daß jener Kampf dagegen naturaliter und wirklich besteht, wenn man auf die Bedingung sieht, unter welcher die XII T. die Intestaterbsfolge zulassen, daß der Satz in l. 7 cit. sich auch äußerlich als Juristenrecht fund gibt (jus nostrum), auf Sabinus (Pomp. ad Sab.) und durch diesen wenn irgend etwas auf die den XII T. gegenübergestandene interpretatio (l. 2 §. 38 D. or. j. 1, 2) zurückführt, ist von Haubold, der den Satz aus verschiedenen Quellen ableitet (p. 336—348) nicht bemerkt worden.

12) §. 7 J. I. 13 §. 3 D. h. t. — qui accedit quadrans . . acrecet —

13) Kunze's, in seiner akademischen Gelegenheitschr. „Über die Erbeins. auf bestimmte Nachlaßstücke (inst. ex re)“ Leipz. 1875 enthaltenen Versuch, die h. i. ex re certa als etwas ursprünglich Normales darzuthun, müssen wir auf Grund des in der M. Viertelj.-Schr. Bd. 17 S. 567—575 Gesagten für gescheitert erachten. Vgl. Windscheid §. 553 Anm. 5 a. E. — Andererseits ist der Vorstellung, als ob überall, oder wenigstens in allen denjenigen Fällen, in welchen beides, certarum rerum mentio und heredis institutio nebeneinander aufrecht zu halten ist, dieselbe Remedur — Unterstellung einer Kontraktion, nämlich einer richtigen, mit Universalfideikommis belasteten Erbeinsetzung auf der einen, und einer certarum rerum deductio auf der anderen Seite (fideikommisarische Mediation) platzgreifen soll (Arndts, P. §. 493 „insofern man darin ein dem so eingesetzten Erben auferlegtes Fideikommis erkennt“ Windscheid §. 553 „so wird dieser sein Wille auch hier indirect re.“) nicht beizpfllichten. Endlich dürfen Windscheid's Worte, daß die in der certarum rerum institutio enthaltene Verfügung nur dadurch aufrecht erhalten werden könne, daß entweder von der Erbeinsetzung oder von der Erwähnung des bestimmten Vermögensstückes abgesehen wird“ (§. 553) nicht urgirt werden; denn manchmal wird von keinem dieser beiden Dinge abgesehen.

14) l. 1 §. 4 D. h. t. Si ex fundo fuisse aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione cf. l. 41 D. vulg. subst. 28, 6.

rigen, noch nicht¹⁵⁾); ließe sich daraus das Gebot sich hiemit zu begnügen stillschweigend entnehmen, so wäre noch immer nicht gesagt an wen zu restituiren sei¹⁶⁾. Insonderheit auch da, wo diese rerum institutio in einem späteren Testamente vorkommt, ist ein Fideikommis zu Gunsten der Eingesetzten des ersten Testamentes nicht stillschweigend, aus der certarum rerum mentio selbst, anzunehmen (Num. 16 a. E.). Anderseits scheint die dazu nothwendige Verfügung nicht im späteren Testamente selbst oder allein enthalten sein zu müssen¹⁷⁾. — Dem Falle wo ein

15) argg. l. 29 D. ad SC. Treb. 36, 1 — propter fideicommissaria verba — §. 3 J. q. m. test. inf. 2, 17 — propter inserta fideicommissi verba etc. — l. 69 pr. D. leg. II — contentus sis — l. 13 C. h. t. — certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi — Vgl. Neuner, die h. i. ex re certa 1853 S. 61 fgg. S. 73. Worauf sich Tewes, Erbr. S. 255 bezieht, wenn er diesem Hauptchriststeller über h. i. e. r. c. allgemein die entgegengesetzte Meinung beilegt, ist nicht zu ersehen.

16) l. 69 pr. D. leg. II — facilius est hoc probare (dass an die übrigen Erben zu restituiren sei, wenn einer von ihnen sich mit einer bestimmten Summe zu begnügen (ausdrücklich) angewiesen ist), quam probari potuit illud (dass fideicommissum valet), cum ibi fideicommissum petatur ab his cum quibus testator non est locutus. — Namentlich liegt kein F. an die Intestaterben vor, wenn dies nicht ausdrücklich gewollt ist — ibid. in fin. Neuner, S. 61 fgg.

17) wie von Schwing, zur L. v. d. h. i. ex r. c. 1875 (wozu meine Besprechung in M. Viertelj.-Schr. Bd. 17 S. 575 fgg.) nach Padellotti, die L. v. d. h. i. e. r. c. Berlin 1870, S. 70. III) der Glossa u. A. angenommen wird. Die diesbezüglichen verba fideicommissaria der l. 29 D. ad Sc. Treb. 36, 1 denkt man sich im späteren Testamente, und dafür zeugt ausdrücklich der dasselbe Rescript wiederholende §. 3 J. q. m. t. inf. 2, 17 — propter inserta verba secundo testamento quibus ut valeret prius t. expressum est, sowie die Basiliken lib. 35, t. 11 Nr. 29. Allein wie lassen sich die in §. 3 J. cit. ausgelassenen Schlussworte der Stelle (Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specia-liter contrarium in secundo t. fuerit scriptum) mit jenen fideicommissaria verba quibus ut valeret prius t. expressum est vereinigen? vgl. Neuner S. 83. So unhaltbar wie die von Neuner verworfenen Erklärungen ist auch die von Padellotti S. 93. Die fideic. verba quibus ut valeret p. t. expressum est sind der Ausdruck für eine Codicillarklausel (z. B. l. 29 D. ad SC. Treb. 36, 1), stehen sprachlich im Zusammenhang mit dem ersten T. (— restitutat his qui priore t. scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba etc. und wären sicher auf dieses zu beziehen, wenn ut valeret t. statt ut valeret prius t. stünde. Dies beredigt zu der Vermuthung einer Interpolation im Institutionentext und deren Reproduktion in den Basiliken. Die Kompilatoren, welche bei der Aufnahme des Rescripts in §. 3 J. cit. die Schlussworte weglassen, fügten hier die in dem Rescripte selbst nicht enthaltenen, mit jenen Schlusswörtern unvereinbaren Worte secundo testamento ein. — Aus dem Gesagten erhebt,

einriger Erbe auf bestimmte Sachen eingesetzt ist, gleich behandelt wird derjenige, wo ihrer mehrere zu Theilen, allein zu Theilen einer bestimmten Sache, derselben oder je einer anderen Sache eingesetzt sind. Und zwar soll hier ebensowohl von den genannten Theilen, als von den bestimmten Sachen abstrahirt, eine andere Behandlung nur wenn es der Testator unzweideutig gewollt, zugelassen werden¹⁸⁾. — Die zweite Alternative, und zwar zunächst Aufrechthaltung der certarum rerum mentio mit Universalsuccession greift da platz, wo Mehrere sämmtlich nur auf certae res (also nicht auf partes, weder überhaupt, noch certarum rerum) eingesetzt sind. Hier sind Alle zu gleichen Theilen Erben, Alle zugleich präceptionsweise Legatare¹⁹⁾. Von einer universalfideikommisariischen Mediation, die auch überflüssig wäre, ist hier keine Spur. Konsequent haften den Gläubigern gegenüber Alle zu gleichen Theilen, mögen sie an den einzelnen Sachen noch so ungleich betheiligt sein²⁰⁾; selbstverständlich aber muß dem minder Betheiligten die Falcidische Quart gewahrt bleiben²¹⁾ und wäre die Erbschaft insolvent, so würden die Einfassungen, insoweit sie auf einzelne Sachen erfolgt sind, nichts bedeuten²²⁾. Dies gilt (unter Paganen) selbst dann, wenn unter anderem auf ein Kollektivum von Sachen eingesetzt ist, welches anderweitig als ein eigenes Vermögen behandelt wird, wie die bona

dass wir auch Neuncr's Ansicht, wonach die fideicommissaria verba hier eben in der Einschränkung auf die res certae liegen sollen, weil certarum rerum mentio in Verbindung mit anderweitigen Willenserklärungen wie hier mit der des vorgehenden Testamento stillschweigend ein Fideikommiß enthalte (S. 73 S. 78), nicht billigen können. Wider ihn Padellotti S. 86 fgg.

18) I. 9 §. 13 l. D. h. t. Daß die Mehreren hier also sine d. i. ex aequis partibus eingesetzt gelten sollen, leuchtete dem Paulius (l. 10) wenigstens für den Fall ein, da sie zu Theilen je einer anderen Sache eingesetzt wären (nec enim facile ex diversitate partium portiones inveniuntur). Daß ihm die Festhaltung der genannten Theile im anderen Falle minder schwierig geschehen hätte, ist damit stillschweigend gegeben.

19) I. 35 pr. — §. 2 l. 78 pr. D. h. t. l. 17 pr. D. test. mil. 29, 1.

20) I. 35 pr. in f. §. 1 D. h. t.

21) I. 35 §. 1 cit.

22) I. 35 §. 1 cit. — institutiones istas ex re factas nullius esse momenti. — Gegen die Konsequenz, daß sie ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti (pr. eod.) pro hereditariis partibus aes alienum agnosceré debent (§. 1 eod.), kann erst das benef. inventarii schützen.

castrencia²³⁾ oder bona materna, paterna²⁴⁾). Auch darauf, ob in den einzelnen Sachen, worauf die Mehreren eingesetzt sind, die Erbschaft erschöpft sei, oder nicht, kommt nichts an²⁵⁾. — Aufrechthaltung der certarum rerum mentio ohne effektive Universalsuccession findet statt, wenn nur Einer oder Einige auf bestimmte Sachen, die Uebrigen richtig eingesetzt sind. Wenigstens dem praktischen Resultate nach — da hier hereditariae actiones schlechthin bei den richtig eingesetzten Erben sein sollen²⁶⁾ — sind hier die Sacherben legatariorum loco, nicht Legatare, aber gleich Legataren, unbeteiligt an den Erbschaftsforderungen und Schulden, mithin nominell, infolge des Prinzips, daß keine Einsetzung auf Einzelnes denkbar, immer noch Erben, effektiv dagegen, weil ihnen, ähnlich wie den Erben ex SC. Trebelliano, actiones hereditariae versagt und abgenommen sind, bloß Legatare; übrigens nur unter der Voraussetzung, daß die richtig eingesetzten Miterben auch wirklich Erben werden, bloße Legatare, sonst auch sie, detracta rei mentione, wirkliche Erben²⁷⁾. Daß der Soldat in Betreff

23) arg. I. 19 §. 2 D. castr. pec. 49, 17 cf. I. 17 §. 1 D. test. mil. 29, 1.

24) I. 78 pr. D. h. t.

25) ll. citt. handeln von Fällen erschöpfender Einzeleinsetzung; es ist aber kein Grund vorhanden, weshalb im anderen in den Quellen nicht entschiedenen Falle anders zu entscheiden wäre. Dies auch die herrschende Ansicht; Padolletti S. 32 will den Fall je nach verschiedener Intention des Testators verschieden behandelt wissen.

26) I. 13 C. h. t. Justinian. Neben den diesem Restripte vorgelegenen Fall s. Padolletti S. 40.

27) Die Sache selbst — daß hier die Sacherben mit den hereditariae actiones nicht beteiligt und nicht behelligt werden sollen — finden wir bereits in dem gordianischen Restripte der c. 1 C. Greg. de fam. h. et comm. d. 3, 6; denn nach dem wortdeutlichen Auspruche desselben sollten dieselben hier nicht mehr bekommen, als wenn sie richtig in die bloßen bestimmten Sachen hätten eingesetzt werden können (ut non plus emolumenti consequatur quam alioqui esset habiturus ac si ex re certa heres institui potuisse). Außer der bestimmten Sache, sollten sie also nicht anderer, namentlich keinen Anteil an den Erbschaftsforderungen bekommen; selbstverständlich also auch keinen an den Erbschaftsschulden, durch Cessions- und Cautionsauflage mußte der Theilungsrichter dafür sorgen, daß die Forderungen und Schulden ganz auf die richtig Eingesetzten übergingen (vgl. I. 2 §. 2 D. fam. h. 10, 2. Bd. 1 §. 156 zu Anm. 15). Also bestand die justinianische Neuerung in I. 13 C. cit. einzig in der Form: nicht erst durch Cessions und Cautionen, sondern durch diese generelle Konstitution sollten die hereditariae actiones einerseits denegirt, anderseits concedirt

der certarum rerum institutio von den bisherigen Grundzügen abweichend behandelt und zwar ohne weiteres auf res certae einsetzbar geworden sei²⁸⁾, lässt sich nicht behaupten²⁹⁾. Allerdings erfreute sich der Soldat auch in Betreff des Gegenstandes woein einzusezen ist, einer Koncession, nämlich der, gewisse Güterschichten aus seinem Vermögen ausscheiden und auf sie die Erbeinsetzung beschränken zu dürfen³⁰⁾. Also kann er — mit der Wirkung, daß in das Uebrige ab intestato succedit wird³¹⁾ — nicht nur auf eine pars, sondern auch auf gewisse species bonorum, namentlich auf seine bona castrenia, bona materna, paterna, auf sein res italicae im Gegensatz der provinciales u. dgl. einzehen³²⁾; sie kann er denn auch zum Gegenstande eines Universalfideikommisses (mit Trebellianischer Folge) machen³³⁾; jetzt er Einen auf der-

sein. Padellettis Annahme, wonach das Gordian'sche Reskript die hereditariae actiones noch nach Maßgabe der in der certa res gelegenen Quote bei dem ex certa re Eingesetzten belassen, Justinian also nicht nur formal, sondern auch materiell geändert habe (S. 47—49; S. 58—60 S. 84), können wir also, so verdienstlich seine Behandlung der Stelle im übrigen auch ist, für nicht begründet halten. Für überflüssig und vergeblich halten wir auch sein Bemühen, den ex certa re Eingesetzten schlechthin als Legatarius hinzustellen, während er doch auch ihm, wenn die Miterben wegfallen, wieder Erbe wird, u. Neigung stattfindet (S. 94 sg. Neuner, S. 424). Anderseits können wir auch Neuner nicht beipflichten, wenn er das Resultat der I. 13 C. cit. wieder durch ein stillschweigendes Universalfideikommiß und stillschweigende Restitution mit praeceptio vermittelt; auch das ist überflüssig und dem einfacheren Wort- u. Sachverhalte des Gordian'schen Rescriptes u. der I. 13 C. cit. widerstrebend.

28) Windscheid §. 553 Anm. 12 u. die dort Agff. S. bes. Neuner a. a. D. Kap. II S. 485. Vangerow §. 449 Anm. 2. III. C.

29) — namentlich nicht angeichts der I. 17 pr. D. test. mil. 29, 1, welche für den Soldaten dasselbe sagt, was I. 35 pr. u. §. 1 D. h. t. für den Paganen. Daß dem Soldaten „die Erbeinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück als solches“ möglich sei Windscheid (a. a. D. im Texte nach Anm. 12), würde der auch von Windscheid (a. a. D. Anm. 2a u. 5) abgelehnten Idee Kunze's bedeutend Vorschub leisten.

30) I. 16 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1 — concessum est militibus circa institutionem separare species bonorum —

31) also das militem pro parte testatum, pro p. int. decedere posse (Anm. 11) zur analogen Anwendung kommt: j. die Anm. 32 ctt. ll. besonders I. 11 §. 2 D. I. 2 C. ctt.

32) I. 16 §. 6 cit. I. 11 §. 2 — I. 13 I. 17 §. 1 D. test. milit. 29, 1 L. 25 §. 1 D. fam. h. 10, 2 I. 2 C. test. mil. 6, 21 argg. I. 19 §. 2 D. castr. pec. 49, 17 I. 78 pr. D. h. t.

33) I. 16 §. 6 cit.

artige Güter, den Andern auf das Uebrige ein, so sind sie nicht, wie das bei Paganen der Fall wäre³⁴⁾, sine partibus d. i. ex aequis partibus scripti, sondern gewissermassen in zwei verschiedene Erbschaften berufen³⁵⁾ und der Eine nur in Ansehung der kastrensischen, väterlichen, italischen Forderungen und Schulden Gläubiger und Schuldner, der Andere in das Uebrige. Das ist das Besondere, daß im Munde des gemeinen Testators auch diese Vermögen res certae, in dem des Soldaten ganze Vermögen sind; in sonstige Einzelsachen kann der Soldat nicht mehr, nicht weniger berufen, als der gemeine Mann³⁶⁾. Für heute hat all das nurmehr theoretische Bedeutung (§. 369 Anm. 13).

Keine Art der h. i. ex re certa ist die h. i. exceptare certa; denn nicht auf ceterae res im Sinne der res certae (z. B. l. 17 pr. D. test. mil. 29, 1)³⁷⁾, sondern auf das Ganze oder auf partes mit Ausnahme gewisser Sachen ist hier eingesetzt³⁸⁾. Wäre dem nicht so, so würde der Ausnahme gegenüber keine Regel, beim Universalfideikommis mit certarum rerum exceptio, deductio kein Trebellianum, in der That kein Universalfideikommis, neben Vindikationslegat und legatum partiarium keine hereditas bestehen können. Nur die

34) l. 19 §. 1 D. castr. pec. 49, 17 l. 78 pr. D. h. t.

35) — quasi duorum hominum duas hereditates intelligi — l. 17 §. 1 D. test. mil. 29, 1 — non est locus familiae h. judicio; divisum enim est per constitutiones inter eos patrimonium l. 25 §. 1 D. fam. h. 10, 2.

36) Beschränkt er sich auf Einsetzung eines Einzigens und diesen auf einen fundus, so verstirbt er zugleich testatus und intestatus, aber nicht de certis rebus testatus, ceteris intestatus, sondern dem gemeinen Recht entsprechend pro parte testatus pro parte intestatus (arg. l. 6 D. test. mil. 29, 1 — miles enim etc.); zu was für Theilen und mit welchem Erfolg in Ansehung der actiones hereditariae, ist nicht gesagt; wahrscheinlich aber mit dem, der sich aus der Intention, auf den fundus einzuschränken ergibt: also wahrscheinlich mit dem des Gordian'schen Reksripts und der justin. Konstitution im Falle der Eine auf res certa, der Andere schlechthin eingesetzt ist (Anm. 26, 27).

37) wie dies nach Neuner a. a. D. S. 37—42 von Bangerow §. 449 Anm. 2. III. B., Bering, r. Erbr. S. 316, Unger, österr. Erbr. §. 8 Not. 6 a. E. vgl. auch Mühlensbruch Forts. d. Gl. Comm. Bd. 40, S. 167 angenommen, dagegen von Mandry, Arch. f. civ. P. Bd. 51 N. §. 1 S. 83 fgg. bekämpft wird.

38) l. 74 D. h. t. l. 86 pr. D. leg. II (l. 16 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1?)

excepta res erscheint hier als certa res. Erhellt nicht zu weſſen Gunſten ſie ausgenommen iſt, ſo wird auch hier von ihr abgeſehen³⁹⁾; ſind Miterben vorhanden, ſo ſtellt ſie, wenn nichts anderes gewollt iſt, auch hier ein Vermächtniſ dar; ſelbstverſtändlich eines an die Miterben⁴⁰⁾. —

In gewiſſe Worte⁴¹⁾ iſt die Erbeinſetzung nicht mehr gebunden; genug daß aus der Art des Ausdruckes der Wille, daß eingezetzt ſein ſolle, erhellt⁴²⁾. Darnach kann ſie auch auf Schlußfolgerung beruhen. Nichtsdestoweniger find Stellen in das C. J. aufgenommen, nach welchen nicht eingezetzt iſt, wer zwar nicht direkt eingezetzt, deſſen Nicht-Erbe werden aber als Substitutionsbedingung gezeigt iſt⁴³⁾, ſo daß er konkludenterweife eingezetzt zu ſein ſcheint. Indeſſen muß man doch zweifeln, ob in einer derartigen Erklärung ſchon der Wille und die Thatſache einer Erbeinſetzung, oder nicht blos der Gedanke an eine ſolche gelegen und also noch keine Schlußfolgerung auf Erbeinſetzung begründet ſei⁴⁴⁾. — Eine Trennung von Ernennung und Nennung des Erben, derart daß im

39) I. 74 cit.

40) I. 86 pr. cit.

41) Gaj. 2, 117.

42) I. 15 C. test. 6, 23 Const. a. 339 — in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio — amota erit solemnium verborum solemnitas —

43) I. 19 D. h. t. (si mihi Sj. heres non erit, Semp. h. esto) I. 16 §. 1 in f. D. vulg. u. pup. subst. 28, 6.

44) Durch diese „Subtilität“ (const. Tanta circa nos §. 15) möchten wir die Kompilatoren gegen den Vorwurf des Neberlebens, der in der Verwerfung der II. citt. (Wangerow §. 449 Anm. 1. Käppen, System d. h. röm. Erbr. im Grundriß S. 31. Windſcheid §. 546 Anm. 11) enthalten iſt, vertheidigen, und mittelst ihrer an der Regel in conditione possitus non est in dispositione“ feſthalten (vgl. Puchta, Vorl. II §. 473. Arndts, §. 493 Anm. 1. Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 40 S. 234 fg. Unger, öſterr. Erbr. §. 14 Anm. 2), dagegen nicht mehr an dem Satze, daß eine Erbeinſetzung „durch bloße Schlußfolgerung“ (m. Pand. 1. Aufl. S. 772) oder „ſtilschwiegende Erklärung“ (Puchta a. a. D. u. Pand. §. 473 not. c.) unmöglich ſei, — ſo treffend auch Padelletti h. inst. ex re certa S. 12 fgg.) vor der Verwechſlung des favor testamentorum mit Willenspräsumtionen warnt. Daß die klaffiſchen Juristen die fragliche Erbeinſetzung blos wegen mangelnder Solemnität des Ausdruckes (Wangerow a. a. D.), nicht wegen mangelnden Ausdruckes überhaupt verworfen haben, wäre nach obigem nicht zuzugeben. Zu bemerken ist endlich, daß in der klaffiſchen Jurisprudenz nicht blos jene Erbeinſetzung verworfen, ſondern auch die Giltigkeit der Substitution bezweifelt worden iſt (I. 19 cit.).

Testamente bloß der Wille, daß jemand Erbe sein solle, ausgesprochen, die Erklärung dagegen wer es sein solle, Kodizillen vorbehalten ist (s. g. *testamentum mysticum*), wird schon im klassischen Rechte zugelassen⁴⁵⁾, und hat für das mündliche Testament nicht weniger zu gelten als für das schriftliche⁴⁶⁾.

Den Nachlaß an Formen hat die Erbeinsetzung mit den Geschäften des „neuen Rechts“ überhaupt gemein; auf den s. g. *favor testamentorum*⁴⁷⁾ dagegen geht die Nachsicht zurück, mit welcher die heredis institutio in manch anderer Richtung behandelt wird⁴⁸⁾; vielmehr eine Begünstigung der Erbeinsetzung und nur der Erbeinsetzung ist es, woran wir unter dem s. g. *favor testamentorum* zu denken haben, und welche nicht erst in dem „neuen Rechte“ vorkommt⁴⁹⁾. Als Begünstigung der Erbeinsetzung ist aber zu betrachten die Aufrichtthal tung mehrerer Arten von an sich unmöglichen Einsetzungen: nämlich der Einsetzung, welche sich auf einzelne Bestandtheile (*res certae*), oder auf einen oder einige das Ganze der Erbschaft nicht erschöpfende aliquote Theile der Erbschaft beschränkt⁵⁰⁾, oder umgekehrt das Ganze der Erbschaft übersteigt⁵¹⁾,

45) I. 77 D. h. t. I. 10 §. 1 D. cond. inst. 28, 7 — und mit der Bemerkung gerechtfertigt, daß die Vergabung der Erbschaft doch auch hier schon im Testamente liege (I. 10 pr. eod. trotz der Formel *quem codicillis fecero statt nominavero*). Von der mystischen ist übrigens die bedingte Einsetzung des (im T. genannten) Sejus: *si eum codicillis heredem scripsero* (I. 10 pr. cit.) zu unterscheiden.

46) trotz I. 21 pr. D. qui test. 28, 1 l. 26 l. 29 C. test. 6, 23 — wornach beim mündlichen T. der Erbe *palam* zu nennen ist. Allein die entsprechende Regel (Ausdrücklichkeit) gilt auch für das schriftliche T. und dennoch ist die Verhweichung zugelassen. S. dagegen Glück, Comm. §. 1417a. Hinwider Arndts Rechtslex. Bd. 3 S. 919 Anm. 77. Windischheid §. 546 Anm. 10.

47) der in diesem Ausdruck nicht quellenmäßig zu sein scheint —

48) I. 19 D. lib. et posth. 28, 2 — *aliam causam esse institutionis quae benigna acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae* —

49) Von einem *favor t.* in Ansehung seiner Solemnitäten kann keine Rede sein, da A. D. Weber „mit Recht sagt, das t. *injustum* solle ganz über den Haufen, der Fehler sei groß oder klein“ (Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 38 S. 130).

50) s. oben Anm. 13—36; 12.

51) Verdoppelung des Ganzen (*dupondium*) — 1) wenn mehr Theile genannt sind als das Eine Ganze beträgt: arg. I. 78 §. 2 D. h. t. (wo Brinz, Pandekten III. 2. Aufl.

ferner der Einsetzung, welche an eine unmögliche Bedingung geknüpft⁵²⁾, oder mit einer unmöglichen Bedingung oder einem dies verknüpft ist⁵³⁾. Nur die kaptatorischen Bedingungen machen die Erbeinsetzung selbst kaptatorisch und verwerflich⁵⁴⁾. Der Satz, daß nemo pro parte testatus pro parte intestatus decidere potest, ist Ursache, daß wenn die Theileinsetzung aufrecht erhalten wird, Accrescenz eintritt, mit nichten Ursache, daß die Theileinsetzung aufrecht erhalten wird, noch selbst ein Ausfluß des favor testamentorum⁵⁵⁾. — Der error unterliegt hier wesentlich derselben Behandlung wie bei anderen Geschäften. Wo er Richtigkeit der Erbeinsetzung ganz, oder zum Theil, nach sich zieht, ist er entweder fein bloßer Irrthum (falsa opinio), sondern eine den Willen ausschließende Verirrung (Bewußtlosigkeit in Zerstreutheit u. dgl.), so daß man einen Anderen einsetzt, als den man will (error in corpore)⁵⁶⁾, oder auf mehr als man will (error in quantitate)⁵⁷⁾, — oder er ist bloßer Irrthum, und aber von der Art des error in substantia, so daß er eine die Person des Honorirten wesentlich bestimmende Eigenschaft betrifft⁵⁸⁾; als Irrthum im Be-

dann der etwaige Reit des zweiten Pfundes pro partibus accrescunt) — 2) wenn nach Eröpfung des Pfundes durch die genannten Theile noch ungenannte Theile gemacht (heredes sine partibus geschrieben) werden: §. 7 J. I. 17 §. 3 §. 4 I. 18 I. 53 I. 87 I. 79 D. h. t.

52) Sieher §. 371 zu Ann. 22—24.

53) Sieher die Resolutivbedingung oben Ann. 9, ferner der dies ad quem Ann. 8.

54) s. oben §. 371, 3.

55) s. dagegen Padiletti a. a. D. S. 11 unten.

56) hier neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est: I. 9 D. h. t. I. 3 D. reb. dub. 34, 5.

57) wo die Erbeinsetzung nur in dem gewollten Umfang gilt: I. 9 §. 3 D. h. t. Wo umgekehrt weniger geschrieben wird als man wollte ($\frac{1}{3}$ statt $\frac{1}{2}$), möchte man aus dem Ann. 56 angegebenen Grunde die Erbeinsetzung nur in dem geschriebenen Umfang gelten lassen; statt dessen gilt sie in dem gewollten Umfang (I. 9 §. 2 eod.). Der Ausgangspunkt dieser Entscheidung liegt in dem Falle da plus nuncupatum (dictum), minus scriptum ist I. 9 §. 3 cit. I. 7 C. test. 6, 23, das gewollte Mehr also nicht gar nicht zum Ausdrucke gekommen ist. Die Entscheidung ist aber auf den Fall da der Testator selbst schreibt ausgedehnt (I. 9 §. 3 cit.), und Rejscripta schienen nothwendig sie zu stützen (vgl. Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 38 S. 440 Ann. 45).

58) So die Einsetzung des vermeintlichen Bruders oder Kindes in I. 7

weggrund wirkt der error auch hier nur bei Zutritt besonderer Umstände⁵⁹⁾, und auch hier nur Anfechtbarkeit; Ablation — eine modifizirte Querel in dem Falle der l. 27 §. ult. l. 28 eitt. — eine Art i. i. restitutio in l. ult. D. h. t.; die seit Puchta p. §. 472 Not. e mannißfach wiederholte Behauptung, daß der Irrthum im Beweggrund, wenn causam dans, die Erbeinsetzung ungültig mache⁶⁰⁾, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen⁶¹⁾. — Ueber den Einfluß des Zwanges s. unten §. 377 Ann. 5.

§. 373.

Heredis substitutio, Bulgarsubstitution insonderheit.

J. de vulgari substitutione 2, 15. D. de vulgari (et pupillari) subst.
28, 6 de imp. et aliis subst. 6, 26.

Heredis substitutio ist eine Erbeinsetzung, welche unter oder nach einer anderen als eventueller Erfaß einer anderen

C. her. inst. 6, 24 und l. 5 C. test. 6, 23 l. 1 §. 11 D. Carb. Ed. 37, 10. Andere Autoren sprechen hier von einem Irrthum im Beweggrund (mit dem Effete bloßer Anfechtbarkeit: Windscheid §. 548, 2, — oder dem der Nichtigkeit: Savigny, Syst. Bd. 3 S. 378 fgg. Leonhard, der Irrthum bei nichtigen Verträgen 1882. I. S. 258 fgg. II. S. 423 fgg.) während andere Stellen von Indignität sprechen: l. 46 pr. D. j. f. 49, 14. l. 4 C her. inst. 6, 24. Indessen tritt in diesen letzteren Stellen (allerdings auch in l. 1 §. 11 eitt., partus suppositio zum Irrthum hinzu (vgl. Savigny a. a. D. S. 379), und für Nichtigkeit spricht die Analogie dessen, was von ähnlichem Irrthum bei Exheredationen und Vermächtnissen gilt (l. 14 §. 2 l. 15 D. lib. et posth. 28, 2; l. 27 D. usu et usufr. 33, 2). Aufklärung über den „adoptirten Bruder“ in l. 7 C. cit. gibt Bruns zu §. 86 des irisch-römischen Rechtsbuches S. 254 fgg.

59) Indignität in den oben Ann. 58 eitt. II. u. Fällen — Inofficiosität in l. 27 §. ult. l. 28 D. inoff. 5, 2 cf. l. 9 l. 10 C. test. mil. 6, 21, — Umstände in denen der Irrthum zwar nicht zur Inofficiosität wie vorher, aber doch zu einer nicht geahnten Art von Entfernung einer bereits eingesetzten Person geführt hat, also die Erbschaft nicht sowohl dem Eingesetzten entzogen, als dem derselben Bereaubten wiedergegeben werden soll, wie in l. ult. D. h. t. (der Savigny, Syst. Bd. 3 S. 379 not. d., die l. 28 D. inoff. wohl nicht mit Recht gleichstellt).

60) s. z. B. die Ann. 58 Genannten, Arndts §. 491 2 u. Ann. 1, wo die hier oben Ann. 59 angeführten Ungültigkeitsfälle bloß als „Fälle“ d. i. Beispiele des error causam dans betrachtet und die besonderen Umstände der Inofficiosität sc. nicht gewürdiget werden.

61) namentlich nicht schon durch Verweisung auf die Vermächtnisse: l. 72 §. 6 D. leg. l. Savigny a. a. D. S. 378 läßt denn auch nur „zwei Ausnahmen“ von der Regel zu, daß der Irrthum im Beweggrund nicht in Betracht komme, und führt als solche den error causam dans nicht

erfolgt. Denn wie der Testirfähige mehrere mit und neben-einander zu Erben einsetzen kann, so kann er die Erbeinsetzung auch abstufern¹⁾, also Mehrere, nach einander einsetzen. Doch ist der Ersatz, den die Substitution bezeichnen kann, ein doppelter: entweder der einer voraufgehenden und ausfallenden Erbeinsetzung; hier wird unter der Bedingung daß der und der Eingesetzte nicht Erbe werden sollte si ille heres non erit²⁾ — in primum casum³⁾ — substituirt; eine derartige Substitution ist in jedem Testamente möglich und darum vulgaris s. genannt; — oder aber Ersatz für eine Erbeinsetzung, die nach dem Willen des Testators ein Dritter, der selbst nicht testiren kann, vornehmen sollte, die aber dieser selbst nicht vornehmen kann. Derart kann nicht von jedem Testator, sondern nach klassischem Rechte nur von demjenigen substituirt werden, der einen unmündigen suus heres hat (pupillaris substitutio). Auch diese stellvertretende Erbeinsetzung heißt Substitution; denn sie kann nur hinter oder nach der vom Testator für sich selbst verfügten Erbeinsetzung vorgenommen werden und erscheint wenigstens im Hauptfall (da dem eingesetzten Pupillen pupillariter substituirt wird), nebst- und trotzdem, daß in ihr dem Pupille ein Erbe gegeben wird, zugleich als Erbenernennung für den Vater⁴⁾. Ist der Unmündige seinerseits vom Vater eingesetzt, dann erfolgt die Pupillarsubstitution in secundum casum, d. i. unter der Bedingung, daß er Erbe wird, aber binnen der Unmündigkeit verstirbt. Nach dem Muster der Pupillarsubstitution wird später eine ähnliche Substitution für wahnslinnige Kinder möglich (§. 373). —

In der Vulgar substitution hat der Testator so freie Hand wie in der Theilung der Erbschaft. Sowie beliebig viele

an; und Ritzelmann (Irthum u. Rechtsgeschäft S. 500 oben) dürfte wohl auch von dem Irthum im Beweggrunde der Erbeinsetzung fordern, daß er Bedingung sein müsse, um in die Waagschale zu fallen.

1) pr. J. h. t. Potest . . quis in testamento suo plures gradus heredum facere — l. 36 pr. D. h. t.

2) pr. J. cit.

3) l. 8 C. impub. et aliis subst. 6, 26 cf. l. 4 §. 2. l. 45 pr. D. h. t.

4) §. 374. Bgl. Windisch §. 558 zu Ann. 2.

Theile (§. 372 Anm. 10), kann er beliebig viele Grade machen⁵⁾; wenn Mehrere eingesetzt sind, dem Einen oder Anderen oder Allen substituiren⁶⁾; Jedem einen anderen, oder Allen denselben, in jedem Grade und in jeden Theil einen oder mehrere Substituten ernennen, Miterben dem Miterben, ja sogar den Eingesetzten sich selbst substituiren⁷⁾, letzteres jedoch nur, wenn der Eingesetzte sich nicht unmittelbar (uno gradu), oder wenn er sich zwar unmittelbar, aber mit „causae mutatio“ d. h. unter solchen Umständen substituiert ist, daß die Einsetzung ohne sein Zuthun fehlschlagen, die Substitution zur Erbschaft verhelfen kann⁸⁾.

Von selbst versteht sich, daß in einer Gradationsreihe der fernere Grad nicht vor dem Wegfall des früheren daran kommt; ebenso von selbst, daß unter dieser Voraussetzung der folgende Substitut allen vorhergehenden, insonderheit auch dem institutus substituiert ist⁹⁾. Insofern wäre unser „substitutus substituto substitutus est instituto“ vielmehr ein müßiger Spruch, als eine Interpretationsregel; anders wenn er bedeuten soll, daß der Substitut eines Substituten letzterem auch in seiner Eigenschaft als Institutus substituiert sei; denn dieser in unseren Quellen allerdings enthaltene Satz¹⁰⁾ beruht schon auf voluntatis quaestio¹¹⁾. Daselbe gilt von dem Satze, daß wer Allen

5) pr. J. cit. — et deinceps in quantum velit testator, substituere potest — z. B. die 6 Grade im Testamente des Dajumiūs, Ruvorff, Zeitschr. f. gesch. Rv. Bd. 12 S. 301.

6) I. 32 l. 23 l. 45 §. 1 l. 41 pr. D. h. t.

7) §. 1 J. l. 36 §. 1 D. h. t.

8) Dies ist der Fall, wenn die Einsetzung bedingt, die Substitution eine pure ist (I. 10 §. 7 D. h. t.), oder wenn ein Sklave vermachts und als vermachter (also freinder) Sklave eingesetzt, hierauf für den Fall, daß er nicht Erbe würde, sich substituiert und freigesprochen ist. Kraft besonderen Rechtes geht hier die Freisprechung (libertas) dem Vermächtnis vor, so daß der Sklave nicht vermachts, nicht alienus ist, und da der Legatari ihm nicht zum Antritt ermächtigen kann, aus der institutio nicht Erbe wird (I. 48 §. 1 D. h. t.). Auch in diesem Fall ist die causae mutatio keine bloße Verbesserung der Lage (wie die Glossa zu „existe“ in I. cit. und Cujac. ad h. t. l. 10 §. 7 cit. anzunehmen scheinen), sondern die Ermöglichung einer sonst unmöglichen Erbschaft — nicht Qualitäts-, sondern Existenzlache.

9) wenn er gleich nur unter der Bedingung, daß der Nächstvorhergehende nicht Erbe wird, eingesetzt ist: z. B. Testament des Dajumiūs a. a. D. S. 314.

10) I. 27 l. 41 pr. D. §. 3 J. h. t.

11) I. 27 cit. — verius puto — u. das Reskript von Sev. u. Anton.

§. 3 J. h. t.

substituirt ist, nicht in die einzelnen Portionen, sondern erst nach Wegfall Aller substituirt sei¹²⁾, — sowie von dem, daß wo Mehrere zusammen substituirt sind, keiner blos pro parte, sondern (wo möglich) jeder in omnem causam substituirt sei¹³⁾, — daß bei gegenseitiger Substituirung der Eingesetzten die mit dem aussfallenden Erben zu einer Portion Verbundenen den anderen vorgehen¹⁴⁾, — daß die sich gegenseitig substituirten Erben zu denselben Theilen substituirt seien, zu denen sie instituirt sind¹⁵⁾, neben Nichteingesetzten zu denselben Theilen auf das was die Virilportionen der Nichteingesetzten übrig lassen¹⁶⁾.

Ein aus der Natur der Substitution folgender Rechtsatz dagegen ist es, daß der Eingesetzte aus dem Testament Erbe werden muß, wenn die Substitutionsbedingung aussfallen soll¹⁷⁾; eine durch die Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Testators gebotene Singularität war es, daß wenn der Eingesetzte zwar Erbe wurde, ohne Wissen und Willen des Testators aber durch ihn ein Anderer, die Substitution theilweise¹⁸⁾ oder ganz¹⁹⁾ platzgriff. Abermals aus der Natur der Substitution,

12) arg. l. 10 C. 1. 30 D. h. t. Puchta §. 477 c.; zu l. 30 bemerke „eam videri voluntatem patris, fuisse — in l. 10 die Kontroverse der Juristen —. Das Argument aus l. 30 ist a potiori, da hier der Miterbe dem Substitutus vorgeht, trotzdem dieser ein anderer ist, als der ihm, dem Miterben, substituirt war. Freilich fiel hier noch ein besonderer Umstand in die Waagschale: — idque apparere evidenter ex eo quod etc.

13) also nur concensu partes fiunt, und wenn alle anderen vor dem Austritt wegfallen, einer das Ganze bekommt. So speziell in dem Fall wo sich die mehreren Erben invicem substituirt sind: l. 23 D. h. t.

14) l. 41 §. 4 eod.

15) l. 24 eod. — nisi forte alia mens fuerit testatoris: quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum —. Was von der ex institutione größeren pars gilt auch von der durch caducorum vindicatio vergrößerten (l. 5 eod.).

16) l. 32 eod.

17) — in dubium non venit (l. 3 C. h. t.). Auf den Fall hin, daß der Eingesetzte die testamentarische Erbschaft ausschläge, nun ab intestato berufen wäre und auch jetzt ausschläge, kann die Substitution nicht gemeint sein; denn sie beruht auf testamentarischer Berufung, die nach der ab intestato nicht mehr möglich. Sie kann also nur auf den Fall gemeint sein, da der Eingesetzte ex testamento nicht Erbe wird, und muß auf diesen Fall gemeint sein, wenn sie nicht gleichzeitig angeordnet und nicht angeordnet sein soll.

18) so schlechthin vermittelnd §. 4 J. h. t. cf. Gaj. II. 177, 178.

19) so nach voluntatis quaestio l. 3 C. her. inst. 6, 24.

die nur mittelst Delation wirksam wird, folgt es, daß der Substitut die Substitutionsbedingung erleben muß, um Erbe werden zu können²⁰⁾. In integrum restitutio gegen den Antritt der Erbschaft macht nicht auch den Ausschluß der Substitution rückgängig²¹⁾; i. i. r. gegen die Ablehnung der Erbschaft nimmt dem Substituten, der inzwischen Erbe geworden, zwar nicht den Namen, wohl aber die Bedeutung des Erben²²⁾; Abstinenz von

20) I. 81 D. a. v. o. h. 29, 2 arg. l. 23 l. 45 §. 1 D. h. t. Darum ist das Loos der mehreren Eingejetzten, die sich gegenseitig substituirt sind, weniger günstig als das derjenigen, welche sich nicht substituirt sind. Denn deren Unwertschaft auf ausfallende Erbtheile beruht auf Accrescenz, welche von demjenigen der seinen Theil erworben hat, nicht mehr erlebt werden muß: l. 9 D. suis et legit. 38, 16 — alia causa est instituti heredis et coheredi substituti etc. Nicht im Widerspruch hiemt l. 35 pr. D. a. v. o. h. 29, 2, wornach der institutus, nachdem er einmal ex institutione erworben und den Substitutionsfall erlebt hat, die Substitutionportion darum haben muß, weil ihm (dem einzigen Miterben) sonst ja auch accrescire müßte). Einen Widerspruch scheint dagegen der Schlussatz von l. 23 D. h. t. im Gegensaß zu dem Vordertheil der Stelle zu enthalten (hi substitui videbuntur qui heredes extiterunt). Der Widerspruch besteht, wenn man zu qui heredes extiterunt hinzudenkt: „obwohl sie den Substitutionsfall nicht mehr erleben“; denn aus der Differenz von eosque invicem substituo u. eosque omnes substituo wird man ihn nicht lösen wollen. Auch Mommsens Vorschlag (Dig. h. l. Ann. 2) scheint uns nicht zu helfen: denn von Substitution der superstites in die Portion des Repudianten (nicht etwa in die des defunctus der noch angetreten hat) und Ausschluß der heredes defuncti ist im Vorhergehenden die Rede (Cujac. obs. lib. X c. 40). Bringt man nun aber diejenigen qui heredes extiterunt in Gegensaß zum Repudianten, so wird dieser Schlussatz (den auch Cujacius nicht erwogen hat) so lahm, daß er ein Gleissum sein könnte. — Transmission schließt die Substitution aus (Tewes, Syst. d. Erbr.'s S. 284). Aber wie wenn sich die Transmission im konkreten Fall nicht verwirklicht, z. B. die Frist der transm. Justiniana vor dem Tode des Delaten abläuft: muß der Substitutionsfall auch hier erlebt werden (E. A. Seuffert)? oder ist gegen die Singularität durch Singularität, gegen die Transmission durch Transmission auf die Erben des Substituten zu helfen?

21) igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit. l. 2 D. succ. ed. 38, 9 (wo die abstinenti facultas ob auxilium a etatis nicht etwa bloßes benef. abstinenti ist). Eine Modifikation durch kaiserliche Reskripte brachte der Fall mit sich, da die Restitution wegen Insolvenz erfolgte u. der Substitut heres necessarius war (l. 7 §. 10 D. min. 4, 4 — non per omnia verum est etc.).

22) nicht den Namen heres und auch nicht die libertas, wenn diese mit seinem Erbverdienst verknüpft war: l. 7 §. 10 cit. — liberum nihilominus remanere. Das Folgende et quod ait liberum manere, tale est etc., verlangt dringend non tale est arg. „sine dubio heres manebit qui semel extitit). Das voraufgehende abstentus est muß (da

der ipso jure angefallenen Erbschaft gilt gleich der Ausschlagung der freiwilligen Erbschaft^{23).}

§. 374.

Pupillarsubstitution.

J. de pupillari subst. 2, 16 D. de (vulgari et) pupillari subst. 28, 6
C. de impub. et al. subst. 6, 26.

Die väterliche Gewalt kann sich über das Leben des Vaters hinausstrecken, wenn er unmündige, bei seinem Tod in keine väterliche Gewalt zurückfallende Kinder hinterläßt. Diese kann er nämlich Tutores, und für den Fall, daß sie innerhalb der Mündigkeit oder innerhalb eines noch jüngeren Alters versterben (also nicht mehr in eigener Person testifähig werden) sollten, auch Erben geben¹⁾. Ihnen so wenig als sich selber vermag er dies anders als durch Testament²⁾; merkwürdigerweise aber auch nicht ohne daß er zuvor sich selbst einen Erben einsetzt³⁾: es sei nun, daß er jenen zusätzliche noch in seinem eigenen Testamente Erben gibt⁴⁾, oder daß er zu diesem Behufe ein zweites Testament errichtet. Dieses zweite Testament ist „pars et sequela“ des ersten, das erste „principale“⁵⁾. Das „pupillarische“ T. wäre nichtig, wenn es dem väterlichen voranginge⁶⁾, nichtig wenn es dem väterlichen an Kraft gebräche⁷⁾, in nichts sogar sich auflösend, wenn aus dem

nur von einem minor, nicht von einem suus h. die Rede ist) wieder als durch i. i. r. vermittelt gedacht werden.

23) I. 44 D. r. jud. 42, 1. Puchta, Vorll. §. 477, 2.

1) I. 2 pr. D. §. 8 J. h. t.; §. 8 J. h. t. I. 7 I. 14 eod.; I. 21 I. 38 §. 1 eod. Zumwischen eine P. S. über die Zeit der Unmündigkeit hinaus indirekt aufrecht zu halten sei, s. Windjcheid §. 559, Anm. 6.

2) In Codicillen verordnet wirkt die p. s. „benigna interpretatione“ als Fideicommiss: I. 76 D. ad SC. Treb. 36, 1.

3) I. 2 §. 4 D. h. t. *Prius . . sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere —.*

4) I. den ordo scripturae in I. 2 §. 4 D. h. t.

5) §. 5 J. h. t. I. 2 §. 1 I. 38 §. 3 in f. D. h. t.

6) I. 2 §. 4 D. h. t.

7) §. 5 J. cit. — *ut si patris t. non valeat, nec filii quidem valebit —*

väterlichen T. nicht angetreten würde⁸⁾. — Daß der Vater also nur auf Grund seines eigenen Testamentes für das Kind testiren kann, bedarf der Erklärung, um so mehr als der pater familiæ miles es schlechthin kann⁹⁾. Bei der Abneigung des alten Rechtes gegen Stellvertretung wurzelt die P. S. aber wahrscheinlich in der Vorstellung, daß der Vater indem er seinem in der Unmündigkeit versterbenden suus h. einen Erben gibt, sich immer noch im Bereiche der „voluntatis nostræ sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit“ —, d. i. seines eigenen Testamentes¹⁰⁾ sich bewege. Dieses vorausgesetzt, mußte die P. S. im väterlichen Testamente stattfinden, oder aber wenn sie secundis tabulis erfolgte, als eine bloße pars und sequela des väterlichen T.'s betrachtet werden; denn caput ac fundamentum testamenti oder für sich allein das väterliche T. bildend konnte sie, weil keine unmittelbare heredis institutio, nicht sein¹¹⁾. Die hier postulierte Rechtsanschauung: daß der Vater in der P. S. nicht stellvertretend, sondern für sich selbst handle, bewährt sich auch anderweitig. So oft es auch heißt, daß der Vater dem Kinde einen Erben einsetzt¹²⁾, so erscheint letzterer, wenngleich er lediglich als Pupillarsubstitut zur Erbschaft gelangt, doch auch als Erbe des Vaters¹³⁾, und zeigt sich als solcher schon in seinem Namen als Substitut¹⁴⁾; mit Vermächtnissen wird er nur als Erbe des Vaters belastet¹⁵⁾; wäre er necessarius heres des Vaters, so

8) l. 2 §. 1 D. h. t. — adeo . . . ut nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare t. evanescat — l. 10 §. 4 eod. nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit. Modification: si omissa causa principalis t. ab intestato possideatur hereditas — l. 2 §. 1 cit.

9) l. 2 §. 1 D. h. t.

10) l. 1 D. qui testam. 28, 1. Ausführlicher Windisch §. 558 Anm. 8.

11) hiher l. 1 §. 3 D. h. t.

12) d. B. pr. in f. J. h. t. l. 2 §. 1 §. 4 l. 3 l. 8 §. 1 l. 9 D. h. t.

13) l. 1 §. 1 D. h. t. — und muß das ihm „als Erben des Testatoris“ auferlegte Universalfideikommiß entrichten: quum verum sit, eum et testatori heredem extitisse l. 46 D. h. t.

14) S. oben §. 373 Anm. 4.

15) arg. l. 1 l. 7 §. 4 §. 5 D. quando dies legat. 36, 2; und unten Anm. 29.

ist er es auch gegenüber dem Pupillen¹⁶⁾). Und so sehr sonst der Einheit des Testamente des Erbschaft (des Vaters und des Kindes) entgegengehalten¹⁷⁾, und zu mancherlei Folgen verwerthet wird¹⁸⁾, so erscheint doch anderwärts auch hereditas et patris filii als Eine¹⁹⁾ und auch diese Einheit praktisch, und verwerthet²⁰⁾.

Denn der älteren und strengerer, in der Justinianischen Kompilation allerdings verworfenen Ansicht nach nicht etwa blos für den Fall, daß der Pupille die Erbschaft des Vaters erworben und behalten hat, und derart stofflich die väterliche Erbschaft auch auf den Pupillarsubstituten überginge, soll dieser beiden, den Gläubigern des Vaters wie des Pupillen haften, sondern auch dann, wenn der Pupille abstinent und der Pupillarsubstitut vom Vermögen des Vaters nichts bekommen hat²¹⁾. Immerhin waltet aber auch bei dieser strengerer Ansicht der Gedanke vor, daß wenn der Pupille einmal Erbe geworden, Ablehnung der väterlichen Erbschaft und Befreiung

16) I. 2 §. 4 l. 10 §. 1 D. h. t. l. 42 pr. in f. D. a. v. o. h. 29, 2.

17) I. 2 §. 4 D. h. t. — unum esse testamentum (cf. I. 20 pr. eod. l. 28 D. auct. jud. 42, 5), licet duae sint hereditates — §. 2 J. h. t. unum est t. duarum causarum i. e. duarum hereditatum — l. 10 §. 5 D. h. t. — neque enim suis bonis substituit, sed impuberis —

18) so zu dem Satze, daß der P. S. alles vom Pupillen hinterlassene Vermögen erbte, nicht blos das vom Vater ererbte (l. 10 §. 5 D. h. t. mit Modifikation für den Fall des impubes arrogatus: l. 10 §. 6 eod. l. 22 §. 1 D. adopt. 1, 7), zu der Ausschließung der querela inofficiosi von Seite der Noth- u. Pflichterben des Kindes: l. 8 §. 5 D. inoff. 5, 2 c 1 test. in 6to 3. 11 — daß Capacität u. Incapacität des P. S. getrennt nach Person u. Vermögen des Testators und des Pupillen in Betracht kommt: l. 6 l. 11 D. h. t.

19) I. 28 D. reb. auct. jud. 42, 5 Javolenus — hereditas et patris et filii una est —

20) Windscheid §. 558 „so geht doch durch die Quellen zugleich eine andere Strömung x.“

21) Wenn Ant. Faber einmal richtig emendirt hat, so war es vom Standpunkte des Javolenus aus, in l. 28 cit. da er die Einschaltung postquam pupillus se paternaे miscuerit hereditati hinauswarf. Ohne diese Emendation verschweigt das Responsum die Antwort auf das was gefragt ist. Javolenus war derselben Ansicht wie Julian in l. 42 pr. D. a. v. o. h. 29, 2. Allerdings war seine u. Javolens Ansicht von Marcellus verworfen, und dessen Note von den Kompilatoren angenommen. Darauf hin mußten sie das postquam etc. in l. 28 cit. einschalten. Vgl. Bangerow, Lehrb. d. P. §. 454 Anm. II.

des eigenen Vermögens von den Gläubigern des Vaters zwar möglich, diese Schonung aber nur seiner Person, nicht auch der seines Substituten gelte²²⁾, dieser also, wenn er antritt, ungetrennt Erbe des Vaters wie des Sohnes wird, die Erbschaft des Vaters gerade so wie wenn der Pupille nicht abstinent hätte, auf ihn übergeht²³⁾). Also stützt sich der Satz, daß der Pupillarsubstitut auch Erbe des Vaters sei, auf die Annahme, daß in dem Nachlaß des Pupillen auch der des Vaters an jenen gelange²⁴⁾). Glaubt man es doch noch spät eigens aussprechen zu müssen, daß der P.-Substitut nicht blos den väterlichen Nachlaß erwerbe²⁵⁾). Die Last der dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisse bemüht sich sogar einzig im Gegenhalte zur Größe des väterlichen Nachlasses²⁶⁾.

Stützt sich der Satz, daß der P.-S. auch Erbe des Vaters sei, auf die Vorstellung, daß der P.-S. die Erbschaft des Vaters bekomme, so verliert derselbe den Boden, wo an den Pupillarsubstituten nicht blos faktisch oder zufällig vom väterlichen Nachlaß nichts an den P. Substituten gelangt, sondern auch nichts von demselben an ihn gelangen kann, d. i. da wo einem exhereditirten Pupillen ein Erbe gegeben ist. Denn daß auch exhereditirten Kindern Erben gegeben werden können, steht wenigstens zur Zeit unserer Quellen fest²⁷⁾). Hier wird der P.-Substitut denn auch schlechthin als Erbe des Pupillen behandelt: hier kann von keiner Haftung desselben gegenüber den Gläubigern des Vaters die Rede sein²⁸⁾, von keiner Be-

22) I. 28 cit. — Respondit: quod Praetor filio qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris ejus venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddit: idem in substituto filio herede servandum non est; quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris quam ejus bona veneant.

23) — I. cit. At cum substitutus filio hereditatem adiit, tunc hereditas et patris et filii una est — (Wegen Auslassung des postquam pupillus se paternae hereditati miscuit j. Ann. 21).

24) vgl. I. 87 §. 7 D. Ad I. Falc. 35, 2.

25) I. 10 §. 5 D. h. t. Ulp. Ad substitutos pp. pertinent et si quae postea pupillis obvenerint —

26) I. 79 D. ad leg. Falc. 35, 2 cf. I. 11 §. 5 I. 87 §. 7 eod.

27) §. 4 J. h. t. I. 1 §. 2 I. 10 §. 4 §. 5 D. h. t.

28) da er nach der rezipierten Ansicht denselben schon dann nicht mehr haftet, wenn der Pupille zwar Erbe geworden, aber abstinent hat: Ann.

Lastung mit Vermächtnissen²⁹⁾, von keiner Untrennbarkeit, möchte man meinen, der väterlichen und pupillarischen Erbschaft, wenn dieselbe Person instituirt und pupillariter substituirt ist, so daß der P. Substitut namentlich darum daß er ex institutione Erbe geworden ist nicht auch die Erbschaft des exherediten Pupillen haben müßte³⁰⁾.

Dem Pupillen der eingesetzt ist kann in Einem vulgariter (si heres non erit) und pupillariter (si heres erit sed i. p. d.) substituirt werden — duplex substitutio³¹⁾. Im Zweifel³²⁾

29) Grundsätzlich wird in I. 87 §. 7 D. ad I. Fale. 35, 2 cf. I. 126 pr. D. leg. I das Recht, den P.-Substituten mit Vermächtnissen zu belästen, davon abhängig gemacht, daß *judicio patris ex substitutione facultates paternae* (d. i. die Erbschaft des Vaters, oder ein aliquotus Theil derselben, nicht bloße Vermächtnisse) an ihn gelangen; kann ja doch der Pupille selbst, wenn er exheredit und nicht daneben *judicio patris* (durch Substitution, nicht etwa *lege aut per interpositam personam*) Erbe des Vaters geworden ist, nicht onerirt werden und der Testator nicht plus *juris circa personam substituti* haben als gegenüber der Person dessen, dem er substituirt ist. — Ob der P.-Substitut nicht wenigstens soweit als der exhereditre Pupille mit Vermächtnissen honorirt ist, beschwert werden könne, sei vordem streitig gewesen, nun aber verneinend zu beantworten: I. 24 C. legat. 6, 37 Justinian.

30) Darauf führt u. a. Vangerow hin, wenn er im Arch. f. Civ. P. Bd. 37 S. 337 fgg. für den Fall, da der Pupille exheredit ist, das Recht des P.-Substituten als zweifellos ganz unabhängig von der Erwerbung der väterlichen Erbschaft" bezeichnet; die Glossie zu I. 59 D. a. v. o. h. sub v. „extitit" und etwelche ältere u. neuere Schriftsteller (vgl. darüber Baron, Gesamtrechtsverhh. S. 513 Anm. 3) sind in der That dieser Meinung. Allein Vangerow zeigt in seinem Lehrbuch d. Pand. §. 454 Anm. I. 1, daß er seinen obigen Ausspruch auf unseren Fall nicht angewandt haben wollte, vielmehr mit der großen Mehrzahl der Schriftsteller wegen I. 59 D. a. v. o. h. 29, 2 der entgegengesetzten Ansicht ist. S. namentlich auch Schlayer a. a. D. S. 58 Anm. 15 u. Windscheid §. 559 Anm. 22. Ebenmäßig sollte man nun auch umgekehrt den P.-Substituten, nachdem er als institutus ausgeschlagen hat, zur Erbschaft auch des exherediten Pupillen nicht mehr zulassen (vgl. Schlayer a. a. D.); allein diese Konsequenz zieht man nicht; vielmehr sucht man Stellen, welche den P.-Substituten nachdem er als institutus ausgeschlagen, die Erbschaft des Pupillen ohne Unterscheidung ob er enterbt oder eingesetzt war, erwerben lassen (I. 27 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1), daraus zu erklären u. darauf zu beschränken, daß hier an einen exherediten Pupillen gedacht sei (Vangerow, a. a. D. d. Arch. f. c. P. Windscheid §. 559 Anm. 24a. vgl. die von letzterer allegirten I. 10 §. 4 D. h. t. arg. „eum nou haberet substitutum" I. 41 D. a. v. o. h. 29, 2). So gut als man die Exheredation in I. 27 §. 2 cit. hineinträgt, kann man sie von I. 59 cit. ausschließen.

31) I. 1 §. 1 l. 4 §. 2 D. pr. J. h. t.

32) der aber z. B. in dem Halle der I. 4 §. 2 cit. u. I. 45 pr. D. h. t. zu Gunsten der simplex substitutio ausgeschlossen ist —

spricht sogar eine rechtliche Vermuthung dafür, daß der gemeine Substitut auch Pupillarsubstitut sei, und umgekehrt³³⁾. Ein tertium genus substitutionis erwächst aus der gegenseitigen Substitution der Eingesetzten (reciproca institutio)³⁴⁾, bei welcher die Vermuthung einer duplex substitutio jedoch nur unter der Voraussetzung platzgreift, daß den Eingesetzten allen auch in secundum casum substituirt werden konnte (Anm. 32).

§. 375.

Quasipupillarsubstitution.

Eine solche liegt in der Erbeinsetzung, welche früher privilegienvweise¹⁾, jetzt gesetzlich²⁾ von Ascendenten weiblichen wie männlichen Geschlechts für ihre pflichttheilsberechtigten³⁾ geisteskranken Descendenten unter der Bedingung und Schranke vorgenommen werden kann, daß diese nicht selbst noch testifähig werden⁴⁾, vom Testator oder der Testatrix ihren Pflichttheil bekommen⁵⁾, und wenn sie geistig gesunde Descendenten haben, den Erben aus diesen, sonst aus den geistesgesunden übrigen Kindern des Testators⁶⁾, und nur wenn auch deren keine da sind, von außen her erhalten, einen oder mehrere⁷⁾. Daß der Testator auch hier zuvörderst für sich selbst testire,

33) 1. 4 pr. D. h. t. Jam hoc jure utimur ex D. Marci et Veri constitutione etc. Geschichtliches und Kontroverses s. Windscheid §. 559 Anm. 11 u. Anm. 10.

34) 1. 4 §. 1 eod.

1) 1. 43 pr. D. vulg. et p. s. 28, 6.

2) 1. 9 C. impub. et aliis subst. 6, 26 Justinian. 528 §. 1 J. pup. subst. 2, 16.

3) Daß nur für pflichttheilsberechtigte, ist nicht direkt ausgesprochen, hat aber nicht sowohl in Anm. 5 als darin seinen Grund, daß sonst gegen die Analogie der P.-S. für einen morte testatoris in patriam potestatem recasurus testifizt werden könnte. — Mit Recht hält es aber Tewes S. 307. 2 für genügend, wenn das unmittelbare Ascendentenverhältniß erst nach der Testamentserrichtung eintritt: 1. 41 §. 2 D. vulg. et p. s. 28, 6.

4) — ut si postea resipuerint, talis substitutio cesseret — 1. 9 cit.; dies nach der Bemerkung des §. 1 J. cit., nicht der Constitution selbst, ad exemplum pup. subst.

5) legitima portione ei vel eis relictā — 1. 9 cit.

6) hier und dort unum vel certos vel omnes — 1. 9 cit.

7) nunmehr quos voluerit — 1. 9 cit.

ist nicht ausdrücklich, wohl aber stillschweigend gefordert⁸⁾; von wegen der Kollision, zu welcher die Gleichberechtigung mehrerer Ascendenten führen würde, muß eine Rangordnung im Substitutionsrecht⁹⁾ eingehalten, nicht dieses selbst eingeschränkt werden, auf das vom Testator hinterlassene nämlich¹⁰⁾. Nach dem Muster der Pupillarsubstitution ist auch diese quasipupillarisches oder „exemplarisches“ gegen die querela inofficiosi geseit, mit nichts auch gegen Ruptio durch Agnation¹¹⁾.

S. 376.

Uebriger Inhalt der Testamente.

Außer den Substitutionen, welche sich als Ersatz oder Ergänzung der Erbeinsetzung darstellen, können im Testamente noch andere, mit der Erbeinsetzung in sachlichem Zusammen-

8) vgl. Tewes, Syst. d. Erbr.'s S. 307, 2.

9) womit Donellus comm. j. c. VI, 27 vorging: Vater, Mutter, väterliche Ascendenten, mütterliche Ascendenten (innerhalb je der letzteren der Großvater vor der Großmutter) -- wobei auch dem Entfernteren das Kind einzusehen und ihm fideikommissarisch zu substituiren freisteht, oder dessen unbefugte Substitution als st. Substitution aufrecht erhalten wird. Vgl. Windjcheid §. 560 N. 7.

10) Nicht unbewegliche Gründe (jene Kollision — die Möglichkeit dem Kinde in sein Muttergut anstatt des uterinus den consanguineus frater zum Erben zu geben — der Ausdruck substitutione eorum, sc. quae furioso relinquenda sunt in l. 7 §. 1 C. curat. fur. 5, 70 Justinian. 530) haben zu dem besonders nachdrücklich von Wangenow §. 465 Ann. 1 vertheidigten Minoritätserachten geführt, daß es sich bei unserer Substitution entweder überhaupt um keine Erbeinsetzung, sondern nur um eine fideikommissarische Substitution (vgl. §. ult. J. h. t.), oder um eine Erbeinsetzung nur in das dem Kinde hinterlassene (gewissermaßen certarum rerum substitutio) handle. Aber wenn nur fideit. Substitution, warum denn der Anlaß von Privileg und Geißel? wenn Erbeinsetzung bloß in das hinterlassene: warum denn in der Einführungskonstitution über diesen wesentlichsten Punkt kein Wort und die vorläufig privilegiweise Substitution (l. 43 pr. cit.) Substitution im Sinne der ordentlichen Erbeinsetzung? Darauf, daß der Ascendenten mehrere testieren könnten, ist im Gesetze kein Bedacht genommen, weil derartige Konkurrenz in Wirklichkeit nicht leicht vorkommen, vielmehr der Fernerstehende den Nöheren, und die Mutter den Vater, oder Nebenrechtsinhaben den Tauglichsten sorgen lassen wird. Auch die substitutio „eorum“ in l. 7 §. 1 cit. kam, wo nicht in einem sprachlichen Versehen, im Gedanken an den Erfolg (insoferne das Kind häufig nur hinterläßt was ihm selbst hinterlassen ist) anstatt an den Inhalt der Substitution geschrieben sein. Ungerechtigkeiten endlich in der Auswahl des Erben sind auch bei der Pupillarsubstitution möglich.

11) l. 43 pr. D. vulg. et pup. subst. 28, 6.

hange stehende Verfügungen getroffen werden. Hierher gehört 1. die Entfernung, welche, abgesehen von dem ihr eigenen Zwecke, zur Aufrechthaltung der Erbeinsetzungen nothwendig werden kann¹⁾, 2. das Vermächtniß, als ein Modus zunächst der Erbeinsetzung²⁾; 3. tutoris datio, welche für den gewöhnlichen Fall, da der Pupille eingesetzt ist, auch eine tutela der diesem durch Erbeinsetzung zugewendeten res ist³⁾.

Aber hiemit ist der mögliche, zugleich wirksame Inhalt des Testamentes noch nicht erschöpft. Als eine justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit (§. 369 Anm. 1) soll dasselbe für alle möglichen leztwilligen Anordnungen Raum bieten, wenn sie gleich mit der Erbeinsetzung sachlich nicht mehr zusammenhängen⁴⁾. Unter diesen befindet sich freilich vieles, was auf die durch das Gesetz gewährte Autonomie des Testatoris nicht mehr zurückgeführt werden kann, also nicht mehr jus wird⁵⁾, und insofern nudum praecemptum heißt⁶⁾; allein ohne „Auktorität“⁷⁾ sind doch auch solche Vorschriften nicht; mitunter zwar in der That dem Respekt, den der Angegangene dem Testator zollt⁸⁾, oder geziemendem Ermessen des-

1) vgl. Gaj. II, 115. 123; oben §. 365 Anm. 7; unten §. 378.

2) s. vorläufig das „onus hereditarium“ (Briss. v. s. sub h. v.) — die „delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum hereditis foret, alicui collatum velit“ l. 116 pr. D. leg. I.

3) Ulp. 11, 14 Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege XII tab. his verbis: uti legassit super pecunia tutelave sua e rei, ita jus esto.

4) Entgegen Fein (Forts. d. Gl. Comm. Bd. 44 S. 3); hinwieder Hering, Geist d. röm. R. Bd. III, 1. 3te Aufl. S. 145 fg., der das T. ein „Universalgeschäft, Complex von allem möglichen was man mortis causa verfügen will“ nennt.

5) — quia talem legem testamento non possunt dicere — l. 114 §. 14 D. leg. I.

6) wovon Fein a. a. D. geschlossenen Inhalt des Testamentes ableitet. Solche nuda praecpta sind z. B. die Vorschrift ubi pupillus educari vel morari debeat: l. 7 D. ann. leg. 33, 1 l. 1 §. 1 D. h. t. 27, 2, — Verwaltungsvorschriften: l. 5 §. 8 D. adm. tut. 26, 7 l. 71 pr. D. cond. 35, 1, — Veräußerungsverbote, die kein Fideikommiß enthalten: l. 114 §. 14 D. leg. I. l. 38 §. 4 l. 93 pr. D. leg. III — die Auflage einer Monumentserrichtung, wo sie nicht als Vermächtniß wirkt: l. 7 cit. l. 50 D. her. pet. 5, 3.

7) l. 7 cit. In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt —

8) l. 7 cit. — ad auctoritatem meam conservandam poteris si

selben⁹⁾ anheimgegeben, ein andermal aber ein Gegenstand obrigkeitlicher Intervention und allfälliger Exekution¹⁰⁾. Zu den Fällen, in denen die gesetzliche Gewähr durch die Obrigkeit ersehen wird, gehört auch die Confirmativ-Tutel¹¹⁾. Die deutschrechtliche Ernennung von Testamentsexecutoren¹²⁾ ist vom Schlag der tutoris datio und also kein nudum praeceptum. Etwas ganz anderes als dieses ist die clausula codicillaris (§. 379), nicht nur nach ihrer Wirkung, in der sie sich den Fideikommissen anreicht, sondern auch nach ihrem Zweck und Inhalt, da sie Vorschriften vielmehr aufrecht halten als geben will; dasselbe würde man von der clausula derogatoria, welche der Aufhebung des Testamentes durch ein späteres T. vorbeugen will, sagen können, wenn sie von Wirkung wäre¹³⁾. Aber auch für diese Bestrebung der Selbsterhaltung bietet das Testament Raum. Deklarationen zur Klarstellung des Textes, und Ademtionen der

velis facere — wie z. B. die Vorschrift, das vermachte Geld in einem Grundstück anzulegen, wenn dieselbe nicht als Fideikommiss zu Gunsten eines Dritten erscheint: l. 71 pr. eit.; oder Veräußerungsverbote unter derselben Voraussetzung: l. 114 §. 14 l. 38 §. 4 l. 93 pr. D. leg. III eitt.

9) z. B. in Verwaltung der Vormundschaft dem Rathe der Mutter zu folgen: l. 5 §. 8 eit.

10) — in omnibus ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. Dieser Schlussatz der l. 7 eit. lautet so allgemein, als ob auch die leitwilligen Vorschriften in Anm. 6 und überhaupt alle nuda praecepta, die nicht ad turpem causam feruntur, obrigkeitlichem Zwange unterliegen. Das würde dann aber auch für die sinn- und zwecklosen Anordnungen zu gelten haben. Wahrscheinlich denkt darum Ponponius nur an die nächstgelegenen Vorschriften über den Aufenthalt und die Erziehung der Pupillen, bei denen auch allein unter den genannten an turpis causa zu denken ist. Außer ihnen ist aber auch die Monumentserrichtung der prinzipalen u. pontificalen Intervention unterstellt: l. 50 D. her. pet. 5, 3. Wo keinerlei obervormundshaftliches oder religiöses Interesse obwaltet, scheint sich die Obrigkeit zu den nudis praeceptis nicht herabzulassen. In einem Falle hat das nudum praeceptum keine Kraft: wenn dadurch der Tutor unverantwortlich (*ἀνελόγιστος*) werden soll: l. 5 §. 7 D. adm. tut. 26, 7.

11) D. confirm. tut. 26, 3.

12) Beseler, Zeitschr. f. d. Recht Bd. 9, 3. Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 43 §. 1503.

13) Mühlenbruch, a. a. D. Bd. 38 S. 169 fgg.

Vermächtnisse können allenthalben und so denn auch noch nachträglich in der Testamentsurkunde beigefügt werden¹⁴⁾.

Nullität und Rescissibilität der Testamente.

§. 377.

J. quibus modis testamenta infirmantur 2, 17. D. de injusto, rupto, irrito facto testamento 28, 3.

In diesen Titeln sind die Fälle begriffen, da das T. mangels *tfactio*, Existenz der Eingesetzten, Willens, Solemnität, infolge *Desertion*, oder Willensänderung nichtig ist oder wird; weiter unten (§. 378) folgen diejenigen, in welchen das T. wegen Verleugnung des Notherb- oder Pflichttheilsrechtes, man streitet, ob nichtig oder nur rescissibel ist oder wird.

A. Vornherein

I. nichtig ist das Testament

1. mangels *tfactio*: des *Testator's*¹⁾, des einen oder anderen der zum T. nothwendigen Zeugen²⁾, der Eingesetzten; dieser letzteren insoferne hier noch von mangelnder tf. die Rede sein kann³⁾; — Existenz der Eingesetzten (§. 386 Anm. 6).

2. mangels Willens, indem es, die zur tf. nothwendige Willensfähigkeit (S. 55. 2) vorausgesetzt, in Betreff des Testamentes überhaupt, oder doch in Betreff seines wesentlichen Inhaltes an dem Erforderniß des eigenen oder des entschiedenen, oder des erklärten Willens⁴⁾, oder an dessen

14) I. 21 §. 1 D. qui test. 28, 1 l. 12 C. test. 6, 23; l. 3 §. 11
l. 13 l. 17 D. adim. leg. 34, 4.

1) I. 5 D. qui t. f. 28, 1 pr. in fin. — §. 5 J. quib. n. est perm.
t. f. 2. 12.

2) arg. I. 20 §. 4 D. qui t. f. 28, 1

3) also nur mehr, insoferne unpersonliche Dinge personifikationsweise zu Erben eingesetzt werden: §. 368 zu Anm. 5; S. 53 unten und fg.

4) §. 371. 1. 2. §. 369 zu Anm. 1. Überhaupt nicht erklärt ist ein nicht fertig erklärter Wille; in Ansehung des wesentlichen Testamentsinhaltes ist die Willenserklärung nicht fertig, wenn Testator mit seiner Nuncupation nicht so wie er gewollt zu Ende kommt, d. h. nicht mehr Alle, die er wollte, einzusezen vermochte: I. 25 D. qui test. 28, 1. — Nicht erklärt ist auch der durch einen error in corpore ausgeschlossene (S. 82, so wie der unverständliche Wille; dem zweideutigen kommt benigna interpretatio zu statthen (Bd. 1 §. 29 Anm. 14 Windscheid §. 546 Anm. 1).

nothwendigem Inhalt (§. 372 zu Anm. 1) oder an der vollen Freiheit des Entschlusses⁵⁾ fehlt. Der Irrthum kann Nichtigkeit der Erbeinsetzung, folgeweise auch Nichtigkeit des ganzen Testamentes nach sich ziehen (§. 372 §. 82 unt. u. f. g.);

3. mangels Solemnität⁶⁾, indem es an der Beurkundung (§. 369 a. A.)⁷⁾, oder an der unitas actus fehlt (§. 369 Anm. 5). In Ansehung der heredis institutio gibt es keine Solemnität mehr⁸⁾. Bei solchem Fehler heißt das T. „imperfectum“⁹⁾, und „fällt das T. über den Haufen, der Fehler sei groß oder klein“¹⁰⁾. Abgesehen aber von der Nach-

5) Daß diese zur Testamentserrichtung wesentlich nothwendig sei, ist in dem sua sponte der I. 1 C. si quis aliquem testari proh. vel coëg. 6, 34 angedeutet, und durch die Strenge der materiellen Anforderungen, welche weiterhin an den Willen des Testatorz gestellt sind (Anm. 4), unterstützt. Darum wird an der herrschenden Ansicht, daß ein erzwungenes T. nichtig sei, festgehalten werden müssen (vgl. m. Pand. 1te Aufl. §. 1425 unten). Die Verschiedenheit der Behandlung des erzwungenen T.'s von der des Falles, da die Testirung verhindert wird (Indignität), ist von Schliemann (d. L. v. Zwange 1861 §. 81) zutreffend gerechtfertigt. Für die von Wangerow (L. d. P. §. 431 Anm. 1, 2) in der 7ten Aufl. unter Aufgebung seiner früheren Ansicht (Indignität) behauptete Unfechtbarkeit (actio q. metus) bieten die Quellen keinen Anhalt (vgl. Windscheid §. 548 Anm. 2); wenn Windscheid selbst sich für dieselbe auf I. 4 §. 10 D. doli exc. 44, 4 beruft, so mag aus dieser Stelle gefolgert werden, daß, wenn das erzwungene T. nicht nichtig wäre, den daraus erhobenen Ansprüchen doch wenigstens mit exceptio doli begegnet werden könnte; allein auf einen unfreien Willen geht die „voluntas“ dieser Stelle nicht (vgl. I. 4 §. 11 eod.). Nicht unerheblich ist, was Schloßmann (zur L. v. Zwang 1874) für die Giltigkeit des erzwungenen T.'s vorbringt (§. 6 §. 48–63); allein die civilis disceptatio u. das sua sponte der I. 1 C. cit. und die sonstigen materiellen Anforderungen an den letzten Willen sind von ihm nicht erwogen (vgl. Windscheid a. a. D. a. E.), und der formale Standpunkt und die Praktikabilität, die er urgirt, würden zur Giltigkeit auch des z. B. ohne certum consilium errichteten T.'s führen.

6) I. 1 D. h. t. T. . . non jure factum dicitur, ubi solemnia juris defuerunt —

7) also an der testium rogatio §. 369 Anm. 4 — an der Zahl der Zeugen: I. 12 C. test. 6, 23 Si unus de septem testibus defuerit... jure deficit t. — an der Freiwilligkeit ihrer Gegenwart: I. 20 §. 10 D. qui t. f. 28, 1 — an der Unterschriftung und Siegelung: §. 369 Anm. 4. I. 22 §. 3 D. qui test. 28, 1 l. 12 C. cit. Si ... omnes eodem loco testes ... non signaverint, jure deficit t.

8) Gegen Gaius II, 116 und I. 29 C. test. 6, 23 f. §. 369 Anm. 6 §. 372 §. 80 Anm. 1.

9) I. 23 D. qui t. f. 28, 1 l. 35 D. test. mil. 29, 1 l. 2 §. 1 D. quemadm. t. ap. 29, 3 l. 21 §. 3 cf. pr. — §. 2 C. test. 6, 23.

10) A. D. Weber (Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 38 §. 130).

laß an Solemnität, der innerhalb der außerordentlichen Testamente §. 369 I. 2a—e stattfindet, soll ein imperfektes T., in welchem die Intestaterben eingesetzt sind, ein zuvor errichtetes T., in welchem dieselben nicht eingesetzt sind, aufheben, und zwar nicht als T., aber als „letzter Wille eines ab intestato Verstorbenen“ gelten, wenn fünf Zeugen die Echtheit der Urkunde eidlich erhärten¹¹⁾; — ob Nichtigkeit auch noch

4. wegen Verlezung des Nothberbrechts platzgreife, kommt §. 378 in Frage. — Vorherein

II. rescissibel kann ein T. sein

1. mittelbar, insofern Erbeinsetzungen wegen Struthiums rescissibel sein können (§. 372 S. 82 fg.) —

2. mittelbar, infolge Indignität sämmtlicher Eingesetzten (§. 368 S. 52 fg.) — nicht mehr infolge Incapacität (S. 51)

3. unmittelbar, wegen Verlezung des Notherb- und Pflichttheilsrechtes (§. 378).

B. Nachträglich

I. richtig, und zwar „irritum“ kann ein T. dadurch werden, daß

1. dem Testator etwas begegnet¹²⁾, nämlich etwas das ihn der in Rechtsfähigkeit beruhenden testamentactio

11) I. 21 §. 3 C. test. 26, 3 cf. I. 2 D. h. t. (28, 3). Daß ein solches imp. T. als Testament aufrecht bleibe (Mühlensbruch a. a. D. S. 378 fg.) widerspricht der ausdrücklichen Vorschrift der I. 21 §. 3 cit. (non quasi testamentum); daß es als Intestatfodizill gelte (Fein, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 45 S. 237, Bangerow §. 460 Anm. II, 1. Windscheid §. 565 Anm. 6), dem Erforderniß der Codicillarklausel (I. 8 §. 1 C. jure cod. 6, 36 — nisi id ille complexus sit — cf. I. 1 D. eod. 29, 7. Witte, in Weiske's R. Verz. sub v. Codicill S. 671 Anm. 8), sowie dem Erforderniß codicillarischer Solemnität (über welche Windscheid §. 298 Anm. 4), indem nur die Deposition (nicht Rogation, Subscription, Signation) der 5 Zeugen verlangt ist. Darnach bleibt nur übrig, solch ein imperfektes T. als eine eigene Spezies lektivwilliger Willenserklärung (Pfotenhauer, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 16, 1) oder, was uns zutreffender dürft, als bloßen Widerruf des vorausgegangenen zu betrachten (Sintenis §. 179 zu Note 38, Witte a. a. D. Anm. 8, Kürger, krit. Versuche S. 30 Anm. 3). Dazu stimmt es, daß in dem imperfekten T. alle Intestaterben eingesetzt sein müssen und in dem früheren keiner (Mühlensbruch, a. a. D. S. 364 fgg. wogegen Bangerow a. a. D. lit. d.)

12) I. 6 §. 5 D. h. t. Irritum fit t. quotiens ipsi testatori quid contigit —

(S. 48. 1) beraubt ¹³⁾, oder was ihn zum intestabilis macht ¹⁴⁾. Hieron besteht nurmehr der nachträgliche Verlust der tf. durch Arrogation (§. 368 Anm. 8), der aber schon nach römischem Rechte nur für den Fall, daß der Arrogirte in der fremden Gewalt stirbt, seine volle Wirkung hat, andernfalls dagegen der bonorum possessio secundum tabulas (welche tf. nur utroque — testamenti faciendi und mortis —, nicht medio tempore fordert) plaz macht, und zwar ohne weiteres cum re, wenn keine Intestaterben da sind, Intestaterben entgegen nur dann cum re, wenn der Testator es bei diesem Testamente bewenden lassen zu wollen irgendwie erklärt hat ¹⁵⁾. Daß tf. nur in jenen zwei Zeiten da sein müsse, damit ein T. bestehé, darf heute als ein Satz des Einen und Einigen Erbrechtes bezeichnet werden ¹⁶⁾, wonach denn auch das Testament des nachmals arrogirten, aber wieder freigewordenen Testators das Eine und Einige testamentarische Erbrecht gibt, welches aber, dem Intestaterbrechte gegenüber, als das schwächere gilt, wenn der wieder freigewordene Testator sich nicht für das T. erklärt hat; —

2. daß die Eingesetzten des ersten Grades wie die der ferneren Grade sämmtlich ausfallen und keine Transmission stattfindet (testamentum irritum, destitutum, desertum) ¹⁷⁾; —

3. durch entgegengesetzte Willenserklärung (contraria voluntas) ¹⁸⁾, indem der Testator das T.

a. zerstört, oder zerstören läßt, es sei nun daß er es bloß seiner Solemät entfleidet ¹⁹⁾, oder aber ganz zerreißt, durch

13) l. 6 §. 5 eit. — ut puta si civitatem amittat etc. §§. 6 – 12 eod. — und vergleiche dagegen den Verlust der in natürlicher Handlungsfähigkeit beruhenden tf. §. 368 a. E. und Anm. 50 dafelbst.

14) i. oben §. 368 zu Anm. 7 und diese; ferner ebendas. Anm. 14 und 17.

15) §. 6 J. h. t. l. 1 §. 8 in f. D. b. p. s. t. 37, 11; l. 11 §. 2 eod. cf. l. 12 pr. in f. D. h. t.; anders Windscheid §. 563 U. 7.

16) §. 362 überhaupt und Anm. 1 insb.

17) l. 1 l. 7 D. h. t. l. 181 D. r. j. 50, 27 l. 9 D. test. tut. 26, 2 arg. l. 38 §. ult. D. vulg. et p. s. 28, 6; Ausfall von Bedingungen: arg. l. 1 l. 2 l. 7 C. instit. sub cond. fact. 6, 25; antiquirt der Ausfall durch nachträglichen Verlust der tf. (§. 4 J. her. qual. et diff. 2, 19 l. 49 (50) §. 1 l. 6 §. 2 D. h. i. 28, 5).

18) l. 27 C. test. 6, 23.

19) l. 30 C. eod. — Si.. linum vel signacula inciderit vel abstulerit .. non valere —

schneidet ic.²⁰), oder etwas derartiges durch Andere thun lässt²¹). Auch die bloße Durchstreichung der Eingesetzten kann Aufhebung des T.'s bedeuten²²), während sonst nominis inductio nur Indignität dessen begründet, den sie trifft²³); desgleichen kann der Testator durch Zerstörung des Einem Exemplars das Testament selbst aufheben wollen und aufheben²⁴). Keinen rechtlichen Effekt hat was dem Testamente ohne Willen des Testators widerfährt²⁵) —

b. nach Umlauf eines Decenniums²⁶) vor wenigstens 3 „tauglichen“ Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll wieder rufft²⁷) — oder

c. ein späteres T. errichtet, welches dermaßen perfekt ist, daßemand daraus Erbe werden kann (t. ruptum)²⁸);

20) l. 1 §. 8 D. si tab. t. nullae ext. 38, 6 — vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae — l. 1 §. 3 D. de his quae in t. delentur, inducuntur v. inscr. 28, 4 — concidit testator, denegabuntur actiones — l. 2 l. 4 eod. — tabulas . . . delevit — l. 3 eod. — si omnem scripturam t. cancellasset.

21) vgl. l. 1 pr. D. his quae in t. 28, 4 — non jussu domini —

22) l. 2 D. eod. — multum interesse arbitror, utrum . . . voluit . . . totum testamentum infirmare —

23) l. 1 §. 3 l. 2 l. 3 pr. l. 4 eod. l. 16 §. 2 D. his quae ut indign. auf. 34, 9.

24) Note des Paulus zu Papinian l. 4 D. his quae in t. del. 28, 4 — si ut intestatus moreretur incidit tabulas . . . scriptis avocabitur hereditas —

25) quae inconsulto contigerunt: l. 1 pr. — §. 3 eod. l. 20 D. h. t. — mente captus . . . incidit — l. 1 §. 3 D. b. p. s. t. 37, 11 — et si postea interciderunt — §. 10 eod. — si . . . aliis contra voluntatem testatoris inciderit — §. 11 Si rosae sint a muribus tabulae — überhaupt l. 30 C. test. 6, 23.

26) des Zeitraumes, mit welchem das T. vordem altershalber erlosch: c. 6 C. Th. test. 4, 4 Hon. u. Arc. 418.

27) l. 27 C. test. 6, 23. lieber die scheinbar bloß irgend eine Willenserklärungfordernde l. 1 §. 8 D. si tab. test. 38, 6 Ulp. u. l. 4 §. 10 D. exc. d. 44, 4 Ulp. 38, 6 Ulp. j. Mühlenbruch, Forts. d. Gl. C. Bd. 38, S. 261 fg. Bangerow §. 460 Anm. 4. Windscheid §. 564 Anm. 7; — über die Vorgeschichte der l. 27 eit. Mühlenbruch a. a. O. §. 1429 S. 250, 274. Dafür daß die Zeugen Solemnitätszeugen sein müssen, der selbe S. 283—287. Die nun nicht mehr geltige Ausnahme für das Soldatentestament: l. 15 §. 1 D. test mil. 29, 1 vgl. S. 59 Anm. 13.

28) l. 1 D. §. 2 J. h. t. — nec interest, an extiterit aliquis heres ex eo, an non — wie z. B. si quis noluerit heres esse, oder vivo testatore oder ante her. aditam deceperit, oder conditione sub qua h. institutus est, defectus sit — l. 16 D. h. t. — si tamen conditio existere potuit — oder ein suus h. postumus agnascit: l. 3 §. 4 D. h. t. Na-mentlich genügt auch ein T. mit heredis inst. ex re certa: §. 3 J. h. t.

denn mehr als ein T. soll man nicht hinterlassen können²⁹⁾, und gehen die mehreren zeitlich auseinander, so muß, wenn eines, das jüngste den letzten Willen enthalten³⁰⁾). Der Ruptio vorzubeugen, ist unmöglich (§. 376 Anm. 13); dem früheren T. die Bedeutung eines Codicilles zu sichern, oder es, unter Vernichtung des späteren, wiederherzustellen, ist möglich³¹⁾; —

4. ob noch dadurch, daß das T. nachträglich mit Notherb- und Pflichttheilsrecht in Konflikt geräth, §. §. 378.

II. Nachträgliche Rejessibilität entspringt möglicherweise

1. in Gestalt nachträglicher Indignität (vgl. S. 52).
2. aus nachträglichem Konflikt des T.'s mit Notherb- oder Pflichttheilsrecht (§. 378).

Gebrechlichkeit infolge Notherb- und Pflichttheilsrechtes.

§. 378.

Durch die Novelle 115 c. 3 c. 4 c. 5 pr. werden dem Testator und testirenden Frauen zu Gunsten von Personen, die bisher bloßes Pflichttheilsrecht hatten — cognatiischen Descendenten, und Ascendenten (c. 3 pr. c. 4 pr. c. 5 pr.) — Rückichten auferlegt, wie sie bisher nur dem Vater gegenüber den sui heredes und den diesen gleichgestellten Kindern¹⁾ obgelegen waren.

Hinwider superius t. non est ruptum wenn sequens (vorbereit) nullum est l. 3 §. 3 L 11 D. h. t. l. 7 D. lib. et posth. 28, 2. Den Fall da man ein früheres perfektes T. durch ein unperfektes späteres bezeitigt, s. oben Anm. 11.

29) u. E. der einzige und tiefste Grund dieser Ruptio; der Beweis gegen logische oder metaphysische Herkunft derselben liegt in dem militi licet plura t. facere (l. 19 pr. D. test. mil. 29, 1). Vgl. hierzu §. 372 Anm. 11 a. E.

30) Mehrere gleichzeitig errichtete gelten als Eines: §. 370 Anm. 11.

31) l. 12 §. 1 D. h. t. Si ... comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent — und §. 372 Anm. 17 zu §. 3 J. h. t. und l. 29 D. ad SC. Treb. 36, 1; — l. 11 §. 2 D. b. p. s. t. 37, 11 — si quis aliud t. fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas t. relinquaret —. Nach antej. Recht ist hier nur b. poss. denkbar; in Betreff des heutigen Rechtes vgl. §. 362 zu Anm. 1.

1) den liberis des prätorischen Rechts, d. i. denjenigen emancipirten, und denjenigen in Adoption gegebenen und hieraus emancipirten Kindern, welche abgesehen von solchen capitatis diminutiones beim Tode ihres leiblichen Vaters dessen sui heredes gewesen wären — §. 360 zu Anm. 17—23.

Mit bloßem Pflichttheil brauchen überall da wo sie diesen ansprechen können — überall also wo sie ab intestato zur Erbsfolge berufen wären²⁾, und keine Inofficiosität gegen den Testator ihrerseits vorliegt³⁾ — auch sie sich nicht mehr abfinden zu lassen⁴⁾; auch sie müssen zu Erben eingesezt, oder aber ausdrücklich, überdies unter Nennung und Spezifizirung der durch die Novelle auf eine gewisse Zahl und Art von Fälschen fixirten, von den Testamentserben zu beweisenden Inofficiosität von der Erbsfolge ausgeschlossen werden⁵⁾. Solche spezielle Beigabe von Entscheidungsgründen zu der Verurtheilung, die die Enterbung ist⁶⁾, wird hier zum ersten Male, allein zu Gunsten der von früher her notherbberechtigten Descendenten nicht minder vorgeschrieben, als zu Gunsten der cognatiischen Descendenten und der Ascendenten (cap. 3 pr. cap. 4 pr.); desgleichen gelten die Gründe, aus denen Descendenten enterbt werden dürfen (cap. 3 pr. — §. 14), ununterschieden für diese wie für jene. Von einer exheredatio in dem ursprünglichen Sinne einer Entherrung (Ausscheidung aus dem gemeinsamen Hausegut — S. 42 zu Anm. 7) kann bei cognatiischen Descendenten und Ascendenten keine Rede sein⁷⁾; kommt die „exheredatio“ (*ἀπὸ κληρορόμων ὁρμάζεσθαι*) in der Novelle gleichwohl bei diesen (c. 5 pr.) wie bei den alten Notherben (c. 3 pr.) vor, so dürfte Justinian auch in c. 3 pr. eher bereits im Sinne des durch die Nov. selbst geschaffenen Rechtes (Anm. 8) ununterschiedlich

2) arg. c. 3 §. 14 in f. — tanquam ab intestato —

3) c. 3 pr. — nisi forsitan probabuntur ingratii — cf. c. 4 pr. §. 8.

4) cap. 3 pr. — nec si per quamlibet donationem vel legatum, vel fideic., vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem (licere eos praeterire vel exheredare) — soferne es sich um strafweise Enterbung (notae causa — im Gegensätze zur exh. bona mente — Anm. 43) handelt.

5) c. 3 pr. c. 5 pr.

6) c. 3 pr. — causae ex quibus ingratii . . debeant judicari — Allgemeines Vorrücken des „Inlands“ war noch vor der Novelle 115 geboten (l. 30 pr. C. inoff. 3, 28 Justinian. — Si nullam . . fecerit mentionem etc.).

7) Scheinbar geht von der Alternative non licere praeterire aut exheredes facere (*ἢ πολὺ κληρορόμων ποτεῖν*) (cap. 3 pr.) das praeterire auf die bisher blos Pflichttheilsberechtigten, das exheredes facere auf die bisherigen Notherben (Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Com. Bd. 37 S. 231); allein nur scheinbar.

bezüglich der alten wie der neuen Noth- oder Pflichterben von Präterition wie Exheredation gesprochen haben. Allein Anschein nach wird Exheredation im alten Sinne nun aber überhaupt nicht mehr gefordert; vorausgesetzt nur, daß Testator den erforderlichen Grund für Nichteinsetzung hat und angibt, genügt auch bloße Nichteinsetzung (ist Präterition gestattet), gleichviel ob es sich um die alten oder die neuen Noth- (oder Pflicht-) Erben handelt⁸⁾.

Indessen fordern manche Autoren gegenüber den alten Notherben falls sie nicht eingesezt werden wollen, noch immer die alte Exheredationsförmlichkeit⁹⁾ und überhaupt besteht von den Glossatoren her die Frage, ob neben dem Rechte der Nov. 115 noch das civile und praetorische Notherbrecht der *sui hh.* und der liberi festzuhalten (s. g. Additional- oder Korrektionsystem)¹⁰⁾ oder ob mit dem neuen Rechte der Novelle 115 das

8) So wenn man die Novelle beim Wort nimmt: *non licere praeterire aut exheredes facere . . nisi forsan probabuntur ingratit et ipsas nominatum in gratitudinis causas . . inseruerint testamento* (cap. 3 pr.). Also wenn man solche Gründe hat und angibt, kann man daß eine wie das andere, *praeterire* (d. i. nichteinsehen ohne beigehendes *exheres esto*) oder *exheredire*, beides gegenüber den einen wie den anderen Descendenten. Francke, d. R. der Notherben u. Pflichttheilsb. 1831 S. 399. Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. VII S. 148. 24. Wandscheid §. 589 Anm. 1. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 230 f. Vangerow §. 481 Anm. III. S. 289 §. 486 Anm. III. A. a. E. S. 299.

9) 1) imperative Form: Gaj. II, 123 sq. l. 2 l. 17 lib. et posth. 28, 2 Nachlaß am Worte *exheres* in l. 3 C. lib. praet. 6, 28. 2) Mäntlichkeit (über deren Sinn und Gegensatz zu *inter ceteros Francke* a. a. O. S. 60, 2), Gaj II 127, 128 l. 2 l. 3 pr. D. eod. 28, 2 — in l. 4 C. eod. 6, 28 verallgemeinert. 3) Unbedingtheit: l. 3 §. 1 D. h. t. 28, 2 l. 18 pr. D. b. p. c. t. 37, 4 *Francke*, S. 62 — woherne nicht zuvor auf den entgegengesetzten Fall eingesezt ist: arg. l. 87 (6) pr. D. her. inst. 28, 5 l. 4 C. inst. 6, 25 l. 28 pr. D. h. t. 28, 2. Arndts, Rechtsl III S. 892 Anm. 48. 4) auf Lebzeit: „frustra exheredabitur post mortem suam“ l. 29 §. 10 D. h. t. 28, 2 l. 13 §. 2 l. 28 pr. eod. l. 4 §. 2 D. h. inst. 28, 5 5) und zwar auf die Zeit vor Antritt der Erbschaft (nicht post aditam h.) l. 3 §. 2 inf. D. h. t. l. 69 (8) in f. D. h. inst. 28, 5 — 6) Totalität: a tota hereditate l. 19 D. h. t. 28, 2; ab omnibus gradibus l. 3 §. 2 §. 6 l. 14 §. 1 D. h. t. cf. l. 4 §. 2 inf. D. h. i. 28, 5; l. 1 C. lib. praet. 6, 28.

10) Repräsentanten dieser Theorie sind unter den Neueren Vangerow Anm. III S. 297—302. Mayer, Erbr. I §. 101. Schmidt, formelles Notherbenrecht S. 182 fgl. Vering, Erbr. S. 424 — Vangerow mit der Bemerkung, daß diese Theorie, bis dahin herrschend, der entgegengesetzten zu weichen beginne.

alte abgeschafft (s. g. Derogations- oder Reformsystem) ¹¹⁾, oder endlich ob für die alten Notherben einiges aus dem alten Rechte beibehalten, anderes in dem neuen Rechte aufgegangen sei (gemischtes System) ¹²⁾. In Erwägung nun aber, daß

1. das civile Notherrecht der *sui heredes* in der Haugutgemeinschaft seinen Grund hatte (§. 43), und daß das praetorische Notherrecht der *liberi* formal durch Fiktion der Suität ¹³⁾, materiell durch die Kollationsauflage auf dieselbe Grundlage gestellt ward, — daß

2. diese beiden vom Jus getragenen Notherrechte noch vor der Novelle 115 ihre Grundlage verloren hatten, indem die Haugutgemeinschaft dem Sondergutsystem gewichen (§. 44 Anm. 11 §. 46) und ein Anspruch der Kinder auf die väterliche Erbschaft in Wahrheit nun nicht mehr im Jus, sondern nurmehr im Officium begründet war, — daß

3. die Novelle 115 ein Recht aufstellt, welches abstrakt betrachtet das bisherige Notherrecht vollkommen zu ersetzen vermag, und konkret die Descendenten alle, die *sui heredes* und die *liberi* nicht minder als die kognativen Descendenten gleichmäßig betrifft (cap. 3 pr.), — daß endlich

4. das Nebeneinander des alten und neuen Notherrechtes zu

11) So namentlich Francke, Notherbr. §. 28 §. 31. Bluntschli, Entwicklung der Erbf. gegen den l. Willen §. 267 sq. Darnach Göschken, Arndts, Sintenis, Keller, Köppen, Tewes (Wangerow §. 207. 1) und Windscheid §. 592.

12) indem Einige die Formvorschriften des alten Rechts in Betreff der Einsetzung und Enterbung von *sui* und *liberi* festhalten, die Folgen ihrer Verlezung aber nach der Nov. 115 bemesen, mithin nurmehr ein remedium ex Nov. 115 kennen, wie Mühlenbruch a. a. O. §. 192 fgg. vgl. Anm. 8 a E. — Andere jene Formvorschriften auf alle Descendenten und auf die Ascendenten ausdehnen, aber für den Fall ihrer Verlezung wieder nur ein remedium ex Nov. 115 anerkennen, wie Puchta, P. §. 493 Abs. 2. Heumann, über d. neueste Notherbr. nach Nov. 115, Zeitschr. f. Civ. u. P. B. 17 §. 246 sq.

13) l. 6 §. 1 D. b. p. 37, 1 — rescindit eorum capitum diminutionem Praetor — c. 9 pr. C. Th. de bonis proscr. seu damn. 9, 42 — qui per rescissionem capitum praetorio vocabuntur Edicto — cf. Gaj. III, 26 §. 9 J. her. quae ab int. 3, 1 l. 5 §. 1 l. 4 D. si test. f. nullae ext. 38, 6. Fein, Recht d. Coll. §. 11.

sachlichen Uuebenheiten¹⁴⁾, und unlösbaren Konflikten¹⁵⁾ führte — sind wir der Ansicht, daß in der Novelle 115 nicht nur Ein Recht für Alle geschaffen, sondern auch das bisherige Notherbrecht antiquirt und die weitere Ausführung der Novelle nicht nach diesem oder jenem Satze des alten Notherbrechtes, sondern in ihrem Sinne zu gestalten sei¹⁶⁾. —

14) wie z. B. daß ein Testament, dem es lediglich an der (jetzt leeren) Formalität der exheredatio des filiusfamilias fehlt, schlechthin nichtig wäre, während ein Testament, das sich gegen denselben filiusf. als lieblos und ungerecht erweist, in Ansehung der Vermächtnisse, Freisprechungen, tutoris datio, und anderweitens außer der hereditis institutio möglichen Inhalts aufrecht bliebe (c. 3 §. 14 a. E.) —

15) wie wenn der filiusfamilias nicht förmlich exheredirt, hinwider unter Angabe zwar eines gesetzlichen, aber unerweislichen Grundes nicht eingesetzt ist: ist hier das I. mangels förmlicher exheredatio ganz, oder wegen der Unerweislichkeit des Grundes nur unter Aufrechthaltung der Vermächtnisse re. hinfällig? Die Novelle kennt hier gleichviel ob praeteritum oder exheredirt ist, nur die beschränkte Hinfälligkeit: daß civile Notherbrecht nur totale Nichtigkeit, daß praetorische blos Aufrechthaltung unter Aufrechthaltung gewisser Vermächtnisse (§. 360 Anm. 27).

16) Was I. die Enterbung anlangt, so stand die alte exheredatio unter dem doppelten Gesichtspunkte des Ius und des Officium (des Rechtes und der Gerechtigkeit): Mangel der Form war Verstoß gegen das Ius und machte das Testament zum t. injustum; mangelnder Grund war Verstoß gegen das Officium, u. machte das I. inofficios, wenn diesem Vorwurf nicht durch Hinterlassung des Pflichttheils vorgebeugt war. Diese Duplicität macht in der Nov. 115 dem einheitlichen Postulate der Gerechtigkeit Platz. Daz der Testator, der sein Kind, seine Eltern übergeht, und damit auch in den Augen der Welt zurücksetzt und beschämkt, einen Grund angeben und specificiren müsse, über dessen Triffigkeit nicht mehr blos richterliches Ermeessen entscheidet, und daß der Beweis der Partei des Anklägers obliege, — ist keine Formäche, sondern gerechtes Verlangen von Seite dessen der gestraft werden soll. Folgerecht kann von allen den alten Exheredationsvorschriften, welche oben in Anm. 9 aufgeführt sind, keine mehr für gültig erachtet werden. Denn alle sind sie von dem Standpunkte eines die Exheredation in bloßer Wortgestalt gewährenden, dann aber auch buchstäblich bindenden Rechtes entstanden (vgl. France S. 397 — S. 404). Bedingungen können allerdings auch die Enterbung der Nov. 115 mangelhaft machen: es sei nun, daß die Enterbung an sonst eine Bedingung, oder an die, daß ein Enterbungsgrund eintritt, gehüpft wird (Windscheid §. 589); allein die Mangelhaftigkeit liegt nun nicht mehr in der bloßen Beifügung der Bedingung, sondern in deren etwaigem Erfolg: wenn beim Tode des Erblassers die Bedingung noch nicht eingetreten und insogedessen der zu Enterbende jetzt da er dies fordern kann, weder eingesetzt noch ausgeschlossen ist (France S. 401—403, Windscheid a. a. D.). — II. Die Erbeinsetzung zunächst der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen Notherben, insonderheit des filiusfamilias, ward im alten Rechte als etwas betrachtet, daß gleich der exheredatio sofort mit der I.-Errichtung fertig, also unbedingt verfügt sein müsse, wenn keine Praeterition vorliegen, oder nicht exheredatio

Besteht, den Anspruch der Descendenten auf Erbeinsetzung betreffend, lediglich das Recht der Novelle 115, so können sich auch die Folgen, welche die Verlezung dieses Anspruches nach sich zieht, nur nach der Novelle 115 bemessen lassen, kann eines solchen Gebrechens halber also namentlich nicht mehr von der altcivilen Nullität des testamentum injustum, oder von einem testamentum agnatione postumi ruptum, noch von b. p. contra tabulas die Rede sein. Allein auf die Frage, welches denn die von der Novelle auf ihre Verlezung gesetzten Folgen seien, geht man wieder seit den Glossatoren auseinander, indem die Einen Nullität, die Anderen Rescissibilität, jene bald ab-

auf den entgegengesetzten Fall nothwendig (Gaj. 2, 123 l. 86 pr. D. h. i. 28, 5 l. 4 C. eod. 6, 25 l. 28 pr. D. lib. et post. 28, 2 Francke S. 48), oder die Bedingung nicht etwa auf den bloßen Willen, oder doch eine reine Potestativbedingung gestellt sein sollte (l. 4 pr. §. 1 §. 2 l. 5 l. 86 pr. D. h. i. 28, 5. l. 20 §. 4 in f. D. bon. lib. 38, 2 l. 4 C. h. i. 6, 25 a. 225 Francke S. 48—54). Bei unmöglichlicher Bedingung war das L. hier nichtig (l. 15 D. cond. inst. 28, 7), selbst wenn exhereditatio für den entgegengesetzten Fall hinzutrat (? Francke S. 55). Bei nicht rein potestativer Bedingung mit entgegengesetzter Enterbung mußte sich die Einsetzung oder Enterbung noch bei Lebzeiten des Notherben entscheiden (l. 28 pr. D. h. t.). — Posthum i. sui bh. konnten unter jeder Bedingung eingesetzt werden; aber im Augenblifke ihrer Agnation oder Quasiagnation mußte ihre Einsetzung unbedingt geworden sein, wenn nicht Aruption plazgreifen sollte (l. 22 l. 24 D. h. t. 28, 2). — Der emancipirte Sohn konnte bereits unter jeder Bedingung eingesetzt werden, b. p. secundum tab. aqnoirciren, bevor die Bedingung eintrat, wenn sie deficirte b. p. behalten, wie wenn b. p. contra t. erworben wäre (l. 3 §. 12—13 D. b. c. t. 37, 4 l. 2 §. 1 l. 5 pr. §. 1 D. b. p. s. t. 37, 11). Unmögliche Bedingungen sind hier als nicht beigefügt zu erachten (Francke S. 131). — Daß noch vor der Novelle, infolge von l. 32 C. inoff. 3, 28 Justinian., mit Ausnahme des si volet alle der Erbeinsetzung von Nothernen beigefügten Bedingungen pro non adjecto zu erachten waren (Windscheid §. 588 Num. 5), dürfte zu weit gehen, da l. 32 cit. nur von der legitima portio spricht, und die Freihaltung der legitima portio mit Bedingtheit der Erbeinsetzung nur da kollidierte, wo die legitima portio in der Erbportion hinterlassen ist (Scheurl, Beiträge Bd. 2 S. 326—328 vgl. Francke S. 385. Arndts, Rechtslex. Bd. 8 S. 143). — Durch die Novelle 115 dürfte das Erforderniß der Einsetzung gleich dem der Enterbung seiner Formalität insofern entkleidet sein, als das Dasein der Einsetzung wie der Enterbung nicht mehr nach der Zeit der Testamentserrichtung, sondern nach der des Todes des Erblassers sich zu richten hat (Francke S. 385); erscheint jetzt die Einsetzung als unbedingt, dann ist sie richtig; ist dann die Bedingung noch schwiegend, so kommt darauf an, ob sie reine Potestativbedingung ist oder nicht; nur letzterenfalls ist nicht eingesetzt (Zu allgemein Francke a. a. O.). Die Folgen der Praeterition, auch der sui posthumus, sind aber nirgends mehr Richtigkeit (s. den folgenden Text).

solute (Bangerow, Schmidt, Sintenis, Bering, Heumann sc.) bald relative (Mühlenbruch, Bluntschli, Lewes, Francke sc.), diese bald eine besondere Rescissibilität aus der Novelle (remedium ex Nov. 115, auf das man bereits bei der relativen Nullität hinauskommt), bald die alte querela inofficiosi testamenti als in der Novelle gewollte Folge — wieder Andere aber beides, Nullität und Rescissibilität, erstere wegen Nichtanführung, letztere wegen Unwahrheit des Unterbungegrundes (s. g. gem. Syt. — z. B. Puchta) behaupten. Vgl. überhaupt Bangerow §. 585 Anm. Windscheid §. 591 und Anm. 24. In Erwägung aber, daß

1. die wichtigste Neuerung der Novelle 115 von dem bisherigen Pflichttheilsrechte ausgeht und in eine Verstärkung oder Restauration¹⁷⁾ des Pflichttheilsrechtes ausläuft, indem auch kognatische Descendenten und Ascendenten (die bisher bloßes Pflichttheilsrecht gehabt hatten) mit dem bloßen Pflichttheil sich nicht mehr abfinden lassen müssen, sondern Anrecht auf Erbeinsetzung selbst erhalten sollten (Anm. 4) — daß

2. der äußere Anstoß zu den hierher gehörigen Vorschriften der Novelle, sowie deren ganzer Zweck im Bereiche der querela inofficiosi testamenti gelegen ist, indem Justinian zur Rechtfertigung seines Gesetzes einer Rechtsjache gedenkt, in welcher eine Tochter durch das Testament ihrer Mutter beschwert war¹⁸⁾, — und den Schutz gegen die Injurie der Praeterition und Exheredation als die einzige Intention dieses Gesetzes bezeichnet¹⁹⁾, — von einer Injurie des Testators aber wohl

17) Eine Restauration des Pflichttheilsrechtes liegt in der Novelle, wenn das Offizium zwischen Eltern und Kindern schon einmal und zwar ursprünglich auf Erbteilung selbst gegangen war, und seine Reduktion auf den Prinzipialen erst später, als eine exceptio gegen die Reaktion des Testamentes durch die querela inoff., plazgegriffen hat Anhaltpunkte für diesen Hergang s. §. 404. Keinesfalls vermögen wir diese Neuerung der Nov. 115 als eine bloße Formvorschrift zu betrachten, wie dies Bangerow §. 485 Anm. 3) S. 294 in Bekämpfung des Inofficiositätsystems thut.

18) c 5 pr. — In aliquo autem negotio disceptantes invenimus Pulcheriam filiam gratam quidem a sua genetricre fuisse dictam, exheredatam autem testamento etc.

19) c. 5 pr. Haec . . . disposuimus, ut et parentes et filio a testatorum injuria liberos reddamus Sola enim est

die querela inoff. t.²⁰⁾, mit nichten das civile und praetorische Notherbrecht ausgeht; — daß

3. die Folgen, von welchen die Verlezung der Novelle nach deren eigenem Inhalt und Ausdruck begleitet ist, die der querela inofficiosi testamenti sind²¹⁾, — daß ferner

4. auch im nachjustinianischen byzantinischen Recht die alte querela inoff. t. ($\muέμψις της διαθήκης$) als das „ausschließlich aber allgemein praktische Rechtsmittel hervortritt“, und „nur in Beziehung auf ihre Begründung und auf ihre Wirkung durch Nov. 115 einiger Massen umgestellt und modifiziert ist“²²⁾ — und endlich

5. keine Verlezung der Novelle 115 denkbar ist, welche sich nicht auch sachlich als Inofficiosität erwiese²³⁾ — erblicken wir, in Uebereinstimmung mit vielen älteren und neueren Juristen²⁴⁾ in jedweder Verlezung der Novelle 115 eine Inofficiosität, und in der alten durch die Vorschriften der Novelle

nostrae Serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam præteritionis et exhereditationis auferre —

20) I. 4 l. 8 pr. arg. l. 15 §. 1; l. 22 pr. D. inoff. test. 5, 2 l. 20 l. 25 C. eod. 3, 28. Die Querel selbst hat denn auch Attribute einer Injuriensklage §. 404.

21) $\delta\alpha\tau\sigma\epsilon\pi\epsilon\nu$ und $\delta\alpha\nu\varrho\sigma\nu\tau\eta\pi\eta\tau\eta\tau$ (cap. 3 in f. c. 4 i. f.) sind Uebersetzungen von subvertere t., das von der Wirkung der Querel gebraucht wird (l. 30 C. inoff. 3, 28 Justinian.); die Berufung ab intestato, welche als Folge jener Subversion hingestellt wird (capp. ctt.), fehlt mit denselben Worten bei der Querel in der Justinian'schen l. 34 C. inoff. 3, 28 wieder (testamento remoto ab intestato eum vocari). Daß übrigens infolge der Rescission überall schlechthin Intestaterfolge eintreten müsse, nicht vielmehr hier wie nach der alten Querel der Testator pro parte testatus pro parte intestatus versterben könne (§. 404), ist in cap. 3 i. f. cit. (nicht in cap. 4 i. f. cit.) keinesfalls ausdrücklich genug gesagt; darum scheint uns das eine der beiden Argumente, welches Vangerow S. 294 gegen das Inoff.-System vorbringt, unsichertig; gegen das andere, daß die Vorschrift der Einsetzung in Nov. 115 ein bloßes Formale sei — s. Ann. 16 u. 17.

22) R. E. Zachariä v. Lingenthal, innere Gesch. d. gr. röm. Rechts. II. Erbrecht 2te Aufl. S. 154 vgl. S. 155 unten.

23) da namentlich auch die absolute Uebergehung dessen, gegen welchen ein gesetzlicher Erbungsgrund vorläge, eine Inofficiosität enthält, darum weil Niemand als ingratus zu erachten ist, den der Testator nicht selbst als solchen „judicirt“ (Ann. 6) —

24) Duarenus, Cujacius, Donellus — Glück, Comm. Bd. 7 S. 335 fgg. Mayer, Erbr. I. §. 104. Köppen, Syft. S. 160 fgg. Windscheid §. 591 zu Ann. 14 und a. m. wie solche bei Vangerow §. 485 Ann. 2 aufgeführt werden.

selbst, insonderheit durch Aufrechthaltung der Vermächtnisse, tutoris datio und „anderer im Testamente noch möglichen Vorschriften“ (§. 376) modifizirten²⁵⁾ querela inofficiosa testamenti (§. 404) deren Folge. —

Das alte Pflichttheilsrecht ist in der Person der Descendenten und Ascendenten durch die Novelle 115 zu einem Pflichterbrecht erstreckt, in diesem aber nicht untergegangen; mit der bloßen Ehre der Erbeinsetzung sind dieselben so wenig abzufinden, als mit dem bloßen Pflichttheil; außer der Ehre der Einschzung muß ihnen der Nutzen der legitima portio zu Theil werden; nach wie vor nicht nothwendig schon in Gestalt der Erbportion; seit der Novelle 18 c. 1 in einem Drittel oder der Hälfte der Intestaterbportion, je nachdem die Intestaterbsfolge sich in höchstens 4 oder mehr Stammportionen theilte (§. 378^a). — Eine Inofficiosität, welche querelam inoff. t. nach sich zöge, ist nun aber pflichttheilshalber gegenüber von Descendenten und Ascendenten nicht mehr möglich. Denn sind sie in der erforderlichen Weise eingesetzt²⁶⁾, so ist ihnen eben hiemit irgend etwas, wenn auch noch so wenig, leztwillig hinterlassen, und pflichttheilshalber seit l. 30 C. inoff. 3, 28 nurmehr die sg. suppletoria (ad supplendam legitimam) actio (§. 405) zulässig²⁷⁾; wären sie nicht eingesetzt, so fände die Querel um deswillen statt, ob nun der Pflichttheil hinterlassen sei oder nicht. Die näheren Bestimmungen über den Pflichttheil folgen darum nicht hier (in der Lehre von der Nichtigkeit und Reversibilität der Testamente), sondern unten in Verbindung mit den Pflichttheilsklagen (§. 405).

Das Pflichttheilsrecht der Geschwister ist von der

25) cap. 3 in f. u. 4 in f. Zu den anderen noch möglichen Vorschriften gehören auch Pupillarsubstitutionen (l. 34 §. 2 D. vulg. s. 28, 6) u. Enterbungen (vgl. Wang. §. 485 Anm. ab init. Windscheid §. 591 Anm. 15).

26) wozu einerseits institutio ex re certa genügt (Nov. 115 c. 5 pr.), anderseits aber das gehört, daß sie auf irgend etwas oder einen, auch noch so kleinen Theil eingesezt sind. Waren sie auf nichts, z. B. auf das Uebrige nachdem alles vertheilt ist, eingesezt, so wäre das keine Einsetzung. vgl. Windscheid §. 588 Anm. 3. Vangerow §. 486 Anm. II, 1 u. die das. Agff.

27) l. 32 C. inoff. 3, 28 dazu Nov. 115 c. 5 pr.

Nov. 115 nicht berührt, darum auch nicht aufgehoben worden. Nach wie vor kommt es nur den consanguinischen Geschwistern des Testators und der Testatrix zu²⁸⁾. In seinem Grunde ist es nicht weniger als das der Descendenten und Ascendenten ein Anspruch auf Erbeinsetzung (Pflichterbrecht)²⁹⁾, welches Intestaterbrecht, und weil ex officio herrührend, Officiosität in der Person des Berechtigten voraussetzt. Weil aber von der Nov. 115 unberührt kann dieses Pflichterbrecht nach wie vor durch bloße Hinterlassung des Pflichttheils, und, weil von jeher schwächer als das der Descendenten und Ascendenten, durch Einsetzung einer ehrbaren³⁰⁾ Person ausgeschlossen werden. Ihre Inofficiosität ist abgesehen von der Vernachlässigung des geistesfrank gewordenen Testators (Testatrix)³¹⁾ nicht gesetzlich fixirt, muß aber auch ihnen, wenn sie von der Querel ausgeschlossen sein sollen, wenigstens in ihrer Allgemeinheit im Testamente selbst vorgehalten sein³²⁾. Die Vergrößerung des Pflichttheils durch Nov. 18 c. 1 und die Verwandlung der Querel in eine suppletoria, wenn ihnen nur nicht genug hinterlassen ist, gilt auch für sie³³⁾.

Außer diesem Zusammenhange steht das außerordentliche Erbrecht der armen Wittwe und des impubes arrogatus (§. 385). —

Was schließlich die Gründe betrifft, aus denen allein nunmehr Descendenten und Ascendenten enterbt oder praeterirt, folgerecht auch ohne Pflichttheil gelassen werden dürfen, so bestehen sie nicht sämtlich in Inofficiosität speziell oder ausschließlich gegen den Testator, z. B. nicht überall in Undank

28) I. 27 cf. I. 21 C. inoff. 3, 28 I. 1 D. eod. 5, 2.

29) vgl. oben Anm. 17, und Windscheid §. 587 ab init. „Notherbrecht der Geschwister“ —

30) nicht „infamiae vel turpidinis, vel levis notae macula“ behafteten — I. 27 C. eod. cf. c. 1 c. 3 C. Th. eod. 2, 19.

31) Nov. 115 c. 3 §. 12.

32) I. 30 pr. C. inoff. 3, 28 — cum eos scilicet „ingratos circa se fuisse“ testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare et hujusmodi quaestionem introducere.

33) I. 30 pr. cit.

des Descendenten gerade gegen den testirenden Ascendenten oder in Pflichtwidrigkeit des Ascendenten gerade gegen den Descendenten, sondern zuweilen in gewisser anderweitiger straflicher Lebensführung oder Handlung³⁴⁾). Anderseits sind die Fälle des Undanks zuweilen von der Art, daß sie nicht blos Exheredation oder Praeterition rechtfertigen, sondern auch Indignität begründen³⁵⁾. Wo der Grund aber im eigentlichen Sinne des Wortes im Undank des Descendenten gegen den Ascendenten, in Pflichtwidrigkeit des Ascendenten gegen den Descendenten besteht, da mag das Gesetz von den Eltern (parentes) im Plural reden³⁶⁾; anzunehmen ist, daß ein Enterbungsgrund doch nur für oder gegen denjenigen parens vorliege, gegen oder in dessen Person der Undank oder die Pflichtwidrigkeit betätigter ist³⁷⁾. Analoge Ausdehnung der Fälle ist ausgeschlossen³⁸⁾; aber unter den Eltern sind die Ascendenten überhaupt, unter den Kindern die Descendenten überhaupt inbegriffen (arg. cap. 3 praef.). Undank oder Pflichtwidrigkeit sind ohne Verschuldung undenkbar³⁹⁾. Eingetretene Verjährung oder Verzeihung schließt das Strafrecht, darum u. E. auch die Berechtigung der zuvor schon erfolgten Enterbung aus⁴⁰⁾.

Im Einzelnen folgen die Enterbungs- oder Praeteritionsgründe hier unten⁴¹⁾.

34) cap. 3 §. 4: *Si cum maleficiis hominibus ut maleficus conversatur.* §. 10: *Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit etc.* cap. 4 §. 5: *Si contigerit ... alterum (maritum) alterius vitae insidiari —*

35) also der erfolgten Einführung unwürdig machen: cap. 3 §. 12: — *evacuata institutione eorum utpote indignorum qui furioso curam praebere neglexerint —* §. 13: — *illos (qui non festinaverint eum redimere) ad successionem ejus venire non patimur —*

36) z. B. cap. 3 §. 1 *Si quis parentibus suis manus intulerit —*

37) Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 37 S. 171—176. Buchholz, jur. Abhh. S. 144 fgg.

38) Nov. cap. 3 pr. in f. Mühlenbruch a. a. D. S. 176—184.

39) also z. B. die Thätlichkeit des cap. 3 §. 1 im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit oder Nothwehr keine justa causa offensionis — Mühlenbruch S. 184 fgg.

40) f. dagegen Mühlenbruch a. a. D. S. 185 II.

41) Nov. 115 c. 3 *Quae sunt justae exheredationis liberorum causae:* Handliche Vergreifung an den Eltern (cap. 3 §. 1) — grobe und schimpflische Beleidigung derselben mit Worten (§. 2) — criminelle Anklage

Der Enterbung „in guter Absicht“ (exheredatio bona mente facta) ⁴²⁾, ist in der Nov. 115 nicht gedacht, ihre Ausschließung darum richtiger nicht gewollt ⁴³⁾.

Clausula codicillaris und Anerkennung des Testamentes.

§. 379.

Der Testator selbst kann der Nichtigkeit, Vernichtung und Bereitlung des Testamentes, so viel auf ihn ankommt, nur durch Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse (§§. 368—372), so viel von den eingesezten Erben abhängt, durch Substitution (§. 373), dagegen auf keinen Fall durch irgend eine besondere, den

derselben, außer wegen Verbrechen gegen den Regenten oder den Staat (§. 3) — verbrecherischer Umgang (si maleficius cum maleficis versatur; nach dem griechischen Texte allerdings blos die Beteiligung am Handwerke der Giftmischer und Zauberer: Mühlenbruch Bd. 37 S. 144—147; aber macht der Eintritt in eine Diebs- oder Räuberbande nicht inofficios? Vgl. Ann. 38) §. 4 — Nachstellung gegen das Leben der Eltern §. 5 — Unzucht mit der Stiefmutter (oder der Konkubine des Vaters): Mühlenbruch S. 148 fg. §. 6) — Falsche und schwere Unkosten verursachende Denunciation der Eltern — Mühlenbruch S. 149 fg. §. 7 — Verweigerung der Bürgschaft für die Person oder die Schulden der Eltern von Seite des männlichen Descendenten: vorausgesetzt, daß er von denselben darum angegangen und auch bürgschaftsleistungsfähig ist §. 8 — Verhinderung der Eltern an der Testamentserrichtung §. 9 — von den Eltern nicht gebilligter Eintritt in Schauspieler- und Gauklergesellschaften: vorausgesetzt, daß jene nicht von der selben Profession sind §. 10 — Ausschlagung der von den Eltern unter Bereithaltung einer ihrem Vermögen entsprechenden Dos gewünschten Ehe von Seite der Tochter etc., vorausgesetzt, daß die Weigerung dem Hange nach ungebundenem Leben entsprungen und nicht durch die Eltern selbst verschuldet ist, welche die Verheiratung ihrer Tochter bis in deren 25. Lebensjahr verschoben haben §. 11 — Bernachlässigung der Eltern im Zustande der Geisteskrankheit §. 12 — nachlässiger Betrieb ihres Loskaufs durch das bereits achtzehnjährige Kind §. 13 — (Haeresie: Mühlenbruch S. 166). — cap. IV. quae sint justae causae parentum exhereditationis: Ausslieferung des Kindes zur Todesstrafe, ausgenommen die wegen Hochverrats — cap. 4 §. 1 — Nachstellung gegen das Leben des Kindes §. 2 — Unzucht mit der Ehefrau (oder Konkubine) des Kindes §. 3 — Verhinderung des Kindes an Testamentserrichtung §. 4 — Gattenmordsversuch von Seite des Ascendenten §. 5 — Bernachlässigung des Kindes bei Geisteskrankheit §. 6 — Versäumung des Loskaufs, wenn das Kind in Gefangenenschaft ist §. 7 — (Haeresie §. 8).

42) 1. 18 D. h. t. 28, 2 l. 12 §. 2 D. bon. lib. 38, 2 z. B. l. 16 pr. §. 2 D. cur. fur. 27, 10 cf. l. 25 C. inoff. 3, 28.

43) Seuffert, prakt. Pandr. §. 657. Windscheid §. 583, 2, und die bei diesen Agff., — dagegen Francke a. a. O. §. 34, hinwider Windscheid a. a. O. Ann. 9.

Bestand des Testamentes anstrebende Willenserklärung vorbeugen¹⁾. Namentlich also die von Rechts wegen hinfälligen Erbeinsetzungen kann der Testator durch keinerlei Cautel als solche aufrechterhalten. Dagegen daß er sein Testament für den Fall, da es nichtig sein oder werden sollte, als Codicill, eben damit auch die Erbeinsetzungen und die übrigen testamentarischen Verfügungen insoweit aufrechthalte, als sie in Codicillen platzgreifen könnten, ist möglich. Also wird es dem Testator möglich, Erbeinsetzungen als Universalfideikomisse, Universal- und Singularvermächtnisse als solche aufrechtzuerhalten; die Erbeinsetzungen als Universalfideikomisse zu Lasten der Intestat- oder von Testamentserben, je nachdem sich der eventuelle Codicill als Anhang eines anderen, aufrecht gebliebenen Testamentes (Testamentscodicill)²⁾, oder als Anhang zur Intestaterbsfolge (Intestatcodicill)³⁾ darstellt.

Damit ein nichtiges Testament nun aber wirklich als Codicill aufrecht erhalten bleibe, ist nothwendig,

1. daß das Testament das Zeug zu einem Codicill habe, d. i. die dazu nöthige Form⁴⁾ — den dazu nöthigen Inhalt⁵⁾ — die auch dazu nothwendige testamentifactio⁶⁾ — und den auch dazu nöthigen Willen⁷⁾; —

2. daß der Testator es, von einigen Ausnahmsfällen abgesehen⁸⁾ ausdrücklich wolle (clausula codicillaris⁹⁾) — was aber

1) arg. I. 3 D. qui test. 28, 1 T. factio non privati sed publici juris est cf. I. 6 pr. eod. I. 9 C. test. 6, 23.

2) 3. B. I. 12 §. 1 D. injust. 28, 3. Bgl. Ann. 12.

3) 3. B. I. 8 § 1 C. codic. 6, 36.

4) I. 8 §. 3 eod.

5) also wenigstens Vermächtnisse, wenn es an der Einsetzung überhaupt fehlt, oder wenn die Einsetzung auch als Universal nicht aufrecht erhalten werden kann, wie wenn das L. durch den Tod der Eingesetzten, und zwar noch vor dem Tode des Testators defitit geworden ist

6) argg. I. 12 §. 5 D. capt. 49, 15 I. 8 §. 3 D. jure codic. 29, 7.

7) I. 1 D. jur. codic. 29, 7 — qui . . . nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse —

8) wenn und soweit sui heredes und die es ohne Emancipation waren eingesezt sind (I. 16 I. 26 C. fam. h. 3, 36).

9) I. 41 §. 3 D. vulg. et pup. 28, 6 — ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est

auch schon dann der Fall ist, wenn er dem Wunsche, daß das T. „auf jede mögliche Weise“¹⁰⁾, oder „von rechtlichen Bedenken abgesehen“¹¹⁾ gelten möge, Ausdruck gibt. Gewöhnlich denkt man sich die Cod.-Clausel in demselben Testamente, welches durch sie zum Codicill werden soll, und für die Eventualität angebracht, da das T. als solches nichtig sein oder werden sollte. Allein dieselbe Clausel kann auch in einem späteren Testamente zur codicillarischen Aufrechthaltung eines früheren, gewiß nichtigen angebracht werden¹²⁾, zweifelsohne auch in Codicillen;

3. daß nicht derselbe Grund, der das Testament nachträglich aufhebt, zugleich die Codicillarklausel aufhebe¹³⁾ — wie das a. bis zur Novelle 115 für den Fall der Umstözung des Testamentes durch die querela inofficiosi t. der Fall war¹⁴⁾, seit Nov. 115 c. 3 in f. u. c. 4 in f. (§. 378 Anm. 25), welche die Vermächtnisse für alle Fälle, in denen das T. wegen Inofficiosität noch rescindirbar ist, aufrecht erhalten wissen will, nicht mehr der Fall ist¹⁵⁾; — wie ferner b. auch heute noch der Widerruf des T.'s, ob er nun in Errichtung eines neuen T.'s oder für sich erfolge, auch die Codicillarklausel trifft¹⁶⁾, — während c. die

— l. 8 §. 1 C. codic. 6, 36 — nisi id ille complexus sit, „ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere“.

10) l. 29 §. 1 D. qui test. 28, 1.

11) l. 88 §. 17 D. leg. II.

12) l. 12 §. 1 D. injust. 28, 3.

13) Ist dieses dritte Erforderniß richtig, dann darf man es nicht als Regel aussstellen, daß die Codicillarklausel in Kraft trete, wenn 1. das Zeug zu einem Codicill vorliegt, und 2. die Cod.-Clausel angebracht ist (vgl. Windscheid §. 631 zu Anm. 7 u. 8).

14) nach einer Note des Paulus zu Scaevola l. 13 D. inoff. 5, 2 — nec fideicomissa ab intestato data deberi, quasi a demente — cf. l. 36 D. leg. I.

15) vgl. Mayer, d. L. v. d. Legaten und Fcc. §. 25 d. — Dagegen Windscheid §. 631 Anm. 9. Konsequent steht der Codicillarklausel auch für den Fall der Enträfung des T.'s durch agnatio postumi nichts im Wege. Vgl. §. 378 §. 107, 109, 5.

16) arg. l. 5 l. 10 D. jure cod. 29, 7; die l. 12 §. 1 D. injust. 28, 3 u. §. 3 J. q. m. t. inf. 2, 17 sind nicht entgegen, da es sich in ihnen um eine Clausel (fideicommissaria verba) handelt, welche, im späteren Testamente angebracht, das frühere Testament in einen Codicill verwandeln soll. In l. 29 D. ad SC. Treb. 36, 1 ist zwar u. E. (§. 372 Anm. 17) von einer Codicillarklausel im ersten T. die Rede; allein das

Preisgebung des T.'s von Seite der eingesetzten Erben (t. de-stitutum) nicht zugleich als Preisgebung des aus der Codicillarklausel entspringenden fideikommisarischen Unrechts auf die Erbschaft erscheint, den Eingesetzten vielmehr die Wahl gelassen ist, ob sie von ihrem testamentarischen Erbrecht, oder von der Codicillarklausel Gebrauch machen wollen¹⁷⁾, die eingesetzten Eltern aber, und Kinder bis zum 4ten agnatischen, und 3ten cognatischen Grade selbst nach vergeblicher Geltendmachung ihres testamentarischen Erbrechts noch von der Codicillarklausel Gebrauch machen können¹⁸⁾.

§. 379a.

So wenig als der Testator können die Erbinteressenten am Testamentsrecht¹⁾ ändern, etwa durch Annahme (der Erbschaft oder Vermächtnisse) oder sonst eine Anerkennung²⁾ ein nichtiges Testament gütig, durch Vergleich ein gütiges Testament ungültig machen. Durch Vergleich über ein in der That zu Recht bestehendes Testament können sie weder dem Rechte der Gläubiger, noch dem der Legatare vorgreifen³⁾. Durch

spätere T. enthält nur certarum rerum institutionem und läßt nur darum jene Codicillarklausel bestehen. — S. übrigens Maher a. a. D. §. 24 II, 2.

17) l. 8 pr. §. 1 C. de cod. 6, 36. §. 2l. Seuffert, einige Bemerkungen über die Codicillarkl. 1828. Die verschiedenen Ansichten darüber, wann und wodurch sich der Eingesetzte für t. Erbrecht entschieden habe u. also „eligendi potestas“ entgegen der Codicillarklausel consummirt sei, s. Windscheid §. 631 Anm. 13; daß nur durch Klagestellung, bzw. Klagebeantwortung (Windscheid), scheint aber sowohl der ursprünglichen Fassung der Constitution (c. 7 C. Th. test. 4, 4), als den in ihr angezogenen Analogien gegenüber immerhin gewagt.

18) l. 8 §. 2 eod.

1) t. in suo jure manet — l. 29 §. 2 D. inoff. 5, 2.

2) — vel quoquo modo agnoverit — l. 3 D. leg. Corn. de fals. 48, 10. Beispiele der (wörtlichen und tatsächlichen) Anerkennung s. unten Anm. 8.

3) der Legatare: l. 29 §. 2 D. inoff. 5, 2; die Gläubiger können die Transigenten nach Maßgabe des Vergleiches belangen, propter incertum successionis (d. h. weil den Gläubigern nicht zugemuthet werden darf, die Frage wer Erbe sei, zu lösen, nachdem die Parteien selbst vom Streite abgestanden sind): l. 14 D. transact. 2, 15; sie können die Transigenten je nach der Vergleichsportion in Anspruch nehmen, als ob dies zu Recht bestehende Successionsportionen wären (utilibus actionibus); damit ist ihr Recht, denjenigen den sie als Erben erweisen zu belangen, nicht

Anerkennung kann kein nichtiges Testament gültig, dagegen wohl ein anfechtbares unanfechtbar werden. Der Intestaterbe mag in Gestalt der Anerkennung des nichtigen Testamentes auf sein Erbrecht verzichten, d. h. ausschlagen; unmöglich aber kann er dadurch — dadurch daß er das nichtige Testament mit dem Stempel seiner Anerkennung versicht — seine Mit- oder Nacherben, Accrescenz oder successio ordinum et graduum aufhalten oder ausschließen. So gut als testamentifactio und Solemnität des Testamentes sind Accrescenz und successive Delation publici juris (§. 24, 2), dem der Intestaterbe derogen würde, wenn er ein nichtiges judicium defuncti dadurch daß er es „billigt“ oder „sich ihm unterwirft“ aufrecht zu erhalten vermöchte *). —

ausgeschlossen (l. 3 pr. D. transact. 2, 15). Vgl. Deedekind die Anerkennung ungültiger legitim. Anordnungen. 1872 S. 57 fg. Windscheid, §. 566 Anm. 3 b. Anders Bangerow §. 457 Anm. S. 195. Keller §. 497 a. E. Neuberhaupt l. 3 pr. D. transact. 2, 15 — Privatis pacitionibus non dubium est non laedi jus ceterorum —

4) vgl. Keller, Pand. §. 497; Bangerow, §. 457 Anm. S. 194. Sintenis, Civilr. §. 180. Deedekind, der a. a. D. zum Unterschied von France, (über Anerkennung ungültiger lefftwilliger Dispositionen — Arch. f. civ. P. Bd. 19 Nr. 7 S. 177) seine eingehende Untersuchung ebensowohl auf die (etwaige) positive als negative Wirkung der A. erstreckt hat, läßt zwar Accrescenz zu, thut dies aber nur von wegen des Sätze nemo pro parte testatus etc. S. 53 Abi. 1 (S. 65. I.) und schließt denn auch folgerichtig succ. ordinum et graduum aus (S. 54 unten). Allein direkten Quellenbeleg bringt er für eine solche productive Kraft der Anerkennung keinen vor (S. 51—55), und die Analogien auf die er sich stützt, reichen keinesfalls weiter, als daß wenn das T. durch Anerkennung aufrecht zu halten wäre, dieses durch utiles actiones geschähe (l. 17 D. injust. 28, 3 l. 14 D. transact. 2, 15 S. 55—63). Den inneren Grund, aus welchem Andere (Mühlenbrück, Holzschuh) derjelben Ansicht sind — daß der Anerkennende indem er auf sein Erbrecht verzichtet, zugleich über die Erbschaft verfüge —, verwirft D. mit Recht (S. 52 unten und fg.); sein eigener aber die Anerkennung „enthalte präsumitiv keine Repudiation“ und habe „nur Aufrechthaltung des letzten Willens zum Zweck“ (S. 53) ist nicht minder unsicherhaftig. Denn daß die Anerkennung eines bewußt nichtigen Testamentes (und nur diese bezeichnet D. als „ächte“ S. 3, und hat er in diesem Zusammenhang §. 7 vor Augen) kein hereditatem s. bonorum p.) nolle ad se pertinere (l. 2 pr. D. succ. ed. 38, 9) und also keine Ausschlagung sei, scheint uns (auch entgegen dem Oldenburger-Erkenntniß im Archiv f. Prax. d. oldenb. R. Bd. 7 §§. 273 fg. 362 fg.) undenkbar und u. a. auch mit dem arg. a contr. aus l. 19 D. inoff. 5, 2 (— nec . . . repudiare hereditatem videtur quam nescit sibi deferri — non videtur b. poss. c. t. repudiasse) so wie aus Paulus in l. 97 D. acq. v. o. h.

Die Anerkennung des bewußt nichtigen Testamentes hat also nur die negative Wirkung eines Verzichtes auf das eigene, mit der Nichtigkeit des Testamente zusammenhängende Recht des Anerkennenden (auf Intestaterbrecht, oder auf lebtwilliges Erbrecht aus einem früheren Testamente⁵), und auch diese nicht sowohl als „Billigung“ dessen was nicht und nichts ist, denn als Preisgebung dessen was ist. Bemerkenswerther Weise enthalten die Quellen keinen Fall, in denen ein Erbrechtigter ein bewußt nichtiges Testament „agnoscit“, „billiget“ u. dgl. m.⁶); man kann also fragen, ob die römischen

29, 2 (wozu Francke in Betreff Papiniens — a. a. D. SS. 202—208 Bähr, Anerk. 2te Aufl. S. 215). Unwillkürlich räumt dieses D. anderwärts, nämlich da wo er Accrescenz zuläßt (Anm. 4) selbst ein; denn wie kann eine nicht ausgeschlagene Portion accrescire? Indem aber der Anerkennende sein Erbrecht aufgibt verliert er für was immer für Verfügungen über das Erbrecht den Boden unter den Füßen, und kann es also für nichts sein, daß Aufrechthaltung des T.s der Zweck seiner Anerkennung ist. Die vertragsmäßige Anerkennung betr. s. a. E. zu Anm. 11 u. 12.

5) vgl. hiezu Francke a. a. D. S. 196 sg. Dedeckind a. a. D. S. 66 II.

6) Leicht denkt man in den Stellen, welche von einer Anerkennung nichtigen Testamente aus Irrthum reden (l. 8 D. h. p. 5, 3 l. 3 D. leg. Corn. de fals. 48, 10 l. 4 l. 8 C. juris et fact. ign. 1, 18), Anerkennung im Bewußtsein der Nichtigkeit im Gegensatz; in der That aber wollen diese Stellen nur erklären, wie man dazu komme, ein nichtiges T. zu agnoscieren, und berufen sich darum auf den Irrthum; daß man ein nichtiges T. anders als per ignorantiam „agnoscere“, fällt ihnen nicht bei. Daß namentlich da, wo von Anerkennung nichtiger Testamente ohne weiteres gesprochen wird, wie z. B. l. 5 §. 1 D. his quae ut indign. 34, 9, nur an Anerkennung aus Irrthum zu denken sei, zeigt daß ipso jure hereditatem petere poterunt (l. 5 §. 1 eit.); denn gesetzliche Anerkennung des nichtigen T. wäre Ausschlagung der Erbschaft (Anm. 4) und also ipso jure Aushebung der hereditatis petitio. Meint man endlich unter den Fällen, wo nach vorgängiger Anerkennung nichtigen T.s hereditatis petitio „per calumniam“ angestellt (l. 43 D. h. p. 5, 3) und über Statthaftigkeit dieser Klage causae cognitio geöffnet wird (l. 5 §. 1 eit.), den denken zu sollen, da die Anerkennung im Bewußtsein der Nichtigkeit erfolgt ist (Dedeckind, S. 18, 3. 6), so steht dem nicht nur abermals der Einwand, daß in diesem letzteren Falle ipso jure keine h. p. plazgreift, sondern auch die Bedeutung der calumnia entgegen; denn diese besteht definitorisch (Gaj. IV, 178 — qui intelligit de non recte agere) und nach dem contrarium der l. 43 eit. selbst (si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit) darin, daß man ohne rechtlichen Grund und im Bewußtsein oder doch in leichtfertiger Verkennung mangelnden Rechtsgrundes Klage, setzt also voraus, daß Kläger ein gütiges Testament anerkannt habe (vgl. Hölder, in der Recension Dedeckinds, M. Vierteljahrscr.

Zuristen hier überhaupt noch von „Anerkennung“ sprachen. — Ein anfechtbares Testament wird durch Anerkennung unter der Voraussetzung unanfechtbar, daß wenn das Testament für Mehrere mit- oder nacheinander anfechtbar ist, Alle anerkennen; sonst tritt Accrescenz oder Succession in das Anfechtungsrecht ein⁷⁾.

So wenig die Erbinteressenten am „Recht des Testamento“ ändern können, so gewiß können sie über ihre aus dem Testamente oder gegen das Testament bestehenden Rechte verfügen. Namentlich durch Anerkennung, sollte man meinen, werde über das dem Testamente entgegen bestehende Recht des Anerkennenden, ob jenes nun richtig, oder blos anfechtbar sei, verfügt. Nun findet sich aber die Regel, daß man durch Anerkennung sein Recht wohl gegenüber dem anfechtbaren Testament verliere, gegenüber dem richtigen dagegen nicht verliere⁸⁾. Dies begriff sich, wenn unter der Anerkennung des

Bd. 16 S. 556). — Mit unserer Frage (ob gegenüber von bewußt-nichtigen T. von „Anerkennung“ die Rede sein könne) in Gegenfaz steht Schmidt (Anerk. lehrtv. Verordn. im Arch. f. civ. P. Bd. 56 (R. F. 6) S. 309), wenn er (gegen die Quellen) bei Anerkennung aus Irrthum keine „Anerkennung“ annimmt.

7) Dedefind räumt Accrescenz ein, „wenn der zur Geltendmachung der b. p. c. t. oder der Querelberechtigten mehrere sind“ (S. 94 II), weil hier nemo pro parte testatus, pro parte intestatus versterben könne, während bei der Querel, wo dies möglich, Accrescenz (infolge vereinelter Anerkennung) nicht möglich, und Succession überall ausgeschlossen sei (S. 95). Uns scheint sowohl l. 31 pr. D. inoff. 5, 2 bezüglich der Succession, als l. 23 §. 2 l. 17 pr. eod. bezüglich der Querel das Gegentheil zu bejagen (wogegen D. S. 96 sg.). Nach heutigem Rechte muß zweifelsohne unterschieden werden, ob der Pflichterbe etwas oder nichts bekommen hat, da ersterenfalls das Anfechtungsrecht selbst in die suppletoria actio verwandelt ist (S. 110); ob aber nicht auch schon vor der suppletoria Accrescenz und successio ausgeschlossen war, wenn die Anerkennung in der Annahme eines (zu geringen Legats) bestund? Francke (Motherbrecht §. 21 a. E.) neigt zur Bejahung, weil man sonst „den nächstien Erben jogar um sein Vermächtniß, mit welchem er sich begnügen wollte, gebracht haben würde“.

8) l. 5 pr. D. his quae ut indign. 34, 9. Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur. Vgl. Dedefind S. 9 IV. Daß was von der Anerkennung des t. inofficiosum, auch von der des praetorisch (durch b. p. c. t. anfechtbaren) T.'s b. p. contra t. geste, bezeugt l. 5 §. 2 D. legat. praest. 37, 5 l. 3 §. 16 l. 10 §. 2 §. 3 l. 14 pr. D. b. p. c. t. 37, 4 l. 30 D. min. 4, 4

nichtigen Testamente des Fall, da der Anerkennende die Nichtigkeit kennt — unter der Anerkennung des anfechtbaren Testamentes der Fall, wo er die Anfechtbarkeit nicht kennt, ausgeschlossen ist. In der That ist gegenüber nichtigen Testamenten des näheren auch nur von Anerkennung aus Irrthum⁹⁾, gegenüber von anfechtbaren Testamenten wenigstens nirgends ausdrücklich von Anerkennung in Unkenntniß der Anfechtbarkeit¹⁰⁾ die Rede.

Daß die hier vorgetragenen Sätze dann, wenn die Anerkennung vertragssweise erfolgt, eine Abänderung erfahren, namentlich Accrescenz und successive Delation ausschließen sollen¹¹⁾, dürfte dahin einzuschränken sein, daß diese Folge bei blos anfechtbaren Testamenten, und auch hier nur dann eintritt, wenn mit der Anerkennung eine Befriedigung für den Anerkennenden verbunden ist¹²⁾.

(Dedekind, S. 81 fgg.): was von der Anerkennung durch Annahme eines Legates, gilt auch von der durch Antritt einer Erbschaft u. „jeder anderen“ (z. B. adscripterim consentire me: l. 31 §. 4 D. inoff. 5, 2 — professio: l. 8 C. juris et f. ign. 1, 18 — divisio: l. 4 eod. — Zahlung von väterlichen Schulden pro parte hereditaria u. viele andere facta concludentia bei Dedekind S. 72 fgg. Schmidt, Anerk. letztw. Verordnungen, Arch. f. civ. P. Bd. 56 (R. J. 6) S. 301 S. 328.

9) l. 8 D. h. p. 5, 3 l. 4 l. 8 C. juris et facti ign. 1, 18 l. 3 D. leg. Corn. de fals. 48, 10 l. 3 (4) C. eod. 9, 22. Ueber die Qualität dieses Irrthums s. nach Francke u. Dedekind Schmidt a. a. O. S. 309 — 312. Bähr, Anerk. 2. Aufl. S. 214.

10) Vgl. Dedekind, S. 77. Da Descendenten, Ascendenten u. Geschwister dieses ihr Verhältniß zum Testator zu fernien pflegen, darf man annehmen, daß auch diejenigen Stellen, welche von Anerkennung ohne weiteres reden, wie z. B. c. 7 C. Th. inoff. 2, 19 l. 10 §. 1 l. 12 pr. l. 31 §. 1 §. 4 l. 32 pr. l. 23 §. 1 D. inoff. 5, 2 l. 8 §. 1 l. 35 §. 1 C. eod. 3, 28, an Anerkennung im Bewußtsein des Auferstehungsrechtes denken. Daß im entgegengesetzten Falle Anfechtung nicht ausgeschlossen sei, scheint uns nicht blos in Ansehung der b. p. c. t. (Dedekind S. 84 l. 5 §. 2 §. 3 D. leg. praest. 37, 5), sondern auch bezüglich der Quarel bezeugt durch l. 19 D. inoff. 5, 2 — nec enim quae ex testamento adiit etc. Ueberhaupt Francke, Arch. f. c. P. a. a. O. S. 184. Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 35 S. 455.

11) Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 38 S. 134 f. Wagnerow §. 457 Anm. ab init. Windscheid §. 566 I.

12) wie in der Annahme eines Legates oder des conditionis implementae gratia oblatum: vgl. l. 8 §. 10 in f. D. inoff. 5, 2 — quasi ex voluntate testatoris oblatu eo satis ei factum videatur — wohin denn namentlich auch der Vergleich zu zählen wäre. Gegen die Mühlensbruch-

B. Erbvertrag.

§. 380.

Der Vertrag sollte nach römischem Recht niemals zum Erbgrunde werden. Auf die Erbschaft eines noch lebenden nicht mithandelnden Dritten bezogen, ging er contra bonos mores¹⁾; in Richtung auf die eigene Erbschaft wäre er, weil bindend, eine Schmälerung der testamentis factio des Disponenten oder der Testirfreiheit gewesen²⁾. Und zwar sollte nicht nur hereditatis institutio in keinen Vertrag eingefleidet, sondern der Nachlaß auch nicht in Gestalt eines obligatorischen Vertrages dem Acceptanten zugewendet werden können³⁾. Soldaten sollten allerdings auch vertragsweise testiren können, allein nicht weil, sondern trotzdem ein Vertrag vorlag; da zum militärischen

Bangerow'sche Motivierung der fraglichen Hebung nichtiger Testamente durch Supposition einer Antritung und Veräußerung der Erbschaft von Seite des Anerkennenden j. Windischeid a. a. D. Ann. 2. Dedekind, S. 52 unten u. fg. — und vgl. Ann. 4. Wie will man auch Antritung ab intestato mit „Anerkennung“ des Testamentes vereinen?

1) I. 29 §. 2 l. 30 D. don. 39, 5 cf. I. 2 §. 2 D. vulg. 28, 6 l. 27 §. 4 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 1 §. 21 D. collat. 37, 6; l. 2 §. 3 D. his quae ut ind. 34, 9 — ignorantis.

2) I. 52 §. 9 D. pro soc. 17, 2 l. 22 pr. D. leg. III l. 15 l. 19 l. 30 C. pact. 2, 3 und die weiteren in Ann. 3 eitt. II. der Versuch, die Testirfreiheit durch Poenalstipulationen zu beschränken, verstieß abermals contra bonos mores: l. 61 D. v. o. 45, 1 l. 4 C. inut. stip. 8, 39.

3) Ein solcher Vertrag war nach vorjustinianischem Rechte schon darum nichtig, weil die Obligation ab herede begonnen hätte. Die denselben für unstatthaft erklärenden Stellen sind aber trotz der Aufhebung des justinianischen Verbotes der Obligationen post mortem in das corpus juris aufgenommen. I. 15 C. pact. 2, 3 l. 5 C. pact. conv. tam super dote 5, 14 l. 34 C. transact. 2, 14 l. 19 C. pact. 2, 3. Die nächstliegende Erklärung für diese Thatsache liegt wohl darin, daß die Unstatthaftigkeit obligatorischer Erbverträge in jenem Verbot nicht ihren einzigen und auch nur nächsten Grund hatte; hätte ein solcher Vertrag ja doch iets im Vorauß die Entwerthung eines nachfolgenden Testamentes enthalten. I. 15 cit. — neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre — vgl. Savigny, Syjt. Bd. 4 §. 159 S. 142. Dem entgegen legt Hartmann, d. L. v. d. Erbverträgen S. 17 fg. jenen Stellen bloß historische Bedeutung bei, eventuell sei unter dem obligatorischen Vertrag an eine mortis causa d. zu denken und derselbe nicht als solcher, sondern weil es der betreffenden mortis causa donatio an den neuestens notwendigen 5 Zeugen fehle für nichtig erklärt. S. aber I. 15 C. pact. 2, 3 — neque ullam obligationem contrahere . . potuit.

Testamente jedwede Form der Willenserklärung genügte, schaute auch die vertragsmäßige nicht⁴⁾; widerruflich war ein derart paktirter letzter Wille so gut wie das einseitige Testament. Mit Wissen und Willen des Dritten konnte allerdings ohne Verstoß gegen die gute Sitte über dessen Erbschaft paktirt, von dem präsumtiven Erben die künftige Erbschaft verschenkt oder verpfändet⁵⁾, von den mehreren präsumtiven Erben im voraus über dieselbe verhandelt⁶⁾ werden; allein an der Erbsfolge selbst ward durch einen solchen Vertrag, auch wenn er in Kraft blieb, nichts geändert⁷⁾ und eine Bindung des Erblassers enthielt er mit nichten⁸⁾.

Nach der „gemeinen Meinung“ der Juristen⁹⁾ kann nun aber unter uns auch ein Vertrag zum Erbgrund werden. Von den dreierlei Auffassungen, denen dieser Vertrag im Laufe der Zeit unterlegen ist, darf diejenige, wornach er ein obligatorischer sein soll, als überwunden betrachtet werden¹⁰⁾; die entgegengesetzte, welche ihm auf eine deutsch rechtliche Vergabung von Todes wegen zurückgreifend dingliche Natur beilegt¹¹⁾, ist in den Hintergrund gedrängt; herrschend ist die Meinung, daß er ein Erbeinsetzungsvvertrag, also von demselben wesentlichen Inhalt wie das römische Testament sei¹²⁾. Letzterem ist er dadurch noch näher gerückt worden, daß man das Vertrags-element von der Einsetzung getrennt, als Verzicht auf Wider-ruf erklärt und darnach den Erbvertrag als kein selbständiges

4) I. 19 C. pact. 2, 3.

5) I. 2 §. 3 D. his quae ut indign. 34, 9 arg. I. 30 in fin. C. pact. 2, 3.

6) I. 30 C. cit. I. 2 C. Th. fam. herc. 2, 24.

7) I. 30 C. cit — Si ad hereditatem vocentur hi qui hujusmodi pactionem fecerint —

8) I. 30 cit. — et in ea (voluntate) usque ad extremum vitae suaे spatium perseveraverit —

9) Beßeler, d. L. v. d. Erbverträgen II S. 248 oben. Buddeus, in Weisse's Rechtsl. Bd. 4 S. 39. Hartmann a. a. D. §. 3.

10) Gegen dieselbe s. namentlich J. C. Hassé, Erbvertrag x.

11) Vgl. hierüber Beßeler a. a. D. Th. I, Hartmann, S. 20 Rhein. Mus. f. J. Bd. 2 S. 200, 211 u. vgl. dazu Hartmann a. a. D. S. 27 unten u. fg.

12) Zuerst aufgestellt von Hassé a. a. D. S. 150—154, S. 211.

Institut, sondern als bloße Modifikation der römischen Erbeinsetzung hingestellt hat¹³⁾. Dieser Auffassung entsprechend ist auch das Detail des Erbvertragsrechtes bestimmt worden¹⁴⁾. Indessen ist eine unwiderrufliche Erbeinsetzung so wenig die römische heredis institutio, als eine unwiderrufliche Verfügung von Todeswegen eine römisch-lettwillige¹⁵⁾ Verfügung ist, — um eben deswillen das Recht der heredis institutio und des Testamentes nicht auch für das unrömische Geschäft des Erbvertrages gültig. Der Erbvertrag läßt sich deutschrechtlich, oder gar nicht begründen.

Den vertragsweisen Erbverzicht (pactum successorium renunciativum) s. unten §. 388, — den partikulären Erbvertrag unter der Errichtung der Vermächtnisse.

b. Gesetzliche Berufung.

§. 381.

Ueberhaupt.

Gesetzliche Berufung ist diejenige, welche durch das Gesetz, nicht etwa blos unter Zustimmung des Gesetzes erfolgt, wie die testamentarische (§. 366 Anm. 1), also derjenigen durch letzten Willen entgegengesetzt, überdies aber grundgesetzlich an die Bedingung gefnüpft ist, daß eine testamentarische Berufung nicht vorliegt (§. 372 Anm. 11). Grundgesetzlich führt sie demnach zu einer Intestaterbsfolge nicht blos in dem einfach negativen Sinne, daß die durch sie begründete Erbsfolge auf keinem letzten Willen beruht, sondern auch in der exclusiven Bedeutung, daß eine letzwillige Berufung nicht da sein darf¹⁾. —

13) Hartmann, a. a. O. S. 32.

14) Erforderniß der Testamentsform — Unterschied in der Fähigkeit zum Erbvertrag in Abziehung der Einsetzung und des Verzichts — sonach Möglichkeit, daß das Geschäft halb (als Vertrag d. i. Verzicht) hinfällig, und halb, als Einsetzung, aufrecht sei — nur quasikontraktile Bindung durch Vermächtnisse und deren Unterwerfung unter die lex Falcidia, — u. a. m. (Hartmann §§. 4—9).

15) I. 4 D. adim. leg. 34, 4 — ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum —

1) I. 7 D. r. j. 50, 17 — earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.



Diese Exclusivität der gesetzlichen gegenüber der leßtwilligen Berufung, und ihre Abhängigkeit von dem Nichtdasein der letzteren, finden wir nun aber mannigfach durchbrochen. Einmal kann hier wie allerwärts das materielle Recht vor dem formalen sich beugen müssen, prozessualisch der eine von mehreren Intestaterben gewinnen, indeß der andere verliert²⁾, kraft Judikates also der Erblässer pro parte testatus, pro parte intestatus verstorbene sein³⁾. Außerdem sind in Gestalt der querela inofficiosi t. und der b. p. contra tabulas Testamentsanfechtungen aufgekommen, welche nicht mehr blos durch den möglichen Konflikt des formalen und materiellen Rechtes⁴⁾, sondern nach der materiell-rechtlichen Anlage dieser Rechtsmittel selbst zu blos theilweiser Recission des Testamentes führen und insofern den Erblässer pro parte testatus, pro parte intestatus machen konnten⁵⁾. Daß wenigstens der Testator selbst die Berufung nicht theilweise dem Gesetz überlassen könne, blieb nach diesen beiden Einschränkungen des Grundgesetzes noch aufrecht. Endlich aber sollte dieses, im Bereiche des Soldatenrechtes, dem Belieben des Testators selbst unterliegen^{5a)}

Da durch das Reichsmilitärgeß v. 2. Mai 1874 §. 44 auch diese Lizenz des Soldatentestamentes als aufgehoben erscheint⁶⁾, wäre wieder so viel Rechtes, daß eine Theilung der Berufung in leßtwillige und gesetzliche wenigstens nicht vom Erblässer ausgehen darf. Nun läßt man aber unter uns eine leßtwillige Berufung auch in Gestalt Vertrages zu (§. 380), und dieser soll nach der herrschenden Meinung beliebig auf einen

2) arg. l. 1 D. exc. r. j. 44, 2 cf. l. 15 §. 2 D. inoff. 5, 2.

3) Roßhirt, Entl. in das Erbr. 1831. S. 43, fg.

4) wie z. B. bei der querela inoff. in den Fällen der l. 15 §. 2 cit. l. 76 pr. D. leg. II. l. 12 §. 2 D. bon. libert. 38, 2 l. 13 C. inoff. 3, 28; l. 16 pr. D. eod. 5, 2 l. 29 pr. D. exc. r. j. 44, 2.

5) bezüglich der querela i. t. f. l. 8. §. 8. l. 19 l. 24 l. 25 §. 1 D. inoff. 5, 2 u. unten §. 404; bezüglich der b. p. c. t., durch welche freilich der bonorum possessor eben so wenig heres ab intestato wird, als die Berufung zu dieser b. p. eine „gesetzliche ist“ (vgl. Vang. §. 472 Anm. ab init.), s. Schirmer, Handb. d. r. Erbr. I. S. 55 fg.

5a) §. 5 in f. J. h. i. 2, 14 l. 6 l. 37 D. test. mil. 29, 1 l. 19 §. 2 D. pec. castr. 49, 17. Nicht hieher gehört l. 2 C. test. mil. 6, 21.

6) Vgl. Windscheid, §. 537 Anm. 4a.

Theil der Erbschaft beschränkt werden können⁷⁾). Folgt man dieser Ansicht, so liegt es nahe, unsern römischen Grundsatz überhaupt aufzugeben⁸⁾, — besonders wenn man den Erbvertrag als Erbeinsetzungsvertrag definiren zu können meint. Nur dürfte selbst dann zwischen den Fällen zu unterscheiden sein, in welchen der Testator mit seiner Erbeinsetzung nur zufällig das Ganze unerschöpflich lässt, und denen in welchen er dies gesissenschaftlich will. —

Zuweilen unterscheidet man innerhalb der gesetzlichen Berufung zwischen einer, welche unter der Voraussetzung des Nichtdaseins eines Testamentes (ab intestato), und einer welche gegen ein Testament plazgreift⁹⁾). Häufiger begnügt man sich von einer „Erbsfolge“ aus, ohne, und gegen ein Testament zu handeln, wobei dann dahingestellt bleibt, ob die gegen das Testament ebensowohl wie die ohne Testament als gesetzliche gedacht sei¹⁰⁾). Eine „Erbsfolge“ gegen ein Testament hatte das r. Recht offensichtlich in der b. p. contra tabulas; allein eine gesetzliche im eigentlichen Sinne des Wortes konnte man diese Erbsfolge selbst ebensowenig nennen, als die zu derselben ermächtigende Berufung; überdies müssten wir sie als Antiquität bezeichnen (§. 363, bes. a. E., §. 378, bes. S. 106). Eine wahrhaft gesetzliche Erbsfolge und damit auch eine gesetzliche Berufung wird durch die querela inofficios i. t. vermittelt; allein diese greift erst nach Umstözung des Testamentes statt, also ohne, nicht gegen ein Testament¹¹⁾; den Kampf gegen das Testament führt hier mit außerordentlichen Mitteln die Ge rechtigkeit; Gesetz und Recht treten erst nach Ueberwindung des

7) Vgl. Schirmer a. a. D. S. 63, Windscheid, §. 537 Anm. 8. dagegen Hartmann, Erbr. S. 63 fgg.

8) wie Manche thaten; s. darüber Schirmer S. 63 Anm. 37.

9) z. B. Windscheid, indem er zwar nur von „Berufung gegen den Willen des Erblassers“ spricht, allein den Anspruch der also Gerufenen einen „gesetzlichen“ nennt: §. 575 u. die darüber stehende Rubrik.

10) z. B. Vangerow, in den Rubriken des 2ten, 3ten u. 4ten Kapitels.

11) l. 15 §. 2 in f. D. inoff. 5, 2 — intestatum videri — l. 17 pr. eod. — rescisso testamento . . . ad successionem ab intestato vocatur — und vgl. dazu die legitima hereditas in l. 16 pr. eod.

Testamentes auf. In Gemäßheit der Inofficiositätstheorie sowie nach unzweideutigem Ausdruck des Gesetzes gilt dasselbe auch von dem Nothherbrechte der Novelle 115¹²⁾; das civile Nothherbrecht vor der Novelle 115 zog im Verlezungsfalle wo nicht bloße Accrescenz unmittelbar Nichtigkeit des Testamentes und also Intestaterbsfolge nach sich¹³⁾; nach den Worten der XII Tafeln geschah das aber nicht kraft gesetzlicher Berufung, sondern in Konsequenz des eigenen Rechtes der Nothherben (S. 42 fgg.). Nimmt man hinzu, daß die quarta D. Pii und das Erbrecht der armen Wittwe so gut neben dem Testamente wie neben der Intestaterbsfolge bestehen und mehr von der Art einer Forderung als eines Erbrechts haben (§. 385), so fehlt es im heutigen Rechte zu einer gesetzlichen Berufung gegen ein Testament an haltbarem Grunde (Vgl. oben S. 46).

§. 382.

Voraussetzung der gesetzlichen Berufung ist

1. Nichtexistenz einer leßtwilligen Berufung oder eines Erbvertrages, es sei nun daß es in Ansehung der ganzen Erbschaft an einem solchen vorgehenden Delationsgrunde fehlt, oder daß er außerordentlicherweise in Betreff eines bloßen Erbschaftsteiles in Wegfall gekommen ist (S. 124 fgg.).

Unter Nichtexistenz einer leßtwilligen Berufung denken wir nicht blos den Fall, wo kein letzter Wille errichtet oder paftirt, sondern auch den wo derselbe vornherein richtig errichtet oder nachträglich richtig¹⁾ oder rescindirt worden ist (§. 377, §. 378)²⁾.

12) §. 378 S. 108 – 110, bei S. 109, 3 u. Anm. 21; Nov. 115 c. 4 §. ult.: — resicso testamento eis qui ab intestato . . vocantur res . . dari disponimus — c. 3 §. ult.: — testamento evacuato ad hereditatem liberos tanquam ab intestato . . pervenire.

13) zu §. 377 A. I. 4 B. I. 4. vgl. Gaj. II. 123 – 143 J. de exhered. liberorum 2. 13 D. de liberis et posth. heredibus instituendis vel exheredandis 28, 2 C. de liberis praeteritis vel exheredandis 6, 28.

1) wohin außer den Fällen des §. 372 B. I. 1 – 4, aus Anm. 17 daß. nahestlich der Ausfall der Bedingungen zu zählen ist, unter den die Erbseinfügungen erfolgt sind: 1. 1 l. 2 l. 7 C. instit. sub cond. fact. 6, 25 arg. l. 1 l. 27 D. cond. inst. 28, 7 l. 6 D. b. p. s. t. 37. 11.

2) pr. J. her. quae ab int. 3, 1 l. 8 C. comm. succ. 6, 59 l. 1 pr. D. suis et leg. 38, 16.

Eine gesetzliche Berufung ist niemals vor dem Tode des Erblassers denkbar³⁾. Sie greift platz, sobald es gewiß ist, daß der Erblasser ohne letzten Willen verstorben sei⁴⁾, demnach möglicherweise auch erst kürzere oder längere Zeit nach dem Tode⁵⁾. Das Gesetz ruft, sobald der Erblasser intestatus ist, nicht erst wenn man es erfährt; die Gewißheit, von der die gesetzliche Berufung abhängt, ist keine subjective⁶⁾. Eine successive gesetzliche Berufung (§. 390) ist nur nach dem Tode des Erblassers denkbar.

2. Die andere Voraussetzung der gesetzlichen Berufung ergibt sich (gemeinsam für diese wie für die lehrtwillige — §. 386) aus der zwischen Erblasser und Erben nothwendige Kontinuität⁷⁾, und der darnach überall, allenfalls rückwärts, an den Tod des Erblassers anknüpfenden Datirung der Erbsfolge (§. 364 Anm. 7 S. 32). Infolgedessen muß der zu berufende Verwandte beim Tode des Erblassers mindestens gezeugt (*in rerum natura*) (Anm. 7) und auch in diesem Zustande zwar nicht schon im nächsten Grade⁸⁾ aber doch schon verwandt gewesen sein⁹⁾; die Berufung selbst ist vor seiner Geburt unmögl-

3) nicht blos weil bis dahin stets ungewiß ist, ob der Erblasser testatus oder intestatus verstorben, sondern auch weil mit der gesetzlichen Berufung die Delation zusammensfällt, welche bei Lebzeiten des Erblassers undenkbar ist (§. 386).

4) Gaj. III, 11 §. 7 J. quae ab int. 3, 1 §. 6 J. legit. agn. succ. 3, 2.

5) l. 39 D. a. v. o. h. 29, 2 Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. l. 89 D. r. j. 50, 17 Quamdiu possit t. valere, tamdiu legitimus non admittitur.

6) wie denn auch Nichtwissenden deferirt wird (§. 386).

7) l. 138 pr. D. r. j. 50, 17 Omnis hereditas . . . cum tempore mortis continuatur. l. 30 pr. D. ex qu. c. maj. 4, 6 — possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem. § 8 J. her. quae ab int. 3, 1 l. 6 pr. in f. D. injust. 28, 3 l. 10 D. ventre in poss. 37, 9 l. 1 §. 8 D. unde cogn. 38, 8 l. 6 — l. 8 pr. D. suis et legit. 38, 16. Schirmer, a. a. D. §. 4 Anm. 2.

8) §. 7 in f. J. her. quae ab int 3, 1; Gaj. III 11, 13, §. 6 J. legit. 3, 2 l. 2 §. 6 §. 5 §. 7 D. suis et legit. 38, 16.

9) von dem der zwar beim Tode des Erblassers am Leben oder in *rerum natura*, aber weder in der geraden noch in der Seitenlinie desselben begriffen war, alsdann aber und während das Testament in Schweben war, einem Sohne des Erblassers durch Adoption agnascirte, mußte man wenn zur Zeit da die Intestaterbschaft plazgriff auch der Sohn des Erblass-

lich, vorausgesetzt aber daß es zu seiner Berufung nur an seiner Geburt fehlt, bis zu dieser aufgeschoben¹⁰⁾). Diese Grundsätze sind durch das justinianische Recht nicht aufgehoben¹¹⁾, und gelten auch für den Fall der successiven Berufung¹²⁾.

§. 383.

Gegenstand¹⁾ der gesetzlichen Berufung sind die Verwandten des Erblassers²⁾ und der überlebende Gatte³⁾.

Was die Verwandten anlangt, so ist der Vorzug der Agnaten vor den bloßen Kognaten in Novelle 118 endlich all-

fers verstorben war, sagen: nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit (§. 8 J. her. quae ab. int. 3, 1). S. auch Schirmer, a. a. O. §. 10 Anm. 157 a. E.

10) I. 1 §. 11 D. ventre in p. mitt. 37, 9 — partui consuli, qui natus b. p. accepturus est. I. 1 §. 8 D. unde cogn. 38, 8 — obstarere eum sequentibus. Sed ubi natus non est, admittendum eum qui post ventrem proximus videbatur — I. 3 §. 9 I. 8 §. 1 t. suis et legit 38, 16.

11) gegen die abweichende Ansicht älterer u. neuerer Schriftsteller s. Schirmer, a. a. O. §. 10 Anm. 157.

12) Siehegegen auch Schirmer, a. a. O., allein ohne überzeugenden Grund. Unhaltbar scheint namentlich das Argument aus der Behauptung, daß in Nov. 118 der alte Kognationsbegriff aufgegeben sei (§. 381 Anm. 2). Denn angenommen auch, daß dies der Fall wäre, so bliebe immer noch der neue Kognationsbegriff übrig, und ließe sich nicht absehen, warum diese neuen Kognaten den Erbälter weniger ununterbrochen fortsetzen sollen als die alten. Vgl. Büchel, Streitfragen aus Nov. 118 S. 11 f. Bangeroe §. 411 Anm. Arndts P. §. 474 Anm. 6. Windscheid, P. §. 571 Anm. 1.

1) vgl. §. 366 Anm. 1. a. E.

2) Daß Justinian mit Nov. 118 c. 3 §. 1 „den alten Begriff der Kognation verlassen“ (Schirmer, Handb. d. r. Erbr. I §. 10 Anm. 157) u. seine neue Erbordnung nicht auf den Kognationsbegriff, sondern auf das Descendenten-, Ascendenten- und Kollateralenverhältniß basirt habe (Löbenstein, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 9 S. 215 fgg.), wäre richtig, wenn der „alte Begriff der Kognation“ von der Einschränkung des cognativen Erbrechts auf den 6ten Grad abhinge, und wenn die Descendenten-, Ascendenten u. Kollateralen der Novelle keine Kognaten wären. Ueber die Folge die man aus dieser Neuerung ziehen wollte, s. §. 382 Anm. 12.

3) Das Patronatserbrecht ist antiquirt. — Der Fiskus wird nicht zur Erbschaft sondern zum erblosen Gute (bona vacantia) berufen; desgleichen die dem Fiskus in Betreff der bona vacantia privilegiweise vorgezogenen Personen (s. unten III: Uebrige Universalsuccessionen). Eher möchte man das allfällige Recht der Curialen auf eine Quart der Erbschaft (I. 1—3 C. quando et quibus quarta pars debetur ex bonis decurionum 10, 34) auf gesetzliche Berufung zurückführen, wenn es nicht doch mehr Fordeung, als Erbrecht (vgl. §. 385), und jedenfalls antiquirt wäre.

gemein⁴⁾ und grundsätzlich beseitigt (praef. u. cap. 4). Die Berufung der blos agnatisch (durch Adoption) Verwandten ward hiedurch nicht ausgeschlossen; wohl aber ist noch vorher⁵⁾ der Adoption für den Fall der s. g. minus plenus adoptio die Kraft der Agnation genommen und nur dem Adoptivkinde gegenüber dem Adoptivvater Intestaterbrecht belassen worden (§. 46 Anm. 31, 32); mehr als Eltern- und Kindesrecht konnte die Adoption durch Frauen niemals begründen (§. 46 Anm. 29); mehr als letzteres und etwa noch Geschwisterrecht dürfte nach heutigem Rechte auch die plena adoptio und die Arrogation nicht geben⁶⁾. Zwischen dem leiblichen Vater und seinen Kindern wird die Agnation, und zwar cognatische Descendenz und Ascendenz, auch durch plena adoptio nicht aufgehoben⁷⁾.

Agnatschaft besteht überall wo Agnatschaft⁸⁾, nicht

4) Vorstufen s. übersichtlich §. 15 §. 16 J. hered. quae ab int. 3, 1 §. 3, §. 4 J. leg. adgn. 3, 2, de S. C. Tert. 3, 3. de S. C. Orph. 3, 4. Ausführlich Schirmer, a. a. D. §. 10 §. 152 — §. 188.

5) l. 10 C. adopt. 8, 48 Justinian. §. 14 J. hered. ab int. 3, 1.

6) vgl. oben §. 49 zu Anm. 11—15. Hiezu die Thatfrage, daß die germanische Agnatschaft aus Adoption nicht entspringt und auch die Particularrechte die Adoptivverwandtschaft einschränken (österr. a. b. Gb. §. 183; preuß. Landr. Th. II 1 §. 13; 2 §. 708. Sachsen, B. G. B. §. 1799 f. Cod. civ. Art. 350, 344, 348. Roth, Syst. d. d. Privr. Thl. II. §. 155. Anm. 26): vgl. Buchta §. 445 a. E. Seuffert §. 475 Anm. 7. Sintenis §. 139 Anm. 62. Arndts §. 425 Anm. 1. Schirmer §. 11 Anm. 26, der das gemeinrechtliche Ergebnis als noch „nicht fixirt“ bezeichnet, während Roth a. a. D. §. 154 als gemeines Recht schlechthin das römische hinstellt; so auch Windscheid §. 525 Anm. 6. 7. —

7) l. 1 §. 4 D. unde cogn. 38, 8 l. 4 §. 10 D. grad. 38, 10 §. 3 J. succ. cogn. 3, 5. Da nach römischem Rechte bis zuletzt das Adoptivkinder Agnat der Agnaten des Adoptivvaters und zu denselben Personen in finem Agnat wird; anderseits nach Nov. 118 kein Vorzug der Agnaten vor den Cognaten mehr besteht, so müßten nach Nov. 118 die Bluts- und die Adoptivverwandten eines Erblassers ununterschiedlich zu dessen Erbschaft berufen werden (Schirmer §. 205—208 und denselben §. 206 Anm. 25 gegen abweichende Ansichten). Nach heutigem Rechte kann in Gemäßigkeit des Textes (zu Anm. 6) nurmehr von einer Konkurrenz des Adoptivvaters und der Adoptivgeschwister mit den leiblichen Ascendenten und halbbürtigen Geschwistern des Adoptivkindes die Rede sein. Vgl. auch hiezu Schirmer §. 207 f. Anm. 25 a. 26. Grundlos ist die Meinung, daß der plene adoptatus seinen leiblichen Vater unter den Seitenverwandten (Löhr, Buchta) oder gar nicht (Mühlenbruch) beerbe (Bang erow §. 412 Anm. III).

8) sei es auch daß die Agnatschaft nur iure besteht: §. 38 Anm. 6.

umgekehrt. Aber in Einem Falle besteht, weil keine Agnatschaft, trotz vorhandener Blutgemeinschaft, auch keine Kognatschaft: im Mannesstamme nämlich, bei außerehelicher Zeugung⁹⁾). Also waren unde cognati keine außerehelichen Kinder zur b. p. ab intestato in den Nachlaß des Vaters, geschweige der väterlichen Verwandten¹⁰⁾, noch diese zu derselben b. p. in den Nachlaß der außerehelichen Kinder berufen¹¹⁾, und ebensowenig sind sie unter den (die agnatischen und kognatischen Kinder und Eltern gleichmäßig in sich fassenden) Descendenten und Ascendenten der Novelle 118 begriffen. Seit Konstantin d. G. wird sogar die Capacität der außerehelichen Kinder (aus Testamenten des Vaters) beschränkt¹²⁾). Justinian lässt ihnen „ihres vielen Bittens und Weinens müde“ endlich auch aus dem Intestatnachlaß ihres Vaters etwas zukommen¹³⁾, allein überall nur ein mit der Mutter nach Köpfen zu theilendes Sechstel, und auch dieses nur unter der Voraussetzung, daß keine legitime Descendenz oder Wittwe da ist, — daß die Kinder naturales¹⁴⁾, die Konkubine eine Freie und ihrer nicht mehrere zumal seien oder waren. Auf den Vater des außerehelichen Vaters ist diese Berufung nicht erstreckt¹⁵⁾; wohl dagegen ist unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfange in welchem das Kind den außerehelichen Vater beerbt, auch umgekehrt der Vater zur Erbschaft seines außerehelichen Kindes gerufen¹⁶⁾. Der außerehelichen Mutter für sich allein steht in

9) Gaj. I, 64 §. 12 J. nupt. 1, 10 — nec patrem habere intelliguntur — arg. I. 4 §. ult. I. 5 D. in jus voc. 2, 4 I. 4 §. 2 D. grad. et aff. 38, 10 — naturalis cognatio per se etc.

10) I. 12 C. nat. lib. 5, 27 — Jura etenim ab intestato etc.

11) I. 2 D. unde cogn. 38, 8 — etiam vulgo quae siti matris ... b. possessionem petere possunt — I. 4 I. 8 eod. I. 12 C. cit.

12) §. 368 Ann. 22, 23.

13) Nov. 18, c. 5, wiederholt in Nov. 89 c. 12 §. 4 cf. §. 5 §. 6.

14) d. h. aus Konkubinat entsprossen — als das Fatum der Ehe gibt der Konkubinat ebensoviel Anhalt für die natürliche Vaterschaft des Konkubinaten, als die Ehe für die legitime, während für den spurius oder vulgo quae situs ein solcher Anhalt nicht besteht (i. unten zu Ann. 21). Ausdrücklich ist denn auch Hausgemeinschaft mit Weib und Kind gefordert.

15) I. 12 in f. C. nat. lib. 5, 27. Schirmer §. 12 Ann. 27.

16) Nov. 89 c. 13. Folgerecht darf hier das Kind weder eine legitime

den Nachlaß des außerehelichen Vaters ein Erbrecht nicht zu¹⁷⁾.

Innerhalb der Ordnungen und Grade der Novelle 118 erscheinen diese Personen nicht; sie machen ihren Anspruch außer der Ordnung, was immer für Klassen von Intestaterben (außer den Descendenten und der rechtmäßigen Wittwe) gerufen seien, geltend¹⁸⁾. Im heutigen Rechte ist die Voraussetzung dieser außerordentlichen Berufung, eine gewisse Billigung des Konkubinates, hinweggefallen¹⁹⁾, in der Praxis aber die Berufung selbst nicht nur aufrecht gehalten, sondern auf außereheliche Kinder überhaupt ausgedehnt worden²⁰⁾; Anerkennung der Vaterschaft durch den Vater pflegt dabei allerdings vorausgesetzt zu werden und muß vorausgesetzt werden, wenn dieses Erbrecht noch eine dem Konkubinat vergleichbare Unterlage haben und nicht auf die bloße Möglichkeit der Vaterschaft, oder gar ein Delikt begründet sein soll, wie die Klage auf Alimentation²¹⁾.

Außereheliche Kinder sind auch die aus ungültiger Ehe entsprossenen Kinder, und die Brautkinder. Erstere dürfen, wenn die Ehe nur nicht wegen Blutschande nichtig ist, den schlechthin unehelichen Kindern nicht nachgesetzt werden; bei Blutschande entfällt auch das außerordentliche Intestaterrecht²²⁾,

Descendenz noch eine legitime Gattin hinterlassen. Schirmer §. 12 Anm. 26.

17) Schirmer §. 12 Anm. 27.

18) vgl. die Anm. 13 citt. ll.

19) Dist. 34, c. 6; c. 32 quaest. 2; c. 12 quaest. 4 c. 4. 9. Reichs-Pol.-D. v. 1530 Tit. 33. v. 1548 Tit. 25 §. 1; v. 1577 Tit. 26 §. 1. Wangerow §. 413 Anm. 2.

20) Mayer, d. Intestaterbr. d. liberi naturales nach heut. r. R. 1838. S. 43 fg.

21) Vgl. oben Anm. 14.

22) I. 6 C. incest. et inut. nupt. 5, 5 Arcad. et Hon. Nov. 12 c. 1. Nov. 74 c. 6 Nov. 89 c. 15. Wiewohl diese Gesetze nicht bloß von incestis, sondern daneben von damnatis und nefariis nuptiis sprechen dürfte doch nur an die incestuose Ehe, (arg. Rubrica Nov. 12 „de incestis et nef. n. cf. praef.: pro incestis dudum nuptiis — cap. 1. quas lex inc. et nef. et damn. vocat — 1. 6 cit. — in contrahendis incestis n. Vgl. Cujac. Expos. nov. Just. ad Nov. 12. Nöthirt, Cml. in das Cib. n. §. 214 fgg. Wangerow §. 413 Anm. 2) übers dies nur an den incestus juris gentium (arg. I. 4 C. Th. h. t. 3, 12 cf. I. ult. D. r. n. 23, 2) und an wissenschaftlich incestuose Ehe gedacht sein (I. 6. cit. — consilium iniisse — Nov. 12 c. 1 nuptias facere . . .

die Ehe wäre denn eine Putativehe, deren Sprößlinge auf Grund des canonischen Rechtes für echt gelten, und welche denn auch zwischen den Kindern und dem gutgläubigen Parens das ordentliche Erbrecht der Descendenten und Ascendenten nach sich zieht^{22a}). —

Gleich ehelichen Kindern ordentliches Intestaterbrecht in den Nachlaß des Vaters haben durch die Praxis die Brautkinder, wenn die Ehe sich durch grundlose Weigerung des Vaters oder durch den Tod des Bräutigams oder der Braut zerschlagen hat²³). — —

Gegenüber der Mutter und der Mutterlinie sind die Kinder Kognaten, erb berechtigt und beerbt ohne den Unterschied ehelicher oder außerehelicher Geburt²⁴); ob auch im Falle incestuoser Geburt, ist fraglich²⁵), u. E. aber (unter der gemeinen Voraussetzung wissenschaftlichen Incestes Ann. 22) zu verneinen²⁶).

contra leges amaverit etc.). Solche vorausgesetzt jolle den Gatten, Eltern u. Kindern dieser Name verjagt (l. 6 eit. Nov. 89 c. 15 pr.) und den Eltern nach gewissen Beschränkungen des Commercium (l. 6 eit.) zu guter lezt das Vermögen selbst genommen und auf die legitime Descendenz eventuell den Fiskus übertragen sein. (Nov. 12 c. 1 c. 2 cf. c. 3). Diese Konfiskation besteht heutzutage nicht mehr zu Recht, allein die Ausschließung vom Erbrecht ist damit nicht aufgehoben.

^{22a)} c. 2. 8. 14 arg. c. 15 X qui filii sunt legitimi 4, 17 cf. c. 3 §. 1 X de cland. desp. 4, 3.

²³⁾ Mayer, a. a. D. S. 43 fgg. Schirmer, S. 215 fg.

²⁴⁾ l. 4 D. unde cogn. 38, 8 l. 4 §. 2 D. grad. 38, 10; l. 2 D. unde cogn. 38, 8 §. 3 J. ad SC. Orph. 3, 4 l. 1 §. 2 D. ad SC. Tert. 38, 17.

²⁵⁾ Schirmer, a. a. D. Ann. 41.

²⁶⁾ Den Ausspruch der l. 6 C. eit., daß von den Müttern dasselbe gelten soll was von den Vätern, muß man ungezwungen auf alles Vorausgegangene, also vor allem darauf, daß auch sie nicht mehr „Mutter“ sein soll ic. beziehen. Konfiskation trifft die Mutter nicht, wenn sie von dem diese verfügenden Gesetze nichts weiß: Nov. 12 c. 3; damit ist nicht gesagt, daß der Incest ihrerseits, trotzdem sie ihn kennt, gleichgültig sei (s. dagegen Vangerow § 413 Arm. 2 a. E.). In c. 4 C. Th. h. t. 3, 12 ist nur von Incest im weiteren Sinne (vgl. Ann.), in l. 45 C. episc. 1, 3 von Priesterehen die Rede, welche den incestuosen leicht nur im Hinblick auf den Vater gleichgestellt wurden. Bedenklicher wäre das Stillschweigen in Nov. 12 c. 3 §. 1, wenn nicht c. 1 (— *Muliere quoque, si legem sciens etc.*) vorausginge. Gesetze, die sich eigens mit dem Verhältnisse der Kinder zum Vater befassen, wie Nov. 74 u. 89, könnten unsere Frage übergehen, ohne damit ein argum. a contr. zu liefern (Nov. 74 c. 6, Nov. 89 c. 15). Bei

Mehrfache Verwandtschaft (Bd. 1 S. 161) führt zu mehrfacher Berufung, wo nach Stämmen, Linien, oder an Stelle vorverstorbener Geschwister²⁷⁾ berufen wird²⁸⁾. Wäre die mehrfache Verwandtschaft eine verschiedene (Adoptiv- und Blutsverwandtschaft), so zöge nur Eine (die Adoptivverwandtschaft)²⁹⁾. —

Der überlebende Gatte ist auf Grund, nicht der Novelle 118, wohl aber der nicht aufgehobenen bonorum possessio unde vir et uxor (S. 26 §. 3) Gegenstand ordentlicher Berufung (§. 384). Um überlebender Gatte zu sein, muß er es bis zum Tode des zu beerbenden Gatten gewesen sein³⁰⁾; der blos rechtliche Bestand der Ehe genügt, wo die faktische Trennung keine verbotene war³¹⁾. Ueber das Recht der armen Wittwe und des in seiner Unmündigkeit arrogirten Kindes s. unten §. 385.

§. 384.

Die Ordnung, nach welcher die Berufung innerhalb mehrerer berufungsmäßigen Personen platzgreift, besteht

1. in dem aus der bonorum possessio (S. 20 unten) herührenden Vorzug der Verwandten vor dem in Nov. 118 verschwiegenen (S. 26 §. 3) überlebenden Ehegatten, —

Gaj. I, 64 ist der Mutter gegenüber zwischen incestuosen und anderen unehelichen Kindern noch kein Unterschied; allein damals hatte der Incest auch dem Vater gegenüber keine andere Folge als die der Unehelichkeit; das neque uxorem habere videtur neque liberos hatte nur iuristischen, noch nicht den naturalen Sinn der I. 6 C. Nov. 89 c. 15 eitt. gegen all das i. Schirmer a. a. D.

27) Vgl. unten §. 384, 3 a—b.

28) Glück, Intestaterbf. §. 36. Mayer, Erbr. §. 69 Anm. 4. Sintenis, gem. præf. Civilr. §. 164 Anm. 17. Arndts, P. §. 479 Anm. 2. Windscheid, §. 572 Anm. 6.

29) arg. l. 1 §. 7 in fin. D. si tab. test. 38, 6 — quasi filius adoptivus . . . non quasi naturalis — l. 13 §. 3 D. b. p. c. t. 37, 4 — in tres partes hereditatem deduci (so daß der Enkel als Adoptivohn $1/3$, nicht als nepos naturalis mit seinem emancipirten Vater $1/2$ bekommt) dagegen Glück a. a. D., und dagegen daß stets die Adoptivverwandtschaft vorgehe, auch Mayer a. a. D.

30) l. un. §. 1 D. unde vir et uxor 38, 11.

31) arg. l. un. §. 1 cit. und Windscheid §. 570 Anm. 4 gegen Schirmer §. 13 Anm. 5.

2. in der Eintheilung der Verwandten in Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte, besebst der Bestimmung, daß diese drei Klassen in eben dieser Reihenfolge auf einander folgen¹⁾, jedoch aber aus der Klasse der Seitenverwandten die vollbürtigen Geschwister²⁾ und die Söhne und Töchter vorverstorbener vollbürtiger Geschwister³⁾ ausgehoben und den Ascendenten an die Seite gestellt⁴⁾, die vollbürtigen Geschwister und die Söhne und Töchter vorverstorbener vollbürtiger Geschwister den halbbürtigen Geschwistern und den Söhnen und Töchtern vorverstorbener halbbürtiger Geschwister vorgezogen⁵⁾, und daß die Söhne und Töchter vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister nicht nur in Gemeinschaft mit überlebenden Geschwistern, sondern auch wenn keine Geschwister da sind, vor den übrigen Seitenverwandten, auch desjelben dritten Grades (Onkeln und Tanten), gerufen sein sollen⁶⁾; —

3. in verschiedenen Normen für Berufung und Theilung innerhalb der verschiedenen Klassen, indem Berufung und Theilung

a. innerhalb der Descendenten (so wie vordem innerhalb der *sui* und *liberi*) nach Stämmen⁷⁾,

1) Nov. 115 praef. cap. 1—3.

2) Nov. 115 cap. 2.

3) Nov. 127 praef. und cap. 1. — nach dem Buchstaben der Novelle neben Geschwistern, nach der Praxis auch ohne dies — Schirmer, Handb. d. r. Erbr. S. 251 Anm. 22.

4) vgl. hiezu übrigens auch schon 1. 7 §. 1 C. ad SC. Tert. 6, 56 u. 528. Schirmer, a. a. O. S. 81.

5) cap. 3 pr. eod.

6) arg. cap. 3 pr. eod.

7) so daß jedes Kind je einen Stamm repräsentirt und je zu einer Portion berufen wird, an jedes vorverstorbenen Kindes Stelle aber dessen Kinder zusammen in dessen Portion, an jedes vorverstorbenen Enfels Stelle ferner dessen Kinder zu derjenigen Portion gerufen worden, die der Enkel gehabt hätte, wenn er überlebt haben würde (Nov. 118 c. 1), u. j. f. Es ist also von „Stämmen“ ohne Unterschied agnatischer und cognatischer Descendenz die Rede, und erscheint, gleichviel ob es sich um den Nachlaß eines paterfamilias, oder einer Mutter, eines cognatischen oder agnatischen Ascendenten handelt, überall derjenige der keinen Descendenten zwischen dem Erblasser und sich immitten hat (quem quamve nemo praecedet), wie ein suus und ohne Unterschied der Grade näher berufen, während die entfernteren Descendenten, die einen näheren zwischen dem Erblasser und sich immitten haben, von der ersten Berufung ausgeschlossen sind.

b. innerhalb der Ascendenten, Geschwister, und Söhne und Töchter vorverstorbener Geschwister gemischt nach Linien, Graden und Köpfen, —

c. innerhalb der übrigen Seitenverwandten nach Graden und Köpfen⁸⁾ platzgreifen solle. Was insonderheit

ad b. die Ascendenten ic. anlangt, so werden diese stets nach Nähe des Grades gerufen; Theilung nach Köpfen findet hier aber nur dann statt, wenn Geschwister oder Kinder vorverstorbener Geschwister konkuriren; sonst erfolgt die Theilung nach der Vater- und der Mutterlinie, so daß die Ascendenten der einen und der anderen Seite, so viele ihrer sein mögen, zusammen je die Hälfte bekommen⁹⁾. Daneben ist dem Vater, wenn Kinder in seiner Gewalt als Geschwister des Verstorbenen mit ihm succediren, der Nießbrauch an deren Erbportion versagt, und zugleich verfügt, daß der Nachlaß eines Kindes, gleichviel ob es in oder außer väterlicher Gewalt verstorben, Gegenstand der (in c. 2 angeordneten) Erbfolge sei¹⁰⁾. — Für den Fall, daß neben Geschwistern Söhne und Töchter vorverstorbener Geschwister überleben, ist nicht blos bestimmt, daß diese zugleich mit jenen gerufen werden, sondern auch verfügt, daß letztere, so viel ihrer seien, stets nur den Theil, den ihr parens gehabt haben würde, bekommen sollen¹¹⁾. Damit war nicht gesagt, daß wenn blos Neffen oder Nichten aus vorverstorbenen Geschwistern überleben, Theilung nach Köpfen platzgreifen solle; gleichwohl hat hiefür der R. A. zu Speier a. 1529 entschieden¹²⁾; —

8) Nov. 118 c. 3 §. 1.

9) Nov. 118 c. 2.

10) Schirmer, §. 10 Anm. 152. Die Frage, was diesbezüglich unmittelbar vor der Novelle für das peculum castrense und die bona adventitia gegolten habe, darf dem Familiengüterrechte vorbehalten bleiben. S. darüber einstweilen meine Band. I. Aufl. S. 1186. Schirmer, §. 10 bei Anm. 140 S. 183 u. Anm. 147.

11) Nov. 118 c. 3 — Si autem defuneto fratres fuerint etc.

12) Daß solche Neffen und Nichten den gleichnahmen Onkeln und Tanten vorgezogen würden, beruhte doch wohl in einer Identifizierung der Kinder mit dem vorverstorbenen parens (einer noch vor der Delation eingetretenen successio in locum parentis oder dem s. g. Repräsentationsrecht); daß die Kinder an Stelle des parens auch nur dessen Theil bekämen, verstand sich von selbst. Dieselben vermöge der Repräsentation des Vaters den Onkeln

4. in der noch vor Nov. 118 eingetretenen Verallgemeinerung des dem successorium edictum (§. 359 a. E.) zu Grunde gelegenen Satzes, daß die Berufung nicht blos der Einen vor den Andern, sondern auch der Einen nach den Anderen bis zur Annahme des Gerufenen oder bis zur Erschöpfung der berufungsmäßigen Personen platzgreifen solle (successive Delation¹³)). Eine derart successive Berufung findet nicht blos von Klasse zu Klasse, sondern auch innerhalb der Klasse von Grad zu Grad (i. g. successio ordinum et graduum) statt. Letzteres ist abgesehen von den Geschwistern und deren Kindern¹⁴) unbestritten und unbestreitbar innerhalb der Klasse der Seitenverwandten, durchweg bestritten in der der Descendenten¹⁵), und nur zum Theil unbestritten in der der Ascendenten¹⁶) der Fall. Was insonderheit

und Tanten vorziehen, und aber trotz der Repräsentation so theilen, wie wenn keine Repräsentation vorläge, ist eine Umgereimtheit. Die Rechtfertigung des Reichsabschieds schon durch Azo und dessen Bekämpfung durch Accurjius s. Glossa „fratres fuerint“, Glück, Intestaterbs. §. 122, 3 b., Schirmer, S. 278 Anm. 31.

13) §. 7 J. legit. agn. succ. 3, 2 1. 4 §. 20 C. bon. lib. 6, 4 (ed. Krüger) 1. 15 §. 3 C. legit. her. 6, 58. Leist, Bon. poss. Bd. II Abth. 2 §. 161 S. 284—287. Mayer, L. v. d. Erbr. §. 65 Anm. 6.

14) Büchel, Streitfragen S. 171 fgg. u. dagegen Vangerow §. 416 Anm. 1.

15) s. Puchta, der §. 458 Note e gegen die succ. gradus in dieser Klasse austritt, während „die herrschende Lehre“ sie annimmt (Vangerow §. 420 Anm.); hinwider Vangerow, welcher ebenda selbst die successio gradus zwar zuläßt, wenn die Nächsterufenen Alle entfallen sind, dagegen dann, wenn Mehrere berufen waren und nur Einer oder Einige Erben geworden sind, in Opposition gegen die „immer mehr um sich greifende“ entgegengesetzte Meinung (z. B. von Francke, Mayer, Witte, Sintenis) seither Windischheid §. 573, bei Anm. 5 u. die hier auff. Fitting (Arch. f. civ. P. Bd. 57 S. 160), Leonhard (Versuch einer Entscheidung ic. & oehler, Arch. f. civ. P. Bd. 59 S. 85 fgg. G. Merkels, d. L. v. d. successio graduum unter Intestaterben S. 116) Accrescenz annimmt (Lehrb. d. Pand. 7te Aufl. S. 64). Merkels, bei dem sich die Dogmengeschichte findet, stellt den Ausschluß der succ. D. durch Accrescenz als die von jeher „gewöhnliche Meinung“ dar (S. 12), und bemerkt, daß die prinzipielle Behandlung der Frage, aus praktisch erklärlchen Gründen (S. 9 f. Transmission im Todes-, Werthlosigkeit im Ausschlagungsfalle) erst aus unserem Jahrhundert datire (S. 14).

16) vgl. Vangerow, S. 64, 2 und alle diejenigen, welche gleich ihm noch der alten Lehre anhängen (ebenda). §. 420 a. E. u. a. Glück, Mühlbruch, Arndts (Pand. §. 479) Schirmer S. 264 fgg., Puchta, Keller, Savigny ic.), ferner Bering, r. Erbr. S. 665. Holzschuher, Th. u.

die Klasse der Descendenten anlangt, so wird zunächst gegen jedwede successio graduum in dieser Klasse auf die historische Praecedenz der sui und liberi verwiesen, an deren Stelle die Descendenten getreten seien¹⁷⁾. Von Seite derer aber, die diese Praecedenz für nicht maßgebend erachten und demzufolge eine successio gradus auch innerhalb der Descendenten dann zulassen, wenn an erster Stelle nur Einer berufen war, oder die an erster Stelle Berufenen alle ausgesessen sind, werden in dem anderen Falle — da ihrer Mehrere berufen waren, und aber nur Einer oder Einige ausgesessen sind — gegen die successio graduum und für die Accrescenz theils innere, theils äußere Gründe aufgeführt. Innere: an und für sich seien die Mehreren jeder auf das Ganze berufen, der Wegfall des Einen also nur Herstellung des ursprünglichen Standes, zu successiver Delation kein Anlaß, nicht sowohl Accrescenz als Decrescenz platzgreifend¹⁸⁾; — äußere: ein solches Nachrücken in einen einzelnen vacanten Erbtheil sei dem früheren Intestat-erbrecht völlig unbekannt gewesen, und hätte, um eingeführt zu werden, einer besonderen Vorschrift bedurft, die namentlich in Nov. 118 nicht enthalten sei¹⁹⁾. — Nun aber ist es fürs erste zwar richtig, daß innerhalb der sui und liberi nach civilem und prätorischem Rechte keine successio gradus, ja für Enkel, denen der Vater vorging, nicht einmal der Name sui oder liberi bestanden oder gegolten habe²⁰⁾; allein daß nun

Kaf. S. 572 fg. Nach Tod u. Ausschlagung unterscheidet Tewes I. S. 127.

17) Wie jene nicht gradeshalber berufen worden, und Enkel xc. denen der Vater vorging, gar keine sui und „liberi“ gewejen seien, so seien nun auch die Descendenten nicht nach dem Grade gerufen, und keine Descendenten im Sinne der Novelle, wenn sie beim Tode des Erblassers diesem nicht unmittelbar unterstünden. Puchta, P. a. a. D.

18) Bangerow a. a. D. S. 65 und §. 494 Anm.

19) So fast wörtlich Schirmer, S. 268, der sich hierauf allein stützt — und Bangerow nebst seinem Argument aus dem angeblichen Grunde u. Wesen der Accrescenz a. a. D. S. 65, 2.

20) Gegen eine ältere Ansicht, daß es innerhalb der b. p. unde liberi eine s. gradus gegeben habe, s. Bangerow §. 407 Anm.; gegen das unsichere Argument, welches für eine spätere Einführung dieser successio unter den liberi Bangerow selbst nach manchen Älteren aus l. 3 C. unde lib. 6, 14 schöpft, s. Schirmer S. 259 Anm. 15. Tewes I. S. 121.

ebenso die Descendenten, wenn sie beim Tode des Erblässers diesem nicht unmittelbar unterstanden sind, keine „Descendenten“, und schon darum in der Descendentenklasse niemals berufen sein sollen, geht zu weit; denn für sie, die zum Theil auch bloße Rognaten sind, gibt es keine wirkliche oder singirte Suität, überhaupt außer der Rognation keinen Titel oder Grund aus dem sie berufen, mithin auch keinen aus dem sie von dem Rechte und Namen der Descendenz ausgeschlossen wären. Allerdings ist die successio in stirpes von den sui und liberi auf sie übertragen (Anm. 7); allein daraus folgt nicht, daß die Stammesportion auf die entfernteren Stammesgenossen nicht weiter deferirt werden solle²¹⁾. Als Rognaten genossen die Descendenten den Vortheil der successiven Berufung von jener (b. p. unde cognati); als Rognaten sind sie zur Descendentenklasse geworden; weder wäre es gerecht gewesen, ihnen darum daß sie zu dieser Klasse geworden sind, jenen Vortheil zu entziehen, noch wahrscheinlich, daß ihnen Justinian denselben entziehen wollte²²⁾. — Fürs zweite wird zwar zunächst wiederum einzuräumen sein, daß es vor der Novelle überhaupt keine successive Berufung anstatt Accrescenz gab²³⁾; auch zu zugeben, daß die successio graduum, welche unde cognati stattfand, von anderem Belange war als diejenige welche man entgegen der Accrescenz innerhalb der Descendenten und Ascendenten behauptet; denn jene sollte die Erbschaft an Mann bringen, wo sie sonst vielleicht vakanter gewesen oder geworden

21) Daß dieses innerhalb der sui und liberi nicht geschah, lag nicht an der successio in stirpes, sondern in dem Grunde dieser Erbsfolge, der wirklichen oder singirten Suität. Vgl. Bangerow, S. 30 Abj. 1. Merkel, S. 115.

22) Vgl. Windischeid §. 573 Anm. 5, nach welchem Justinian, wenn er (betreffend die Frage nach dem Vorhang zwischen succ. Delation und Accrescenz) an das gedacht hätte, woran er nicht gedacht hat, „den Enkel oder das Geschwisterkind zu Gunsten „des Onkels oder der Tante (nicht) ausgeschlossen“ haben würde. —

23) Wider die hiegegen von Francke, Beiträge S. 182 fgg., angezogene l. 2 §. 18 D. ad SC. Tert. 38, 17 vgl. Bangerow, §. 420 Anm. 2, Schirmer S. 266 Anm. 33 (si consanguinea velit habere hereditatem); wider die gleichfalls und verschiedenen Ortes angezogenen l. 2 §. 14 eod. s. denselben a. a. L.

wäre, — diese einen Erbtheil jemand anderem zuwenden, als dem er außerdem (durch Accrescenz) gehörte²⁴⁾. Allein das Axiom, daß von Mehreren Feder an sich zum Ganzen berufen und also überall wo Mehrere zugleich erben nur concursu partes seien²⁵⁾, ist unerfindlich; concursu werden partes durch Realconjunction bei der Erbeinsetzung und bei Vermächtnissen²⁶⁾, sowie durch successio in lineas und durch successio in stirpes im Verhältniß der Stämme untereinander bei der Intestat-erbsfolge; sonst sind partes ab initio, ab intestato durch den Willen des Gesetzes, wie beim Testamente durch den des Erb-lässers²⁷⁾. Für Nothwendigkeit der Accrescenz, wo der aus-fallende Theil ohne sie nicht vakant zu werden braucht, fehlt es mithin am inneren Grund²⁸⁾; die Möglichkeit der successio gradus, auch da wo sonst Accrescenz platzgreifen könnte, ist gegeben²⁹⁾; sie ist vorbildlich verwirkt auf dem Gebiete der testamentarischen Erbsfolge, in Gestalt der Substitution; hier durchbricht successive Delation die Accrescenz, krafft des letzten Willens, daß wenn die erste Berufung fehlschlägt, die ausfal-lende Portion an denjenigen gelange, den der Testator vorn-herein instituirt hätte, wenn der institutus nicht gewesen wäre; nicht minder kann bei der Intestaterbsfolge der Wille des Ge-setzes die Accrescenz durchbrechen, dahin ziarend, daß die aus-fallende Portion an diejenige Person gelange, welcher sie von der ersüberufenen Person abgesehen vornherein deferirt worden wäre. Daß die Erbschaft beim Ausfall der Näherberechtigung dahin gelange wohin sie von letzterer abgesehen von Anfang deferirt worden sein würde, ist der das successorische Edikt be-

24) vgl. Schirmer S. 267 Anm. 34.

25) Bangerow an dem Anm. 18 a. D.

26) I. 80 D. leg. III. Merkels, S. 117 fgg. und meine erste Pandektaufl. S. 808 unten u. S. 831; vgl. hier §. 391, 5.

27) der hereditatem in tot partes distribuere potest quot volue-rit (§. 372 Anm. 10).

28) wovon namentlich Grancé ausgeht, der die Accrescenz als ein bloßes — gegen das pro parte Beerbitwerden — gerichtetes Subsidium be-trachtet u. darum der successio graduum auch gegen sie Raum gibt (Beiträge a. a. D.), freilich im Gegensaße zu Savigny, der umgekehrt die succ. D. als „Aushilfe“ erklärt (Syst. VIII S. 487 unten hinwider Merkels a. a. D. u. meine 1te Pandektaufl. S. 831).

29) wie namentlich Schirmer S. 267 nach Büchel zugibt. —

herrschende Gedanke³⁰); er ist durchgeführt, so weit die Fälle darnach waren (wenn der nächste ordo vergeblich gerufen oder innerhalb der Kognaten an den näheren Grad vergeblich deferrirt war); innerhalb der sui und der b. p. unde liberi war für ihn kein Raum, weil hinter den sui und liberi keine Personen standen, welche von jenen abgesehen vornherein gerufen worden wären; nicht als ob successio gradus hinter der Accrescenz zurückstünde, sondern weil Niemand da war, an den sie geschehen konnte, fand hier Accrescenz statt.

Mit dem Wesen des successorischen Ediktes ist auch dessen Grundgedanke in die justinianische Intestaterbsfolge übergegangen (vgl. Anm. 13); der muß überall platzgreifen wo für ihn Raum ist, also innerhalb der Klassen (als successio gradus) nicht minder, als Klasse für Klasse nach einander (succ. ordinis), ferner ununterschiedlich in allen Klassen, wo hinter den nächstberufenen Personen solche vorkommen, welche abgesehen von jenen vornherein gerufen worden wären — in der Klasse der Descendenten und Ascendenten also nicht minder als in der der Seitenverwandten; und endlich, worauf hier alles ankommt, mit Ausschluß auch der Accrescenz, wenn die ausfallende Portion durch sie an eine andere Person fäme, als an die sie abgesehen von der ausgefallenen Person, vornherein gekommen wäre. In der That ist die Accrescenz nur ein Nothbehelf, um die eingetretene Theilerbsfolge, (nach welcher successio ordinis unmöglich ist), dann, wenn auch successio gradus versagt, zu der nothwendigen Universalsuccession auszudehnen (vgl. Anm. 28).

Hiernach ist zu behaupten, daß successio gradus nicht blos möglicherweise (Anm. 29), auch nicht blos wahrscheinlich^{30a}), sondern sicher und aus bestimmtem Grunde in allen Klassen, in der der Descendenten und Ascendenten auch mit Ausschließung der Accrescenz stattfindet, wenn es an der zur successiven Delation nothwendigen Person nicht fehlt. Der Grund liegt

30) I. 1 §. 10 D. h. t. ed. succ. 38, 9 §. 10 J. b. p. 3, 9. Merkel, S. 124 Abs. 1 u. sq. u. meine 1te Pandektaufsl. S. 809.

30a) Windscheid §. 573 Anm. 5 „mit Sicherheit kaum zu entscheidenden Frage“.

für beide Fälle (wo sonst Accrescenz stattfände und wo nicht) in der Thatache, daß das successorische Edict in die neueste Intestaterbsfolge herübergenommen ist, und nicht ohne seinen Grundgedanken, oder bald mit diesem, bald ohne ihn, herübergenommen sein kann. Dafür daß succ. gradus in der Klasse der Descendenten überhaupt platzgreift, spricht außer jenem allgemeinen noch der besondere Grund, daß dieselben sonst des ihnen vordem als Rognaten zugestandenen Vortheils beraubt sein würden³¹⁾.

Nach alledem kommt es zu einer successio gradus innerhalb der Descendenten z. B. an den Enkel, wenn sein allein berufener Vater vor der Antretung ohne Transmission stirbt, oder wenn er ausschlägt; an denselben aber auch dann, wenn zugleich mit seinem ausgesunkenen Vater sein Onkel oder Geschwisterkind berufen war und angetreten hat; —

innerhalb der Ascendenten z. B. wenn der allein berufene Vater ohne Transmission ausfällt und ein ferner Ascendent da ist; an diesen auch dann, wenn mit dem ausgesunkenen Vater ein vollbürtiger Bruder gerufen war und angetreten hat; dagegen nicht auch dann, wenn neben dem Vater die Mutter gerufen war und angetreten hat; hier bleibt es bei der Accrescenz; —

innerhalb der Seitenverwandten nur dann, wenn von den nächstgerufenen Personen keine antritt; Antritt zieht hier durchweg Accrescenz nach sich. Dies gilt auch für die Geschwister und die Söhne und Töchter vorverstorbener Geschwister, welche richtiger keine eigene Klasse bilden, vielmehr theils

31) Bf. glaubt mit gegenwärtiger Ausführung mehr als „die nackte Verneinung des Sazes, daß die Delation einen eventuellen Anspruch auf das Ganze gibt“ (Schirmer, S. 267 Anm. 35) erbracht, und auch den gegen die 1te Pandektauflage (S. 808 sg.), aber auch Seuffert, prakt. Bdr. §. 593 zu Anm. 11) nicht unberechtigten Einwand, daß wenn es über der Frage nach succ. Delation und Accrescenz sich handle, denjenigen zu bestimmen, der eventuell der Nächste gewesen wäre, auch anstatt Accrescenz eine neue Delation eintreten müßte, — überwunden zu haben. Wir sagen jetzt nicht mehr: man muß den Nächstberechtigten suchen, sondern: man muß das successorische Edikt mit seinem Grundgedanken in die neueste Intestaterbsfolge übertragen denken und darnach je nach Lage des Falles die Accrescenz von der succ. Delation bald ausgeschlossen denken, bald nicht.

(als vollbürtige Geschwister und Kinder vorverstorbener vollb. Geschwister) der Klasse der Ascendenten zugesellt, theils (als halb-bürtige Geschwister) trotz gleicher Gradesnähe dem ersten Grade der Seitenverwandten nachgesetzt, theils (als Kinder vorverstorbener Geschwister) den anderen Seitenverwandten gleichen Grades vorgezogen sind. Namentlich ist keine successio gradus an die Kinder von Geschwistern zuzugeben, welche den Erblässer überlebt haben, gerufen waren, aber ohne Transmission ausgesessen sind, indeß ein mitberufenes Geschwister oder ein mitberufener Ascendent angetreten hat. Denn damit daß die Kinder von Geschwistern ausdrücklich an die Stelle vorverstorbener Geschwister einrücken, ist a contrario enthalten, daß sie im übrigen als Seitenverwandte dritten Grades gelten, mithin insolange als Seitenverwandte zweiten Grades oder Ascendenten erben können, nicht berufen werden³²⁾. —

Fraglich ist hieneben, und zwar sowohl für den Fall der Accrescenz als für den der successiven Delation, das Gesetz der Theilung. Sowohl im Zeitpunkt der Accrescenz als in dem der successiven Delation kann die für den Theilungsmodus entscheidende Gruppierung der berufenen Personen derart verändert sein, daß wenn von diesem Zeitpunkt oder dem des Erwerbes³³⁾ auszugehen wäre, ein anderer Theilungsmodus stattfinden müßte, als wenn vom Zeitpunkt der ersten Delation ausgegangen wird³⁴⁾. In dem Sinne nun aber, daß die wiederholte

32) So Büchel, Streitfragen S. 171 fgg., während Andere (u. E. von angeblichen Klassen der Geschwister u. befangen) hierin Buchstabeninterpretation u. dgl. m. erblicken, z. B. Wangerow §. 416 Anm. 1 S. 54 unten, Schirmer S. 261, Arndts, Weiske's Rechtsl. V 694 Note 165.

33) wofür Mayer, Anwaltungsrecht S. 251 fgg. Roßhirt, Einl. in d. Erbt. S. 359 fgg.

34) 1. Sind neben Ascendenten verschiedener Linien Geschwister berufen, so ist Theilung nach Köpfen begründet; entfallen die Geschwister, so kommen die Ascendenten in eine Lage, welche für Theilung in Linien wäre; — 2. fände neben einem antretenden Geschwister successive Berufung mehrerer entfernterer Ascendenten an Stelle des zuerst berufenen einzigen Ascendenten statt, so würden jetzt der Kopftheile mehrere sein als anfänglich; umgekehrt weniger, wenn an Stelle mehrerer näherer Ascendenten ein entfernterer berufen würde; — 3. würde das Geschwister entfallen, neben welchen verschiedene Kinder mehrerer vorverstorbenen Geschwister gerufen sind, so würden jetzt nach dem R. A. zu Speier Kopf anstatt Stanimesportionen zu bilden sein.

Berufung zu keinem anderen Theile erfolgen kann, als die vorausgegangene³⁵⁾), und daß die einmal deferirte Portion sich nachträglich zwar durch Accrescenz erweitere, sonst aber nicht mehr verändern kann³⁶⁾), ist der Behauptung, daß die Theilung sich nach dem Zeitpunkte der ersten Delation richte³⁷⁾), beizutreten.

Die quarta D. Pii, und der Pflichttheil der armen Wittwe.

§. 385.

Die Quart, welche der Adoptivvater dem in seiner Unmündigkeit arrogirten Kinde¹⁾ nach einer Konstitution des Kaisers Pius Ant. hinterlassen muß (s. g. quarta D. Pii)²⁾ unterscheidet sich von dem sonstigen Pflichttheil (§. 378 §. 404) dadurch, daß sie ein Biertheil des Nachlasses und auch noch nach der Nov. 18 c. 1 ein Biertheil beträgt³⁾, für den Fall, daß das Kind beim Tode des Arrogators noch in dessen Gewalt ist, schlechthin hinterlassen werden muß⁴⁾, daß sie selbst dem eman-

35) so daß im Falle der Ann. 34 Nr. 2 überall nur die zuvor deferirte Portion des ausgefallenen Einen Ascendenten weiter deferirt werden kann, ob der weiteren Delaten Einer oder mehrere seien —

36) was in den Fällen 1 und 3 der Ann. 34 zur Geltung kommt.

37) Bangerow §. 421 Ann. Helmolt, civ. Abh. I §. 3. Schirmer, a. a. D. S. 283 Ann. 42. S. auch Tewes, Syst. d. Erbr. II. S. 83 sq.

1) u. E. nicht „dem geschlechtsunreisen Arrogirten“ (Windscheid §. 593 §. 574, 2 Ann. 11) d. i. dem Arrogirten nur insolange er unmündig ist, wie gegen Frände (Recht d. Nothberen §. 473) auch von Bangerow §. 252 Ann. 3. Sintenis §. 139 Ann. 4 angenommen wird.

2) §. 3 J. adopt. 1, 11 l. 22 pr. D. eod. 1, 7 l. 8 §. 5 D. inoff. 5, 2 l. 2 C. adopt. 8, 48 l. 13 D. si qui in fraud. patr. 38, 5.

3) §. 3 J. l. 2 C. l. 13 D. citt. Ueber das Warum s. Frände, d. R. d. Nothberen §. 472.

4) §. 3 J. cit. erwacht den Schein, als ob die Quart bloß für den Fall der Exheredation und grundlosen Emancipation hinterlassen werden müsse, also nicht auch für den Fall der Einsetzung oder Intestaterbsfolge (an welcher er, wenn nicht emancipirt theilnimmt, aber denkbarerweise unter der Quart); daß dem in Wirklichkeit nicht so sei, zeigen l. 2 C. l. 13 C. citt. (vgl. Frände §. 476) Anderseits ist es buchstäblich zu nehmen; daß wenn das Kind „exheredit“ wird, ihm die Quart zu hinterlassen sei, ohne Unterschied, ob die Exheredation begründet ist oder nicht. (Dagegen Frände §. 475 — hinwider köppen, Syst. S. 134. Windscheid §. 593 Ann. 4 u. die das. Agff.); und eben hiemit mag die Fassung von §. 3 J. cit. zu-

cipirten, also gar nicht mehr intestaterbberechtigten Kindes kann hinterlassen werden müssen⁵⁾, überhaupt als Gegenstand einer Forderung an die Erben, Intestat- wie Testamentserben, also nicht als Gegenstand von blos testamentarischer Observation oder als Anlaß zur Inofficiosität von Testamenten oder Grund für eine querela inoff. t. erscheint⁶⁾, wiewohl sie noch mortis causa capio ist, und also der Arrogirte den Arrogator überleben muß um sie zu erwerben und vererben zu können⁷⁾. Daß mit derselben aller Anspruch des arrogirten Kindes auf den Nachlaß des Arrogators erschöpft, dasselbe mithin, obwohl nicht emancipirt, ohne Gefahr für das Testament des Arrogators beliebig praeteritbar sei⁸⁾, wird in neuerer Zeit⁹⁾ wohl mit Recht verneint¹⁰⁾; daß er als suus heres außer der quarta D. Pii den gemeinen Pflichttheil überdies fordern könne¹¹⁾, mit Unrecht behauptet¹²⁾.

sammenhängen: Eine Quart vom Nachlaß versteht sich für ihn, den gemeinlich einzigen suus, wenn testirt u. er eingesezt wird, schon jure communi; ex constitutione dagegen kommt es, daß er dieselbe auch im Exheredationsfall (sed et sicut) u. zwar selbst bei gerechter Exheredation, u. daß er sie in einem Falle sogar der Emancipation bekommen muß.

5) §. 3 J. cit. l. 13 pr. cit. — si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit — cf. l. 2 C. cit.

6) l. 8 §. 15 D. inoff. 5. 2 — removendum a querela, cum habeat quartam ex const. D. Pii (womit nicht effektive Zuwendung, sondern das Recht auf diese gemeint ist; denn) quartam ei quasi aes alienum concedendam — l. 1 §. 21 D. collat. 37, 6 — quartae actionem . . . magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis est. cf. l. 22 pr. D. adopt. 1, 7. Francke S. 489. Schröder, das Notherbenr. S. 554. Köppen, Syst. S. 137 a. E.

7) l. 1 §. 21 cit. l. 22 pr. cit. u. gegen abweichende Ansichten Francke a. a. D. S. 478. Vgl. Köppen, Syst. S. 137 oben. Windscheid §. 593 Anm. 2 „gejätzliches Vermächtniß“ — Schröder a. a. D. „Vermächtnißforderung“.

8) vgl. Francke, der S. 476 fgg. diese Meinung noch als die gewöhnliche bezeichnet, und auch selbst vertritt —

9) von Bangerow I. §. 252 Anm. 2. Sintenis, pract. Civistr. III §. 139, Anm. 45. Arndts, P. §. 607. Köppen, Grundris §. 89 a. E. Windscheid §. 593 zu Anm. 4 u. 5.

10) u. E. nicht als ob es der älteren Ansicht an einem inneren Grunde fehle (s. einen solchen bei Francke S. 477 unten), sondern weil es für die Anomalie eines suus heres ohne Notherbrecht zu sehr an äußerem Anhalt fehlt; denn l. 8 §. 15 D. inoff. 5, 2 kann für einen solchen nicht gelten (Bangerow a. a. D.).

11) Bangerow, a. a. D.

12) In der quarta D. Pii ist der gemeine Pflichttheil zu Gunsten des

Wird man nun nach dem bisherigen durch die quarta D. Pii „weder heres noch bonorum possessor“¹³⁾ und — soferne man den Anspruch auf dieselbe gewissermaßen in natura, in Anteilen an den Erbschaftssachen, durchzusetzen sucht — nur utiliter zur familiae herc. actio zugelassen¹⁴⁾, auch zur Faviana u. Calvisiana (§. 405) nur utiliter berechtigt¹⁵⁾, so ist klar, daß es auch aus dem Titel der quarta D. Pii keine Berufung zur Erbsfolge gegen das Testament gibt (§. 381 a. E.). Ähnlich verhält es sich mit der Quart der armen Wittwe (§. 384). Gleich der quarta D. Pii steht auch sie sowohl bei testamentarischer wie bei der Intestat-Erbfolge zu¹⁶⁾; allein daß wegen Nichthinterlassung derselben das Testament rescissibel, oder die Wittwe zur Erbsfolge gegen das Testament berufen sei, kommt nicht vor; nach Analogie der quarta D. Pii¹⁷⁾ steht auch hier personalis actio¹⁸⁾, und darnach auch quasi Faviana und Calvisiana zu¹⁹⁾. Ob sie im Uebrigen „Erbin“ oder „gesetzliche Vermächtnisnehmerin“ sei: einen Anspruch auf Erbeinsetzung hat sie keinesfalls²⁰⁾. — Voraussetzung diesesforderungsartigen Pflichttheilsrechtes ist, daß der Mann wohlhabend, die Frau arm, d. i. „weder durch eine an sie zurückfallende Dos noch durch sonstiges Vermögen gegen Noth geschützt“ sei²¹⁾.

imp. arrogatus von mehrerlei Schranken befreit (s. namentlich Kölppen, Syst. S. 133 fgg.), aber nicht verdoppelt worden.

13) I. 2 §. 1 D. fam. herc. 10, 2.

14) I. 2 §. 1 eit.

15) I. 13 D. si quid in fraudem patron. 38, 5.

16) arg. Nov. 53 c. 6. — si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte, compleri hoc —

17) welche das Vorbild unserer Quart gewesen sei: Kölppen, Syst. S. 138.

18) Francke S. 482 f. vgl. Kölppen, Syst. S. 140 „die querela inoff. auch für die arme Wwe. absolut ausgeschlossen“. Arndts, civ. Schriften II S. 62 Anm. 178 „fordern re.“. S. dagegen Schröder, S. 564, der „im Falle der völligen Uebergehung querela inoff. t.“ annimmt, und Schirmer, Handb. S. 240, welcher von demselben Principium (Erbrecht der armen Wwe) wohl auch zu derselben Folge kommt.

19) Kölppen a. a. O. S. 140.

20) Francke, S. 482. Wer ihr eine querela inoff. gibt, gibt ihr hiemit auch ein (officiales) Recht auf Erbeinsetzung. S. oben S. 104 u. §. 404.

21) Windscheid §. 574. Buchstäblich setzt die Novelle 53 c. 6 pr. allerdings eine „undotirte“ Frau voraus, was dann von Manchen auch festgehalten wird: Bangerow §. 488 Anm. 1. Schirmer §. 13 Anm. 8

Brinz, Pandeten III. 2. Aufl.

Neben Kindern des Mannes sinkt die Quart, woferne sie sonst mehr betrüge, zum Kopftheil herab²²⁾; neben eigenen Kindern aus dieser Ehe²³⁾ zum Nießbrauch an der Quart oder dem Kopftheil, welche ihr neben Stieffkindern eigenthümlich zufallen und deren Eigenthum nun ihren Kindern zufällt²⁴⁾; auf 100 Pfund Goldes, wenn Quart oder Kopftheil mehr betrüge²⁵⁾. Was sie durch Vermächtnisse erhält, wird eingerechnet²⁶⁾. An Quart und Kopftheil bekommt die Wittwe nur den Nießbrauch, wenn sie selbst Kinder vom verstorbenen Manne hat, gleichviel ob daneben Stieffinder vorhanden sind, oder nicht; das Eigenthum daran fällt ihren Kindern zu²⁷⁾.

(der übrigens die abweichende Praxis rechtfertigt), Kersdorff, Zeitschr. d. Anwaltsvereins f. Bayern, XVI Nr. 21—23 und andere bei Windscheid a. a. D. Ann. 5 agg. Autt. Allein gleichwie Justinian ibid. §. 2 eine undotirte ausschließt, wenn sie anderweitig Vermögen besitzt, muß es in seinem Sinne gewesen sein, die Wittwe zuzulassen, wenn sie einmal dotirt und dennoch dürtig war.

22) Nov. 117 c. 5 gegen Nov. 53 c. 6 pr.

23) Riedel, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. IX S. 277.

24) Nov. 117 c. 5. Gegen die Meinung, daß hier „usus“ (*χεῖστις*) in der That bloßer Ihsus sei, s. Olsenbrüggen, zur Interpret. d. C. C. 1842 S. 35 fgg. Dagegen, daß auch hier die Mutter Eigenthümerin bleibe, aber Fiduciarin für ihre Kinder sei (dominium autem illis filiis servetur) s. Schirmer §. 13 Ann. 13, Petri, das Pflichttheilsr. der armen Wittwe, Inaug. Diss. Straßb. 1874 S. 47 fgg.

25) Nov. 53 c. 6. Gegen die Meinung, daß Nov. 117 c. 5. diese Beschränkung habe fallen lassen (Köppen, Gründr. S. 86) s. Windscheid a. a. D. Ann. 7.

26) Nov. 53, c. 6 vgl. Ann. 16.

27) Hiefür spricht der Wortlaut der Nov. 117 c. 5 (Windscheid a. a. D. Ann. 9. Schirmer §. 13 Ann. 13 S. 230 in med. —), u. E. namentlich auch der Zusammenhang, indem die Legitimität der Kinder bei undotirter Ehe, und das Theilrecht der Wittwe, was immer für Kinder (ob aus ihrer oder einer früheren Ehe) vorhanden seien, sowie daß sie bloßen Nießbrauch haben solle, vorangestellt und angesichts der also zum Ausdruck gebrachten Möglichkeit, daß beiderlei Kinder da sein können, hinzugefügt wird, daß die Proprietät ihren Kindern zufallen und (nur) wenn solche nicht da sind, ihr selbst verbleiben solle. Allerdings bekommen auf diese Weise die eigenen Kinder der Wittwe mehr als die aus früherer Ehe — (Schirmer, a. a. D.); allein sie bekommen es zu Lasten nicht ihrer Halbgeschwister, sondern der Mutter, der abgesehen von Kindern die volle Quart zugedacht ist, und was sie außerdentlicherweise neben ihren Kindern vom Manne bekommt, diesen der Substanz nach als Vatergut belassen soll. — Die Möglichkeit endlich, daß „beiderlei Kinder“ da sein können, ist in dem „sive — sive“ (eite — eite) allerdings nicht ausgedrückt (Schirmer a. a. D.), allein dermaßen nahe gelegt, daß sie nicht ausgedrückt zu sein brauchte, um dem Geißgeber vorzuzeichnen (vgl. Windscheid a. a. D.). Bei diesen beiden Autoren übrigens Übersicht über die verschiedenen Auslegungen.

Gemeinsames der einzelnen Erbgründe.

§. 386.

Delation.

Delation, d. i. Ermächtigung zum Antritt, überhaupt Erwerb der Erbschaft¹⁾, oder, was hiemit identisch ist, Beschaffung von Erbrecht subj. S. (§. 365) ist die Berufung, wenn sie durch das Gesetz erfolgt²⁾; Delation wird die Berufung, wenn sie durch den Erblässer erfolgt und die weiteren dazu nothwendigen Bedingungen eintreten.

Die gesetzliche Berufung selbst tritt nicht ein, bevor oder ohne daß gewisse Voraussetzungen gegeben sind (§. 382), mit ihr ist dann aber auch schon Delation (der Intestaterbschaft) da. Die leßtwillige Berufung ist in ihrem Anfange bereits mit Errichtung eines Testamentes (§. 369) als Erbeinsetzung §. 372), damit aber nicht auch schon als Delation (der testamentarischen Erbschaft) da; um zur Delation zu werden, muß sie sich thatjäglich als leßten (durch keinen neueren Willen überholten — §. 377 B. I, 3 — und durch keinen anderen Zwischenfall aufgehobenen (ebend. I, 1), durch den Tod des Erblässers besiegelten Willen erweisen³⁾), wenn sie bedingt war, erst unbedingt werden⁴⁾), den Berufenen beim Tode des Erblässers, im Falle bedingter Einsetzung auch noch beim Eintritte der Bedingung am Leben antreffen⁵⁾), oder aber, wenn er beim Tode des Erblässers bereits im Mutterleibe war und also be-

1) l. 151 D. v. s. 50, 16. Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

2) wozu bezüglich der sui ac necessarii heredes §. 365 Anm. 12 vgl. mit dem Texte zu Anm. 2—6 ebendas.

3) Viventis hereditas non datur — arg. l. 1 D. hered. vend. 18, 4 l. 27 D. a. v. o. h. 29, 2 — dazu die Definition der hereditas als einer pecunia quae morte alicujus ad aliquem pervenit — Cic. top. c. VI.

4) argg. l. 1 l. 2 l. 7 C. instit. sub cond. 6, 25 l. 1 l. 27 D. cond. inst. 28, 7 l. 6 D. b. p. s. t. 37, 11.

5) l. 5 D. h. i. 28, 5 l. 28 D. cond. inst. 28, 7 arg. l. 16 in f. l. 28 pr. D. lib. et posth. 28, 2.

rufen werden konnte⁶⁾, dessen Geburt abwarten⁷⁾). Eine blos vermeintliche Schwangerschaft hält die Delation an diejenigen, welche sie abgesehen von wirklicher Schwangerschaft trüfe, nicht auf⁸⁾. Hinwider hielt die durch wirkliche Schwangerschaft begründete Möglichkeit nachträglicher Ruptio des Testamente^s (durch sui heredis postumi agnatio) die Delation auf⁹⁾: Rescissibilität hält die Delation und den Erwerb nicht auf, setzt vielmehr beides voraus¹⁰⁾; Rescission macht beides rückgängig. Der Rescissibilität und Rescission ähnlich wirkt die Indignität und Ablation (S. 52 f.). Incapacität (S. 51) schloß erit den Erwerb aus.

Gegenstand der Berufung ist die Person des Erben, Gegenstand der Delation die Erbschaft, so daß es ohne irgend ein, wenigstens passives, Vermögen (§. 357 Anm. 6) auch keine Delation gibt.

§. 387.

Deliberationsfrist und Deliberationsrecht.

D. de jure deliberandi 28, 8. C. eod. 6, 30.

Das durch die Delation erlangte Recht kann¹⁾ als solches und sofort bei seiner Begründung auf Zeit gewährt sein. Das ist noch heute der Fall bei lezwilliger Berufung, wenn dem Eingesetzten eine Frist gesteckt ist, binnen welcher er anzutreten hat; nach Umlauf dieser Frist ist auch sein Recht, wenn er

6) §. 382 Anm. 2 und l. 10 D. ventre in poss. mitt. 37, 9. Anfangliche Mächtigkeit des T's, wenn der Eingesetzte zur Zeit der Einführung nicht existirt, während er als existent eingesezt wurde: I. unic. C. cod. toll. 6, 51.

7) argg. die Anm. 5 ctt. II. Bgl. §. 382 Anm. 10.

8) l. 30 §§. 3 6 D. a. v. o. h. 29, 2 l. 84 eod. — ventre pleno —

9) l. 84 D. a. v. o. h. 29, 2 — quamdiu rumpi t. potest, non defertur ex t. hereditas — l. 30 §§. 3—6 eod. l. 16 D. lib. et posth. 28, 2. Bgl. übrigens die folgende Anm.

10) s. unten §. 404 die querela inoff. t. Bringt die Verlezung der Nov. 115 c. 3 c. 4 überall nur mehr Inofficiorität mit sich, dann kann das in Anm. 9 bezeugte Recht nicht mehr als geltendes behandelt werden. Bgl. S. 378 Anm. 16 a. E. und S. 107.

1) hierin ähnlich der actio (temporalis actio) — Bd. 1 §. 113 Anm. 4.

keinen Gebrauch davon gemacht hat, abgelaufen; weder liegt darum, daß er nicht ausgeschlägen, eine Antretung, noch darum daß er nicht angetreten, eine Ausschlagung der Erbschaft vor²⁾; — dasselbe war bei der ediftalen Berufung zur bonorum possessio der Fall³⁾; bei der legitima hereditas und der gesetzlichen Berufung des neuesten Rechtes war es und ist es mit nichts der Fall; hier erfolgt die Berufung ohne einen dies⁴⁾.

Verschieden von der Befristung der Delation ist die Gewährung einer Deliberationsfrist (jus deliberandi), wo der Delat ohne sie zu sofortiger Wahl zwischen Antretung und Ausschlagung der Erbschaft genötigt wäre. Sich also schlüssig zu machen liegt dem Delaten

1. kraft praetorischen Ediktes auf Anlangen der Erbschaftsgläubiger⁵⁾, — ohne ediftalen oder sonstigen gesetzlichen Anhalt, aber nach herrschender Lehre auch auf Anlangen der Vermächtniszehner, Substituten, Intestaterben, Intestaterben des ferneren Grades, Miterben, überhaupt der Interessenten⁶⁾ ob.

2) Gaj II, 164 Extraneis heredibus solet cretio dari, i. e. finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant vel si non adeant, temporis fine summoveantur — cretio d. i. genauer eine auf Zeit beschränkte Antrittsermächtigung — l. 72 D. a. v. o. h. 29, 2; zu Gaj. II 164—173 f. l. 17 C. jure delib. 6, 30 a. 407 Cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus.

3) j. oben §. 360 Ann. 30.

4) Gaj. II, 167 — eique liberum est quoconque tempore voluerit, adire hereditatem — und dazu III, 12 sowie §. 7 J. leg. agn. succ. 3. 2. In l. 19 C. h. t. wird eine Frist für Transmission, nicht für Deliberation gesteckt (Bang. Arch. f. civ. P. Bd. 22 S. 155. Mühlensbruch, Forts. d. Glückschen Comm. Bd. 41 S. 317 fg.). Die Novelle 118 reproduziert das succ. edictum nicht; bestünden dessen Fristen noch zu Recht, so könnte das nur bezüglich der b. p. der Fall sein, welche jedoch, wenn nicht durch Justinian selbst, jedenfalls im nachjustinianischen Rechte antiquirt ist. (vgl. §. 362 a. E. und zu Ann. 4). — Gegen die frühere Verwechslung einer Transmissionfrist (l. 19 C. h. t.) mit einer gesetzlichen Delations- oder Deliberationsfrist, sowie gegen die dreimonatliche Deliberationsfrist aus (der allerdings sonderbaren) l. 22 §. 1 C. h. t. j. Bangertow, Arch. f. civ. P. Bd. 22 S. 155 fg., S. 206, Mayer, Erbr. S. 347 S. 349 fg., Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 41 S. 301—327, Sintenis, §. 185 Ann. 9, Windscheid §. 588 Ann. 1.

5) nach Maßgabe der Quellen mittelst interrogatio in jure: l. 1 — l. 6 D. interrog. 11, 1 l. 9 C. h. t.

6) Mayer, Erbr. §. 118 Ann. 23. Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 41 §. 1467 S. 238. Sintenis, pratt. gem. Civlit. III §. 184 Nr. 3. Buchta, P. §. 498. Arndts, P. §. 509 Nr. 3. Leist,

Diesen Entschluß nun braucht der Delat nicht sofort zu fassen⁷⁾; er dem von Rechts wegen ein zeitlich unbegrenztes Wahlrecht zusteht, hat das Recht auf eine gewisse Bedenkzeit (jus deliberandi, spatium, tempus deliberandi) sowie auf die zu reiflicher Erwägung nothwendige Prüfung der Erbschaft⁸⁾, und allenfalls custodia und Alimentation⁹⁾, entgegen jenem honorarischen Responsionszwang jedoch das eine wie das andere nur infolge obrigkeitlicher Gewähr¹⁰⁾, nur aus beweglichem Grunde¹¹⁾, höchstens auf 9 Monate oder ein Jahr¹²⁾, nur

B. P. II. S. 461 Ann. 5 — wogegen meine Pand. 1te Aufl. S. 815 fg. Ubbelohde, Arch. f. civ. P. Bd. 61 S. 56 fg. zum Theil Dedeckind, daß Deliberationsr. 1870 (wozu Pfäff, M. trit. Vj. Bd. 13 S. 446 fg. Bruns, Jahrb. d. gem. R's I. Verfollenheit, S. 120 fg. Was die für die herrschende Lehre allegirten II. anlangt, so stehen in l. 10 D. h. t. die Gläubiger sichtlich, in l. 69 D. a. v. o. h. 29, 2 wahrscheinlich im Hintergrund (vgl. Bruns a. a. O.); nirgends fehlt es an Spuren der Gläubiger zu l. 23 §. 1 D. h. i. 28, 5 vgl. §. 2 eod. (wogegen Windischeid §. 598 Ann. 5); zu l. 9 C. h. t. bediente die Wahrscheinlichkeit daß Implerant an den Nachlaß seines Curators zu jorden hat, in l. 8 D. h. t. das „bona venierint“; l. 22 §. 14 C. jure delib. 6, 30 (Windischeid §. 598 Ann. 7) gedenkt zwar der Nachberen „hi qui ad hereditatem vocantur“ im Gegensaße zu den Gläubigern, aber nur als der Personen, an welche der Nachlaß, wenn er nicht den Gläubigern versäßt, nach Ablauf der durch die Gläubiger veranlaßten Deliberationsfrist im Falle der Ausschlagung hinauszugeben ist. Daß das praeiente Recht der Gläubiger ein ganz anderer Grund ist, als das eventuelle jener anderen Interessenten, und daß zu Gunsten letzterer das Mitgefühl den fehlenden Quellenbeleg erheben muß, dürfte trotz Arndts, P. §. 509 Ann. 3, wahr sein. Viel mehr als die Ueille kommt der herrschenden Lehre die nicht nur in den Particularrechten, sondern auch im gemeinen Rechte hervortretende Neigung zu gerichtlicher Nachlaßbehandlung entgegen (vgl. Unger, die Verlaienheitsbehandlung in Oesterreich. 1862 S. 1-41. Randa, der Erwerb der Erbschaft nach österr. R., auf Grundlage des gem. R's 1867, i. bes §. 2 §. 5 §. 8).

7) l. 6 pr. D. interrog. 11, 1 — defunctorum interest, ut habeant successores (tempus delib.) interest et viventium ne praecipitentur —

8) l. 28 D. a. v. o. h. 29, 2 — rationes defuncti ab eo petere, penes quem depositae sunt — l. 5 pr. D. h. t. — hisque copiam instrumentorum facere — l. 22 §. 13 C. h. t. — quatenus eis liceat, hereditatem inspicere.

9) l. 5 pr. — l. 7 §. 3 D. h. t.; l. 9 eod.

10) in Betreff der Bedenkzeit s. l. 3 D. h. t. — dum Praetori suadetur — l. 22 §. 13 C. h. t. die deliberatio petenda, impetranda ab imperiali culmine oder a nostris judicibus — und die deliberationis datio in l. 12 §. 14 eod.; in Betreff der Prüfung und custodia l. 5 pr. — l. 7 §. 3 D. h. t.

11) l. 4 D. h. t. — impetrari non debet nisi ex magna causa.

12) auf 1 Jahr durch das imperiale culmen, auf 9 Monate durch die

unter dem Präjudize der Antretung und unverkürzter Haftung für die Erbschaftsschulden¹³⁾, und endlich mit der Vorschrift genauerer Inventarisirung¹⁴⁾ unter Androhung des Würderungseides zu Gunsten der Interessenten für den Fall, daß Deliberant ohne ein Inventar errichtet zu haben ausschlägt, -- des Verlustes der Falcidischen Quart, wenn er ohne ein Inventar errichtet zu haben antritt, oder binnen der Deliberationsfrist nicht ausgeschlagen hat¹⁵⁾). Also ist mit Nachtheilen bedroht, wer von dem alten Deliberationsrecht Gebrauch macht, indem er das „neue Benefiz“ der Antretung mit Inventar bei Seite liegen läßt¹⁶⁾.

2. Noch hat die querela inofficiosi testamenti zur zeitlichen Begrenzung des Deliberationsrechtes geführt¹⁷⁾. Hier wird der Delat auf Anlangen des Querulant en in die Lage versetzt, sich schlüssig machen zu müssen, braucht aber um eine Bedenkzeit nicht erst die Obrigkeit anzugehen, sondern hat diese

judices — woneben entgegen dem älteren Rechte (l. 3 D. h. t.) zugleich bestimmt ist, daß namentlich auch wiederholte Fristgesuche mehr als 1 Jahr oder 9 Monate nicht erwirken können; so nämlich dürfte der Schlußfall von l. 22 §. 13 — Semel enim et non saepius eam peti concedimus — minder buchstäßig zu verstehen sein.

13) l. 22 §. 14 eod. Vor dem bestand das Präjudiz der Ausschlagung: Gaj. II, 167. Leist, B. P. II §. 114 S. 321 fg. Windscheid §. 598, 2: „Justinian hat (die Lieberlegungsfrist) ... aus einer Antretungs- zu einer Ausschlagungsfrist gemacht.“

14) ibid. — necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere —

15) ibid. in f. Daß der Antretende oder als Antretender zu behandelnde „jedenfalls das benef. legis Falcidiae verliere“ (z. B. Arndts, B. §. 509), geht über die Vorschrift des Gesetzes (*Si quis autem ... inventarium minime conscriperit ... non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falc. beneficio minime utatur* —) hinaus.

16) ibid. §. 13. Vgl. unten §. 399.

17) Dieses spatium deliberandi war, wenn man mit Modestinus das tempus querelae vom Tode des Testators an laufen ließ, schon darum nothwendig, weil sonst die Querel verjährten konnte, bevor sie anstellbar (die Erbschaft angetreten) wurde. Aber auch nach der Ulpian'schen Ansicht, wonach die Querel erst vom Antritt der Erbschaft an datirt, blieb sie nothwendig; denn immer noch konnte Querulant vor dem Antritte der Erbschaft also vor ihrer Anstellbarkeit und Präparierbarkeit, namentlich also auch vor ihrer Transmittirbarkeit sterben. Darum die Verfügung dieser Deliberationsfrist trotz Reception der Ulpian'schen Ansicht (l. 36 §. 2 C. inoff. t. 3, 28).

von Gesetzeswegen, und zwar in der Länge eines (vom Tode des Testators als tempus continuum zu berechnenden) halben Jahres im Falle der Präsenz (in derselben Provinz), eines Jahres (in dem der Absegnz)¹⁸⁾. Das Präjudiz lautet auf Antrittung der Erbschaft¹⁹⁾. Mit dem Anlangen auf Entscheid begründet Querulant Transmission der Querel²⁰⁾ auf seine Descendenz, wiewohl die Querel noch nicht präparirt ist, (und noch nicht präparirt sein konnte); die Transmission auf auswärtige Erben jetzt Praeparation voraus²¹⁾.

§. 388.

Ausschlagung und Auslassung der Erbschaft.

D. (de acquirenda vel) omittenda hereditate 29, 2 C. de repudianda vel abstinenda hereditate 6, 31.

Die Ausschlagung der Erbschaft ist stets auch Auslassung derselben, nicht umgekehrt¹⁾. Beide bedeuten sie eine durch den Delaten selbst vereitelte Delation; allein während diese Vereitelung bei der Ausschlagung auf einer Handlung des Delaten, auf der einseitigen und formlosen Erklärung des Nichtwollens nämlich²⁾, beruht, ergibt sich dieselbe bei der Auslassung, die

18) l. 36 §. 2 cit.

19) l. 36 §. 2 cit. l. 22 §. 14 C. h. t. Manche behaupten, in l. 36 §. 2 cit. sei kein Präjudiz ausgesprochen (zu den bei Wang. §. 478 Anm. 4 a. E. Agff. vgl. noch Windisch eid §. 598 Anm. 10 und §. 584 Anm. 12), und nehmen das Präjudiz der Ausschlagung an, weil l. 36 §. 2, älter als l. 22 C. cit., noch unter der Herrschaft des älteren Rechtes stehe (vgl. oben Anm. 13 u. Windisch §. 598 Anm. 10). Allein das compelli hoc facere in l. 36 §. 2 kann nur auf das vorhergehende adire bezogen werden (Wangerow a. a. D.) u. l. 22 §. 14 ist für Antritt.

20) — nach Göring, Therr. Jahrb. Bd. 186 nicht der Querel, sondern der Intestaterbschaft, diejer namentlich auch für den Fall, daß der scriptus heres ausschlägt — also doch wohl auch der Querel — u. E. aber nur der Querel, oder der Intestaterbschaft mittels der Querel: l. 36 §. 2 cit. — querela in licet se non präparaverit ad suam posteritatem transmittat — cf. l. 34 cit. — posse nepotem eandem causam propонere etc.

21) l. 36 §. 2 in f. cit.

1) — interdum et omittere et repudiare separantur — Briss. sub v. „omittere“ §. B. l. 24 D. min. 4, 4 — wogegen omittere (prätermittere) = repudiare §. B. l. 1 §. 6 D. si quis om. c. t. 29, 4.

2) l. 95 D. h. t. l. 6 pr. D. ad SC. Tert. 36, 1 l. 1 §. 6 D. succ. ed. 38, 9.

keine Ausschlagung ist, aus einer Unterlassung des Delaten, aus dem Nichtgebrauche der in der Delation gelegenen Vollmacht zur Erbschaftsantritung oder pro herede gestio nämlich. Daz diese bloße Unterlassung des Erbschaftserwerbes zur Aufhebung der Delation führe, ist aber nur denkbar, wo der Tod des Delaten der Delation ein Ende macht³⁾, wo die Delation selbst eine zeitliche ist (wie dies bei der b. possessio der Fall war⁴⁾) und bei befristeter lektwilliger Berufung noch der Fall ist (§. 387 Anm. 2), oder wo dem Delaten von Seite der Obrigkeit oder des Gejehes eine Deliberationsfrist mit dem Präjudize der Ausschlagung (d. i. eine Antretungsfrist) gesteckt wäre⁵⁾. Ausschlagung ist bei jeder Delation möglich; da wo dem Delaten eine Deliberationsfrist mit dem Präjudize der Antretung gesteckt ist, nothwendig, woferne er den Folgen der Antretung vorbeugen will (§. 387 zu Anm. 13 u. Anm. 19). Vor der Delation bedeutet sie, gleich der Antretung, nichts⁶⁾. Gleich der Antretung muß auch sie von der zweifellosen Annahme, daß deferirt sei, sowie von der sicheren Kenntniß des Grundes aus welchem deferirt ist, begleitet sein⁷⁾. So wenig wie die Antretung kann der Delat die Ausschlagung auf einen Theil der ihm angefallenen Erbschaft beschränken⁸⁾, von mehreren ihm angefallenen Portionen die eine annehmen, die andere ausschlagen⁹⁾; er muß alles, was ihm deferirt ist, an-

3) was ursprünglich Gesetz: — hereditatem enim nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant etc. S. unten §. 389.

4) l. 1 §. 10 D. succ. ed. 38, 9 — si quis eorum . . . in diebus statutis (b. p.) non admiserit —

5) wie dies im vorjustinianischen Rechte bei der auf Anlangen der Gläubiger vorgestellten Frist der Fall war, und nach Manchen bei der aus Anlaß der querela inoff. bestehenden gesetzlichen Frist noch immer der Fall sein soll (§. 387 Anm. 13 u. 19).

6) l. 18 l. 13 pr. §. 2 l. 94 D. h. t. 29, 2 l. 174 §. 1 D. r. j. 50, 17.

7) l. 13 §. 1 — l. 17 pr. l. 19; l. 17 §. 1 l. 97 D. h. t. Zu l. 97 cit. f. Arndts P. § 510 Anm. 2. (Anm. von Pfaff u. Hofmann, 11te Aufl.).

8) l. 1 D. h. t. Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

9) l. 2 D. h. t.

nehmen oder ausschlagen¹⁰); die Ausschlagung des einen Theiles zieht die des anderen nach sich¹¹), wie die Antritung des einen die des anderen Theiles¹²). Dies gilt ausdrücklich auch von den mehreren Portionen derselben Erbschaft, die derselben Person dadurch anfallen, daß sie pro parte instituirt, daneben aber dem Miterben pupillariter substituirt ist¹³). Um so mehr¹⁴) gilt es im Verhältniß der Institutions- und Bulgarsubstitionsportion¹⁵). Keine Ausnahme von diesen Sätzen bildet der

10) „ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur“ l. 20 C. jure delib. 6, 30 Justinian. —

11) l. 10 §. 3 D. h. t. vulg. 28, 6.

12) l. 20 C. cit. cf. l. 41 §. 6 D. vulg. 28, 6 l. 56 D. h. t. 29, 2 l. 8 pr. D. vulg. 28, 6.

13) l. 10 §. 3 D. l. 20 C. citt. Die durch Pupillarstitution anfallende Erbschaft gilt dann als pars paternae hereditatis (l. cit.). Das Bemühen von Schläger, welcher im Nachgange zu Baron (Gesamtrechtssverh. S. 507 ff.), die in Ann. 8 ausgehobenen Worte der l. 20 C. cit. auf Antritung zu befrüchten und l. 10 §. 3 cit. aus dem Zusammenhang mit §. 2 eod. zu entkräften sucht, scheint uns vergeblich (Schläger, Verhältniß des Institutions- u. Subst. Erwerbes, Arch. f. civ. P. N. 3 Bd. 3 S. 67 fq. S. 51 fq.; — zu l. 10 §. 3 vgl. Bangerow, Arch. f. civ. P. Bd. 37). Gegen den scheinbaren Widerspruch der l. 27 §. 2 in f. D. ad SC. Treb. 36, 1 — potuit . . . quamvis patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire und Schläger a. a. O. S. 61 fgg. j. Bangerow a. a. O. S. 337 fq. — und hier oben §. 374 Ann. 30. Auch l. 11 §. 1 eod. wird auf Grund einer Cujazischen, diplomatisch grundlohen, sachlich gerechtsamten Emendation (exheredato filio statt cum filio) (selbst von Schläger S. 64) von einem exhereditaten Pupille verstanden (Bangerow, a. a. O. S. 338 fgg.) und in diesem Sinne von l. 27 §. 5 eod. unterstutzt. Sollte man aber mit einem abstinenten Pupille nicht zu demselben Ziele gelangen, oder die Annahme daß gleich den beiden extraneis auch der Pupille von der Erbschaft nichts annahm, gewagter sein, als jene Emendation?

14) vgl. hiezu Bangerow a. a. O. S. 330 §. 3 v. unten: „um so weniger —

15) Die hiegegen aus l. 76 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2 sich erhebende Schwierigkeit will von Leist (observ. ad l. 76 §. 1 Jena 1853 S. 10) durch Distinction des omittere von repudiare, von Bangerow a. a. O. S. 330 fgg. durch Umdeutung des omittere in ein bloßes hinhalten be seitigt werden. Zulässiger als dieses letztere dürfte das erste Mittel sein. Aber wenn (wie man auszulegen pflegt) Delat die Substitutionsportion noch annehmen kann, nachdem er die erstere ausgelassen oder ausgeschlagen hat, erwirbt er dann nicht nachträglich doch noch die ausgeschlagene oder aus gelassene Portion, und geht das an? Wir meinen: Indem der Jurist die Macht, nach Belieben den einen oder anderen Theil anzutreten oder auszuschlagen, an die Bedingung knüpft, daß der Antritt aus der ersten Einsetzung noch offen stehe (Respondit etc.), verneint er die voraufgehende Frage (ob man nach Auslassung der Institutionsportion noch ex substitutione antreten könne), und will (im Zusammenhang mit dem principium der

Umstand, daß der *Institutus*, welcher zugleich *Pupillarsubstitut* ist, da wo der *Pupille* exheredita ist, die väterliche Erbschaft ausschlagen, und dann aus der *Pupillarsubstitution* gleichwohl noch erwerben kann; hier ist der *pupillarisches Nachlaß* nicht mehr *portio* der väterlichen Erbschaft¹⁶⁾. Mit verschiedenen Portionen derselben Erbschaft sind auch die verschiedenen Gründe der Delation derselben Erbschaft nicht zu verwechseln¹⁷⁾.

Der Ausschlagung im wesentlichen gleichgestellt ist die *Abstinenz*, d. i. die Enthaltung von jeder Einmischung oder auch ausdrückliche Ablehnung der von dem suus heres ipso jure erworbenen Erbschaft¹⁸⁾. Sie macht den Namen des Erben zum „bloßen Namen“¹⁹⁾, stellt ihn, der die Erbschaft hat, demjenigen gleich, der sie bekommen könnte und ausgeschlagen hat²⁰⁾, und macht denn auch gleich wie die Ausschlagung der successiven Delation²¹⁾ und der Accrescenz²²⁾, Platz. Die Accrescenz tritt hier nicht ohne gewisse Schonung ein; die Abstinenz dessen, der denn doch bereits Erbe ist, soll

Stelle nur gesagt haben, daß man, so lange es Zeit ist, zur Antretung oder Ausschlagung beider Portionen der Antretung oder Ausschlagung blos einer Portion bedürfe (nicht, daß man die eine annehmen und die andere ausschlagen könne).

16) s. oben §. 374 zu Ann. 30 u. diese Ann. selbst.

17) so daß man als *institutus* (*ex asse*) ausschlagen und als *substitutus* antreten (z. B. l. 1 §. 5 D. si quis om. c. t 29, 4), *ex causa testamenti* ausschlagen und ab *intestato* antreten fann: arg. D. si quis omissa causa testamenti ab *intestato* . . possideat hereditatem 29, 4.

18) §. 365 a. E.; l. 12 D. h. t. — qui se non miscuerit hereditati . . constituerat non agnosceré hereditatem — l. 6 C. legit. her. 6, 58 — suis heredibus abstinentibus vel repudiantibus — cf. l. 7 pr. D. *jure delib.* 28, 8 l. 21 D. *auct. tut.* 26, 8.

19) l. 2 §. 8 D. *ad SC. Tert.* 38, 17 l. 6 §. 2 D. *bon. libert.* 38, 2.

20) l. 2 §. 8 cit. — si... hereditas ad eos non pertineat im Gegenfaze zu denen qui rem haberent — und nicht blos nudum nomen — l. 12 pr. D. *interr. in jur.* 11, 1 — hunc qui abstinent, praetor non habet heredis loco — l. 57 pr. D. h. t. — ut quamvis creditoribus jure civili teneantur, tamen in eos actio non dabitur — l. 89 eod. — succurrendum est et fidejussoribus ejus — l. 87 §. 1 eod. — oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet —

21) als *successio ordinum et graduum*: l. 2 §. 8 cit. l. 6 C. legit. her. 6, 58 l. 6 §. 2 §. 3 D. *bon. lib.* — infolge *Substitution*: l. 44 D. *re jud.* 42, 1 — als Übergang von der testamentarischen zur Intestatserbschaft: l. 1 §. 7 D. si quis omissa causa t. 29, 4. Bgl. §. 390 S. 165 *Ulin.* 2.

22) l. 44 D. *re jud.* 42, 1. .

seinen Mütterben, mag dieser selbst suus heres sein oder nicht, nicht belästigen, ihm vielmehr dieselbe Wohlthat der nachträglichen Abstinenz, wenn er sie will, mittheilen²³⁾; allein sie tritt ein. Einzig im Verhältniß zur Pupillarsubstitution soll die Abstinenz des zugleich eingesetzten und dem Pupillen pupillariter substituirten suus heres nicht nach demselben Gesichtspunkte wie die Ausschlagung des zugleich eingesetzten und pupillariter substituirten freiwilligen Erben zu behandeln sein^{24).}

Verschieden von dem Verluste der Erbschaft, der durch Auslassung oder Ausschlagung eintritt, war das caducum (§. 390 I. §. 391).

§. 389.

Transmission.

So nennt man die Ueberzeugung der in der Delation enthaltenen Erwerbskraft, — allenfalls auch der mitunter noch vor der Delation vorhandenen Expectanz auf die Erbschaft — von der Person des Delaten auf die Person eines Nichtdelaten^{1).} Sie ist keine neue Delation, sondern Ausnützung der alten zu Gunsten einer neuen Person. Sie gibt dieser Erbrecht, ohne daß sie unter die durch letzten Willen oder Gesetz zu dieser Erbschaft berufenen Personen zu gehören braucht. Von Einem Falle abgesehen ist sie Produkt des neueren Rechts

23) I. 55 D. h. t. — conditio coheredi sive suo sive extraneo defertur ut aut totam agnoscat, aut a tota recedat; et ita se abstinerere potest propter alium, qui per suam personam non poterat — §. 391, 7.

24) Die Unterscheidung darnach, daß der Pupille eingesetzt oder exhereditirt sei (Ann. 14), läßt Bangewow a. a. C. S. 341—352 nur für den Fall gelten, daß der Institutus u. Pupillarsubstitut extraneus sei; ist er selbst suus heres, so komme entgegen der Julianischen (I. 40 I. 41 D. a. v. e. h. 29, 2) nach der recipirten Ansicht von Marcellus, Ulpian und Papinian (I. 40 eit. I. 12 D. vulg. 28, 6) auf Exheredation des Pupillen nichts, wohl aber darauf an, ob der Pupillarsubstitut ex asse, oder mit Anderen instituirt sei; letzterenfalls könne er als institutus abstiniren und gleichwohl als P. Substitut antreten; ersterenfalls müsse er die väterliche Erbschaft haben, wenn er als P. Substitut antreten wolle.

1) Ueber den weiteren und engeren Gebrauch von „transmittere“ vgl. Steppes, die Transm. d. E. nach r. R. Inaug.-Diss. 1831 S. 10 fgg. Windscheid S. 600 Ann. 2.

und auch von diesem als etwas Exceptionelles betrachtet²⁾. Dem aus mehr blos zufälligen Gründen eintretenden Verlust der Erbschaft zu steuern ist der hauptsächliche Zweck ihrer Einführung; annähernde Gleichstellung der freiwilligen mit der unfreiwilligen Erbschaft ihre Folge³⁾.

I. Eine Transmission enthält die in *jure cessio* der legitima hereditas im älteren Rechte, wenn sie vor dem Antritte der Erbschaft stattfand⁴⁾. Auch in Digesten und Codex kommt eine Abtretung der erst deferirten Erbschaft noch beiläufig vor⁵⁾; allein im neuesten Rechte kommt eine legitima hereditas wie sie in *jure cedit* werden konnte, nicht mehr vor. Fürs erste läßt sich seit der Novelle 118 überhaupt keine legitima hereditas mehr von irgend einer anderen Intestaterbschaft unterscheiden (§. 383), so daß es zum mindesten fraglich ist, ob auf die neugefäßliche Erbschaft die Ceditbarkeit der legitima hereditas, oder die Unceditbarkeit der bonorum possessio ab intestato übergegangen sei. Sodann aber hat die legitima hereditas noch vor ihrer Auflösung in die neugefäßliche Erbschaft eine Eigenschaft abgelegt, welche mit ihrer Ceditbarkeit wahrscheinlich in kaumalem Zusammenhange⁶⁾ stand: daß sie nach dem Nächsterben keinen Anwärter hatte⁷⁾; die entgegen-

2) I. unica §. 5 C. cad. toll. 6, 51 — hereditatem enim nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur exceptis videlicet etc.

3) vgl. Göring, Therr. Jahrbb. XV, die s. g. Transmissionfälle im r. R. §. 138 fgg., bei welchem freilich, was uns folge, als Grund (Idee, Prinzip) erscheint (z. B. §. 138 §. 197 §. 204 f.).

4) Gaj. II, 35—37 Ulp. XIX 12—15. Von Transmission wird man hier auch dann reden können, wenn der Cessior (wie Bruns, ihr. Rechtsbuch §. 247 f. mit Danz annimmt) durch die Cession, d. i. vindication sofort Erbe wird (proinde fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset).

5) I. 4 §. 28 D. exc. d. 44, 4. Rudorff zu Puchta, B. §. 503 c. Arndts B. §. 512 Anm. 1; mittelst arg. a contr. in I. 1 C. revoc. his quae in fraud. cred. 7, 75; I. 6 D. r. j. 50, 17.

6) vgl. Scheurl, Beitr. I. §. 96. Pernice, Labeo I. §. 341 f.

7) §. 7 J. legit. agn. s. 3, 2 Gaj. III, 12 Ulp. 26, 5 — in legitimis hereditatibus successio non est. Vgl. oben §. 360 §. 20 f. In §. 7 J. cit. beruft sich Justinian auf eine Constitution, durch welche dieser Satz aufgehoben sei. Ist diese Constitution (vorüber Schrader, Inst. ad. h. l. „nostra const.“) die I. 4 §. 20 C. bon. lib. 6, 4, (ed. Krüger),

gesetzte Eigenschaft wohnt der neugesetzlichen Erbschaft bei (§. 384, 4). Ist man im Zweifel, ob auf die neugesetzliche Erbschaft die Ceditbarkeit der legitima h., oder die unceditbarkeit der b. p. ab intestato übergegangen sei, so muß man sich für das letztere darum entscheiden, weil die neugesetzliche eine Eigenschaft hat, um derentwillen die eine ihrer beiden Vorläuferinnen (b. p. ab int.) unceditbar war⁸⁾.

II. Dem neueren Rechte gehört

1. der Fall an, da die einem Hauskinde angefallene Erbschaft von diesem nicht erworben werden will und nun anstatt des Kindes vom Vater zu vollem Rechte, sowohl dem Eigenthum nach wie zum Missbrauch, angetreten werden kann (s. g. transmissio ex jure patrio)⁹⁾; —

dann ist jener Satz in Ansehung der ingenui erst in §. 7 J. cit. selbst aufgehoben.

8) Wäre die Erbsfolge der Nov. 118 nichts anderes als die legitima hereditas, so würden Puchta (P. §. 503) u. Windscheid (§. 601 Num. 4) mit der Aufrechthaltung der Ceditbarkeit im Rechte sein, wenngleich deren Grund hinwegfallen ist l. 21 D. leg 1, 3). Nun hat aber die Ceditbarkeit nicht blos ihren Grund, sondern auch ihr Object verloren. Im Resultate einverstanden Scheurl a. a. D. S. 100 fgg. Arndts, P. §. 512 Num. 1. Mühlensbruch, Forts. d. Gl. C. Bd. 43 S. 144. Köppen, Syst. d. h. r. Erbr. S. 330. Bering, R. Erbr. S. 502.

9) l. 8 pr. — §. 2 C. bon. quae lib. 6, 61 Justinian. — So sichtlich als Gegengewicht gegen die Reform, wornach die Proprietät dem Kinde zufällt und durch Ablehnung des Kindes dem Vater ohne die nummehrige Verordnung auch der Missbrauch entginge. Vgl. Löhr, Arch. f. civ. P. Bd. 2 S. 197 fgg. Diesem Transmissionsfalle eigenthümlich ist, daß er bei Lebzeiten des Delaten stattfindet. Ob man auch sagen kann, daß hier Transmission einer ausgeschlagenen C. stattfinde¹⁰⁾. V. Arndts P. §. 512, Windscheid §. 601)? — da nach ausgeschlagener C. doch nur eine neue Delation scheint stattfinden zu können? II. C. geht Justinian von der Vorstellung aus, daß wie vor Alters (wenn nur das Kind infantia major war) zum Erwerb der dem Kinde deserirten Erbschaft beide thätig werden müßten, das Kind antretend, der Vater ermächtigend Mandry, Ham-Güterr. I S. 104. 3 s. 3. B. noch l. 18 §. 4 C. jure delib. 6, 30 Theod. et Val. a. 426), auch jetzt noch Beide zusammenhandeln, der Eine antretend, der Andere beipflichtend (in unum voluntas eorum concurrit — §. 3 eod.), wornach allein denn auch der Zwiespalt möglich ist, daß der Vater adire filiumf... compellit et ille reclamandum existimat, oder aber das Kind adire cupit, et pater in contrarium inclinat (l. 8 pr. cit.), und in dem Falle, da das Kind entgegen dem Willen des Vaters nicht antreten will, die Erbschaft noch nicht ausgeschlagen, vielmehr als eine noch immer deserirte im eigentlichen Sinne des Wortes transferirbar ist. (Vgl. hiezu Mandry, a. a. D. S. 107 e. u. S. 108). — Köppen (Syst.

2. die s. g. *transmissio ex capite infantiae*, welche noch vor der vorigen zu Nutz und Frommen des Vaters eingeführt ward, und mit mehr äußerem Rechte als jene *transm. ex jure patrio* genannt werden konnte¹⁰⁾. Ist einem Kinde unter 7 Jahren eine Erbschaft angefallen, und deren Antritt durch den Vater (wenn es Hauskind war, allenfalls durch den Großvater sc.) nicht noch bei Lebzeiten des Kindes erfolgt, so soll der Vater auch jetzt noch, und zwar für sich erwerben können¹¹⁾. Was vom Vater gegenüber dem in seiner Gewalt befindlichen, gilt auch gegenüber dem emancipirten Kinde¹²⁾; —

3. die s. g. *transmissio Theodosiana*¹³⁾, indem Kinder, Enkel sc. die von ihren Eltern, Großeltern sc., allein oder mit Fremden zu Erben eingesetzt sind, und aber vor der Testa-

d. Erbr.'s) kommt von ähnlichem Ausgangspunkte (S. 396 Alin. 1) zum entgegengesetzten Resultat (daz nach l. 8 pr. — §. 2 cit. der Sohn allein u. definitiv antrete und ablehne (S. 397), konsequent aber auch zu „successiver Delation“ anstatt *Transmission* (S. 398 S. 399 zu Ann. 27) Alin. 1). Nichts als diese scheint auch für uns dann übrig zu bleiben, wenn ein filiusf. miles eine Erbschaft kastrensischen Erwerbes ablehnt, und auch hier noch der Vater antreten kann (l. 8 §. 2 cit.); allein Justinian will diesen nun nicht als neuen, sondern als ursprünglichen Delaten gedacht wissen (quasi ipse pater ab initio fuisse heres institutus), anstatt *Transmission* und *successive Delation* eine Fiktion — die Sache selbst vielleicht darum, weil das *peculium castrense* damals immer noch *jure peculii* heim fallen konnte (vgl. §. 384 Ann. 10).

10) l. 18 §. 1 C. *jure delib.* 6, 30 *Theod. et Valent.* 426 — *jure patrio . . . capere* —

11) Das darf wohl dahin gefaßt werden, daß diesmal die Delation durch den Tod des Delaten nicht enden, sondern auf den Vater übergehen soll. Soll dieser quasi jam infantia quaesita capere, so will das nur sagen, daß er auch jetzt noch nicht schlechter daran sein soll, als ob er bei Lebzeiten des Kindes angetreten hätte. Eine „*Transmission*“ nimmt hier auch Köppen an (S. 396 oben).

12) l. 18 §. 3 inf. cit. — was Köppen aus dem parens manumissor erklärt: als damals erster und alleiniger Erbe soll auch er, wenn er als tutor des infans den Antritt der Erbschaft für diesen bei dessen Lebzeiten (l. 18 §. 2 eod.) verjüngt hat, noch erwerben können (Köppen a. a. O.). Die Constitution beschränkt sich aber nicht auf den parens manumissor — ein Einwand, der durch Berufung auf Gaj. I, 132 in f. u. epit. I 6 §. 3 (Göring, S. 172, 1) nicht entkräftet wird. Anderseits steht diese Ausdehnung der *Transmission* auf den Vater des emancipirten Kindes der Erklärung der *transm. ex cap. inf.* aus der damaligen Pekulienhaftigkeit auch noch der bona adv. entgegen (Windscheid §. 601, Ann. 3).

13) l. un. C. *de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt* 6, 52. *Theod. et Valent.* 450.

mentseröffnung sterben, mögen sie von ihrer Einsetzung wissen oder nicht, den ihnen hinterlassenen Erbtheil¹⁴⁾ auf ihre Kinder transmittiren, wenn diese ihnen gleich nicht substituirt sind¹⁵⁾, hinwider ihre (der Transmittenten) Erbschaft¹⁶⁾ nicht ausschlagen. Also müssen die Transmissäre Erben der Transmittenten sein. Fraglich ist nur noch, ob auch nach heutigem Rechte der Tod vor der Testamentseröffnung eintreten müsse¹⁷⁾; —

4. s. g. *transmissio ex capite suitatis*¹⁸⁾, unter welcher jedoch nicht der erbliche Uebergang der von einem suus heres erworbenen Erbschaft, sondern der Uebergang des ihm bei seinem Tode noch zugestandenen *beneficium abstinendi* auf seine sui heredes gemeint ist¹⁹⁾. Steht die ipso jure erworbene, krafft

14) *derelictam sibi portionem* — was nicht anders denkbar ist, als unter der Voraussetzung, daß sie den Testator überlebt haben (*Steppes* a. a. O. § 41 — wogegen *Löhr* a. a. O. S. 192 f. nach *Hugo*) — Weitere Begründung s. meine *Pand.* 1te Aufl. S. 820.

15) Nur hierauf können die nicht an dieser Stelle befindlichen und durch das „invicem“ befreindlichen Worte „licet non sint invicem substituti“ bezogen werden.

16) Die nicht zu recusirende „hereditas“ mit der zu transmittirenden *hereditaria portio* zu identificiren, ist sprachlich uneben, und schafft eine überflüssige Voraussetzung (*Steppes* S. 39).

17) Anlaß zu diesem Terminus war einmal die damals noch nicht aufgehobene Caducität aus dem vor Eröffnung des Testamentes erfolgten Tode des *ex parte heres scriptus vel legatarius* (*Ulp.* 17 §. 1, 2): dann aber der Umstand, daß (die sui heredes und *ex asse instituti* ausgenommen) die Erbschaft vor der Testamentseröffnung gar nicht erworben werden konnte, (also auch noch gar nicht defixirt war; vgl. I. 3 C. *jure delib.* 6, 30 l. 1 §. 4 D. j. e. f. i. 22, 6 l. 21 D. cond. 35, 1 mit l. unic. §. 1 Cod. de cad. toll. 6, 51). Beide Anlässe sind durch l. unica §. 1 §. 5 eit. antiquirt; allein um deswillen ist das Gesetz selbst, weder überhaupt, noch in seinen Einzelheiten antiquirt. *Institian* bezeichnet es an denselben Orte, an dem er die Caducitäten aufhebt, und kurz nachdem er die Antretung von der Testamentseröffnung unabhängig gemacht (§. 1 eod.) als fortbestehend (§. 5 eit.). Auch griffe man mit jeder Änderung dieses Termines in den Bereich der s. g. *transm. Justiniane* hinüber. Vgl. *Windscheid* §. 600 Anm. 8.

18) I. 19 C. *jure delib.* 6, 30 *Justinian*.

19) Wäre ersteres der Fall, so wären *Windscheid* §. 600 Anm. 2 a. E. u. alle diejenigen, welche vor und nach ihm derselben Ansicht sind (z. B. *Steppes* S. 46 fgg. *Baron* §. 424 a. E. halbwegs *Bering*, r. *Erbr.* S. 503. *Tewes*, *Sniit.* d. *Erbr.* II. S. 63) im Recht, wenn sie diesen *Transmissionsfall* (wie auch *Göring*) übergehen, oder von *Transmission* blos einer erworbenen Erbschaft reden. Dem entgegen heißt es aber

des beneficium abstinenti aber noch recusirbare Erbschaft effektiv der deserirten Erbschaft gleich²⁰⁾, so handelt es sich hier um Transmission einer thatzählich erst deserirten Erbschaft. Weil es sich um eine solche handelt, schreitet Justinian in der selben Konstitution fort zur Einführung der

5. s. g. transmissio Justiniane, welche nichts als eine Ausdehnung der s. g. transm. ex capite suitatis auf freiwillige Erbschaften²¹⁾ ist. Wie jene, so transmittirt auch diese für den Fall, daß Delat vor der Entscheidung stirbt, die im Zustande der Delation befindliche Erbschaft auf die Erben des Delaten, wie jene auf die nothwendigen, so diese auf die freiwilligen Erben, wie jene das Abstinenzrecht, so diese das Erwerbsrecht; und wie jene nicht davon abhängig gemacht werden darf, daß der Erbe im Zustande thatzählicher Deliberation, mithin in Kenntniß des ipso jure eingetretenen Erbganges gestorben sein müsse²²⁾, so darf dies auch hier nicht Voraussetzung der Transmission sein²³⁾. Nur darin gehen

„eam deliberationem duximus protelandam — arbitrium transmittat (l. 19 cit.), und zwar in Anknüpfung an eine Pauliniische Quästion, deren der Uebergang blos der ipso jure erworbenen Erbschaft kaum werth gewesen wäre, während der Uebergang auch der Deliberation fraglich sein konnte oder doch der Staturierung bedürfte (vgl. l. 7 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2 — permitendum est nepoti abstinerse avi hereditate —). Bgl. Marezoll, z. L. v. d. sg. Transmissionsfällen, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 2 S. 82 fgg. Bangerow, Arch. f. civ. P. Bd. 24 S. 158, bes. Anm. 10, meine Pand. 1te Aufl. S. 822. Daß diese Transmission auf die Erben des Deliberanten überhaupt stattfinde (Bangerow a. a. D. S. 158 — 164) geht gegen das Wort des Gesetzes (posse in suam posteritatem transmittere).

21) l. 19 cit. — eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam . . Si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus . . praedictum arbitrium in successionem suam transmittat — Bang. S. 170.

22) l. 7 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2. Wieding, d. Transm. Justinians 1859 S. 66 S. 72 fgg.

23) So nun mit Bangerow (Arch. f. civ. P. Bd. 24 S. 180 fgg.) Wieding, S. 71 und Windscheid §. 600 Anm. 5) entgegen der herrschenden Ansicht, und der meiner 1ten Pandektauflage S. 823. Der bewegende Grund zu meiner Meinungsänderung liegt in dem argumentum a potiori (Bd. 1 §. 32 ad. 1 c.), daß in gegenwärtiger Frage begründet, und welchem auszuweichen unerlaubt ist. Daß Justinian selbst von einem „Deliberanten“ redet, verliert an Beweiskraft, wenn man bedenkt, daß das nicht im Tenor, sondern in der Ausführung des Gesetzes geschieht, daß man de-

die beiderlei Transmissionen auseinander, daß für die der freiwilligen Erbschaft eine Frist gesteckt ist, und zwar eine Jahresfrist (annale tempus), während eine solche bei der nothwendigen Erbschaft nicht läuft²⁴⁾. Mit Recht ist betont worden, daß diese Frist eine Transmissionfrist, keine Deliberationsfrist sei²⁵⁾. Schon das ist entscheidend gegen die gemeine²⁶⁾ Lehre, gegen die Lehre nämlich daß die Frist erst mit dem Augenblicke der Kenntnissnahme von der Delation, nicht mit der Delation selbst zu laufen beginne²⁷⁾. Ob Delat von der Delation Kenntniß

liberare videtur von jedem sagen kann, der nichts thut, also auch von demjenigen, der nichts weiß (so zuerst Duarenus, vgl. Wieding S. 2 f. g. Vangerow S. 175 S. 189. Windscheid a. a. D.), und daß der Gesetzgeber denjenigen, der weiß, sehr wohl um dessentwillen hervorgehoben haben kann, weil man gerade ihm das beneficium transmissionis zu verleihen Bedenken tragen möchte (Wieding §. 23 §. 25). Entschieden entgegen stünde allerdings I. 7 C. jure delib. 6, 30, wenn dieses Rescript nicht aus einer Zeit stammte, in der man von unserer Transmission noch nichts wußte, weder von der des Deliberanten, noch von der des bewußtlosen Delaten, und das Nichtwissen nur als Grund der Nichtantretung, nicht der Nicht-Transmission anführte. Im Sinne der Kompilation kann es von dem Falle verstanden werden, da der Bruder lediglich als Erbe seiner Schwester, ohne Antretung der dieser deferirten und auf ihn transmitirten Erbschaft, letztere behaupten wollte.

24) Vangerow, S. 170. Sollte Wieding §. 26 das Gegentheil aus dem annus der bonorum possessio für Eltern und Kindern deduciren wollen, so könnten wir ihm hierin nicht folgen. Vgl. auch Göring, S. 180.

25) Wieding, a. a. D. S. 66 gegen Vangerow — Für die Transmissionfrist der Gesetzesstext: *ut unius anni spatio eadem transmissione fuerit conclusa* —

26) in meiner 1ten Pand.aufz. S. 823 noch vertheidigte —

27) So selbst Vangerow S. 192 u. Windscheid a. a. D. — Dagegen einzig Wieding §. 21 §. 23 §. 25. Den Anlaß zu dieser bis auf Wieding u. V. einstimmigen Lehre gaben die Worte des Gesetzes *Si . . . postquam . . . ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore elapso nihil fecerit ex quo vel adeundam vel renunciandam hereditatem manifestaverit, nach deren man in dem postquam cognitum sit den Anfangstermin für das annale tempus erblicken zu müssen meinte, als ob es hieße: Si annali tempore postquam ei cognitum sit etc. elapso nihil fecerit etc.* Eben hierin lag aber eine Aenderung der Konstruktion, nach welcher so wie sie liegt das postquam ei cognitum sit keinen Anfangspunkt für das annale tempus, sondern nebst dem annali tempore elapso einen Thatumstand zu dem nihil fecerit bildet: Delat hat nichts gethan nachdem er von der Delation Kenntniß bekommen, und das annale tempus (d. i. der annus transmissionis, nicht irgend eine Deliberationsfrist) verflossen ist vgl. Wieding S. 77 f.). Dieser Konstruktion würde man früher gerecht geworden sein, wenn man nicht allgemein geglaubt hätte, daß Justinian seine Transmission nur für den Deliberanten (bewußten

bekommt oder nicht, so läuft das Jahr, mit welchem die Transmission beschlossen sein soll (Anm. 27) vom Augenblicke der Delation an.

6. s. g. *transmissio ex capite i. i. restitutionis* —. Würde bei diesem Titel nur an eine noch in der Person des Delaten begründete, durch dessen Tod aber überholte und auf seine Erben übergegangene i. i. *restitutio* gegen den Verlust einer Erbschaft²⁸⁾ zu denken sein, so hätten wir in Wahrheit keine Transmission, sondern nur die gemeine Vererbung eines Rechtsmittels vor uns. Nun kommen aber Fälle vor, in denen den Erben des Delaten i. i. r. zusteht, ohne daß sie der Delat noch erworben hat und ohne daß eine *causa i. i. restitutionis* in der Person seiner Erben gegeben ist²⁹⁾, — und wäre es demnach möglich, daß anstatt des Delaten, welcher durch Tod um die def-

Delaten) eingeführt habe. Allein von diesem handelt er nur in der Ausführung des Gesetzes (Anm. 23), nicht als ob dieser allein transmittire, sondern daß auch er transmittire, er der bei seiner Kenntniß von der Delation doch wohl hätte zugreifen können, und der nun zwar, wenn er binnen des annale tempus stirbt, gleich dem, der von der Delation nichts erfahren, transmittiren, keineswegs aber wenn er nachher stirbt, besser daran sein soll als jener. — Läßt man im Gegensäke hiezu daß annale tempus mit dem Wissen des Delaten beginnen, so kommen diejenigen, die eine Transmission doch auch des Nichtwissenden zulassen, wie Vangerow u. Windscheid in die Verlegenheit, sagen zu sollen, von wann an hier die Frist laufe. Sagt man nun mit Vangerow S. 191 III. u. Windscheid a. a. O.: „vom Tode des Transmittenten an“, so kann diese Frist nicht mehr das annale tempus sein, mit welchem der Tenor des Gesetzes „die Transmission beschlossen“ haben will. Vielmehr beträgt sie $x + 1$ Jahr, also möglicherweise 11 Jahre, wenn Delat 10 Jahre nach der Delation, und bevor er von ihr Kenntniß bekommen hat, stirbt. Justinian will aber keine andere Frist als sein annale tempus. — Wäre die Frist je vom Tage der Kenntnißnahme an zu berechnen, so würde es konsequenter sein, dieselbe auch für den Transmitter vom Tage der Kenntnißnahme an zu datiren, wie dies Göring S. 177 fg. thut.

28) — wie in l. 6 D. i. i. r. 4, 1 — omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores i. i. restitui possunt — l. 18 §. ult. l. 19 D. win. 4, 4 arg. l. 86 pr. D. a. v. o. h. 29, 2 — non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset — l. 1 C. rest. mil. 2, 51 — Si . . . post exactos dies, quibus b. p. defertur, in militia defunctus est.

29) l. 86 pr. D. a. v. o. h. 29, 2 (2te Hälfte) l. 84 eod. l. 12 D. Carb. ed. 37, 10 l. 42 §. 3 D. bon. lib. 38, 2. Der „Succurs“ der hier zu Gunsten der Erben im Verhältniß zum Erben platzgreift, findet in l. 30 pr. D. a. v. o. h. und zum Theile in l. 86 pr. cit. zu Gunsten des paternosters im Verhältniß zum Kinde statt. Vgl. Anm. 30.

ritte Erbschaft gekommen ist, i. i. r. gegen den Verlust der Erbschaft zu Gunsten seiner Erben stattfände, ohne daß eine solche noch in der Person des Erblassers begründet war. Ueberall hier möchte man dann von einer transmissio ex capite i. i. r. im Sinne einer mittelst i. i. r. auf die Erben (oder deren paterfamilias) übergeleiteten Erbschaft reden dürfen. Indessen ist nicht zu erkennen, daß in allen den Fällen, da die Quellen eine solche Transmission zulassen (Ann. 29), der Tod es nicht allein ist, welcher den Verlust der Erbschaft in der Person des Delaten verursacht, sondern daß diesem Tode vorausgehende und bis zu seinem Eintritt fortdauernde Abhaltungen den Erwerb der Erbschaft, zum Theile selbst die Delation, ausschieben und unmöglich machen³⁰⁾. Darnach ist man nicht berechtigt, den Erben mittelst i. i. restitutio auch da zu helfen, wo der Erblasser (wie bei der transm. Just.) einzig durch den Tod am Antritt der Erbschaft verhindert worden ist³¹⁾; umso mehr veranlaßt, ihnen binnen des annale tempus die transmissio Justinianea auch da zukommen zu lassen, wo Delat von der Delation nichts wußte (Ann. 23).

7. Von einer Transmission (der noch nicht praeparirten) querela inoff. testamenti reden die Quellen³²⁾, dürfen und durften (§. 387 a. E.) auch wir reden³³⁾. Allerdings ist die Querel hier in dem Augenblicke, da sie transmittirt werden soll, noch nicht „geboren“³⁴⁾; allein in rerum natura ist sie so sicher als das Testament und die Inofficiosität und damit immerhin, zwar keine Delation, wohl aber eine Erbschaftsexpektanz begründet³⁵⁾.

30) In I. 30 pr. und I. 86 pr. ist es absentia rei p. c., welche den Erwerb, in I. 84 der plenus venter und die Möglichkeit der Ruptio des Testamento, in I. 12 daß edictum Carbonianum, in I. 42 §. 3 die falsi (testamenti) dictio, welche die Delation aufhalten.

31) Bangerow, S. 181 - 187. In I. 7 C. iure delib. 6, 30 wird denn auch dieses Verlustfalle gedacht, ohne daß auf i. i. r. verwiesen wäre.

32) I. 36 §. 2 C. inoff. 3, 28 — hujusmodi querelam.

33) S. dagegen Göring, a. a. D. S. 184. V.

34) I. 8 §. 10 D. inoff. 5, 2.

35) Vgl. den Eingang zu diesem §.

§. 390.

Successive Delation.

Erneuerung der Delation, nachdem die vorausgegangene I. erfolglos geblieben ist, findet 1. innerhalb der testamentarischen Erbsfolge kraft letzten Willens mittelst Bulgar-substitution (§. 373), — 2. im Fortschritte von der letztwilligen zu der gesetzlichen Verufung kraft Gesetzes als Delation ab intestato (§. 381. 386), — 3. innerhalb der Intestaterbsfolge kraft des dem edictum successorium entlehnten Gesetzes der successio ordinum et graduum (§. 384 S. 140) statt. —

Von einer Delation, die transmittirt ist (§. 389), kann man erst dann, wenn die Transmission erfolglos geblieben ist, sagen, daß sie erfolglos geblieben sei. Darum keine successive Delation wo Transmission. Die Caducität ist vielmehr Ausschluß, als Erfolglosigkeit der Delation, somit auch Ausschluß der successiven Delation¹⁾; die Indignität Erfolglosigkeit vielmehr des Erwerbes als der Delation (S. 52); Abstinenz steht der Ausschlagung gleich und läßt gleich dieser regelmäßige successive Delation zu (§. 388 S. 155, §. 391. 7. — Anm. 3 §. 373, Anm. 23); nicht so i. i. restitutio (§. 373 Anm. 21, 23).

II. Insofern der Nachlaß des in seiner Unmündigkeit verstorbenen Hausskindes als eins mit der väterlichen Erbschaft festgehalten wird (§. 374 S. 90 fg.), kann man auch von einer successiven Delation der väterlichen Erbschaft vom Kinde an den Pupillar substituten reden. Nur tritt hier die successive Delation in dem Falle, da das Kind eingesetzt und Erbe des Vaters geworden ist, nach einer vorausgegangenen erfolgreichen Delation (si heres erit — substitutio in secundum casum — §. 373 S. 84) ein; auch kann man von einer vorausgegangenen Delation nur insoferne sprechen, als die ipso jure erworbene Erbschaft noch ausgeschlagen werden kann (§. 365 S. 44 Alin. 1 §. 389 S. 155). —

Daß die successive Delation an eine andere Person erfolge, als die vorhergegangene, ist nicht überall der Fall; dieselbe

1) Ulp. XVII, 1; unten §. 391.

Person, welche durch Testament zur Erbschaft berufen ist, kann (freilich meist ohne sich dadurch der Lasten zu entledigen, welche die testamentarische Erbschaft für sie mit sich brächte §. 427), die testamentarische Erbschaft ausschlagen, und hiemit der Gegenstand gesetzlicher Berufung werden²⁾; dieselbe Person, welche als institutus antreten konnte, kann zu derselben Erbschaft, oder zu derselben Erbschaftsportion durch Substitution berufen sein³⁾; nur durch successio ordinum et graduum kann dieselbe Erbschaft oder Erbschaftsportion nicht an dieselbe Person gelangen, an welche sie zuvor deferirt war. — Substitution ist eines der Mittel wodurch es zu successiver Delation kommen kann⁴⁾; allein durch Bulgarsubstitution kommt es, in Gemäßheit ihrer Bedingung (si heres non erit), nicht überall zu successiver, sondern eben so leicht zu erster Delation⁵⁾. — Erneuerung der Delation wiederholt sich so oft, als eine vorausgegangene Delation erfolglos geworden und für eine successive Delation noch Raum, d. h. noch eine Person da ist, der nur durch die früheren Delaten der Weg zur Erbschaft versperrt wurde⁶⁾, und welche nicht zu derselben Zeit, da die Delation an sie erneuert werden sollte, bereits (zu einer anderen Portion) Erbe geworden ist. Letzterenfalls wird ihr die erledigte Portion nicht erst deferirt, sondern, mittelst Accrescenz, wider Willen zu Theil⁷⁾. Wäre derjenige, an den die neue Delation erfolgen soll, zu einem anderen Theil bereits Delat, aber noch nicht

2) Vorausgesetzt ist nicht nur, daß er nächster Verwandter se. oder der überlebende Gatte ist, sondern auch daß er ex asse eingesezt, oder daß er pro parte eingesezt, die leßwillige Berufung aber auch zu den übrigen Theilen erfolglos geblieben ist: arg. 1. 7 1. 10 §. 1 §. 2 D. si quis om. 29, 4.

3) freilich nicht unter allen Umständen (§. 373 Anm. 7, 8); namentlich liegt keine successive Delation vor, wenn die Einsetzung bedingt war, und die Bedingung deficierte, denn hier ward ex institutione gar nicht deferirt.

4) und seit 1. unica C. eadue. toll. 6. 51 namentlich in den Fällen der ehemaligen Kaducität wieder kommt: §. 2 §. 5 eod.

5) Seit 1. unica eod. also neuerdings wieder auch in den Fällen der Quasikaducität (§. 2 §. 4 eod.), wie von jeher in denen, da der Eingesetzte pro non scripto zu erachten war (§. 2 §. 3 eod.).

6) s. oben §. 384 S. 139 fg

7) Siehe §. 391 die Fälle sub 3 und 4 S. 167 fg. u. bedenke den Fall, da ein Intestaterbe (z. B. ein Neffe), der zu der ausfallenden Portion (z. B. seines Onkels) der nummehr Nächste ist, seine eigene Portion schon zuvor erworben hat. §. 391, sub 5 S. 168.

Erbe, so ist nur Eine Antretung möglich und nothwendig; tritt er kraß der ersten Delation an, so erwirbt er den anderen Theil nicht erst durch successive Delation, sondern durch die jetzt entschiedene Accrescenz⁸⁾.

§. 391.

Accrescenz.

Von einer solchen kann man überall reden, wo zwei oder mehrere Theile einer Erbschaft sich derart mit einander vereinigen, daß einer oder einige von ihnen in der nunmehrigen Einheit als das woran (Principale) — ein anderer dagegen als das was anwächst (Accession)¹⁾, erscheinen, und also auf dem Gebiete der Universalsuccession wieder spiegeln, was auf dem der Singularsuccession unter dem Titel der Accession vor kommt (Bd. 2 §. 146 I. 1). Bei Vermächtnissen kommt auch ein accrescere vor, ob aber in demselben Sinne und aus demselben Grund, wie bei der Erbschaft, wird sich zeigen (§. 424).

In obengedachtem weiterem Sinne haben wir eine Accrescenz darin, daß 1. die bei der Erbeinsetzung unvertheilt gebliebenen Portionen den vertheilten „anwachsen“²⁾; 2. daß die pro non scripto geltenden (d. i. vornhinein nichtigen), so wie die einst quasikaduken (d. i. die nach der Testamentserrichtung, aber noch vor dem Tode des Testators hinfällig gewordenen) Portionen testamentarisch vertheilter Erbschaften den wirksam geschriebenen und den aufrechtgebliebenen Portionen anwachsen, ob diese schon erworben seien, oder nicht³⁾; 3. daß da wo derselben Person verschiedene Portionen kraß leßtwilliger Berufung deferirt sind (es sei nun, daß er in dieselben pure oder bedingt eingesezt

8) l. 6 pr. D. b. p. 37, 1 — quibus accrescendi jus est, semel debent agnoscere b. possessionem, im Gegensätze zu dem besonderen Fall, in welchem der Prätor erneute Delation will; — l. 41 D. vulg. 28, 6 — ad substitutum utraque portio pertinebit —; l. 35 l. 38 D. a. v. o. h. 29, 2. Vgl. oben §. 388 Anm. 8. 9 §. 391 Anm. 4.

1) 3. B. l. 13 §. 2 D. h. i. 28, 5 — hereditas ejus residua accedit §. 3 eod.

2) §. 372 Anm. 12 — qui accedit quadrans . . eis accrescit —

3) arg. l. 20 §. 2 D. her. i. 28, 5 und l. un. §. 3 §. 4 C. cad. toll. 6, 51 — nisi conjunctus fuerat aggregatus — nisi conjunctus eos antecedat — cf. l. 41 pr. D. leg. II. l. 1 pr. D. usufr. accr. 7, 2.

ist und die Bedingung vor dem Erwerbe irgend einer Portion eintritt, oder daß er in die eine eingesetzt, in die andern substituiert, oder in alle substituiert ist, und der casus substitutionis wiederum vor dem Erwerbe irgend einer Portion eintritt) alle andere deserirte Portionen nicht mehr angetreten werden müssen oder können, sondern der einen die da angetreten wird „zuwachsen“⁴); 4. daß da, wo von mehreren derselben Person leßwillig zugedachten Portionen eine deserirt und erworben wird, während die Bedingung oder der Substitutionsfall in Ansehung der übrigen schwiebt, diese letzteren, sobald ihre Bedingung oder der Substitutionsfall eintritt, nicht erst deserirt werden, sondern der erworbenen Portion „zuwachsen“⁵); daß endlich 5. die den testamentarischen und den gesetzlichen Miterben deserirten, von diesen aber ausgeschlagenen oder ausgelassenen (§. 388) und weder durch Transmission noch successiva Delation vererbten, den Delaten auch nicht wegen Indignität entzogenen Portionen den mit Erfolg deserirten, d. i. erworbenen Portionen „zuwachsen“⁶), es sei nun daß der Er-

4) so allgemein in l. 6 C. de impub. et aliis subst. 6, 26, ohne Unterschied ob der institutus vor oder nach dem Anfall der Substitutionsportion angetreten hat. l. 42 D. vulg. 28, 6 — duae hereditates substituto deferuntur — l. 41 pr. eod., vielleicht auch l. 76 pr. D. a. v. o. h. 29, 2 — nihil interest etc. — Fragen kann man, ob hier die mehreren Portionen nicht schon vor dem Autritt und ohne Accrescenz vereinigt sind; allein da die verschiedenen Delationsgründe für die verschiedenen Portionen fortduern, wird auch die Fortdauer der Gleichheit, und wenigstens die Möglichkeit, daß anstatt aus allen Delationsgründen zumal aus einem angetreten und also Accrescenz bewirkt werde, zugegeben werden müssen. Vgl. übrigens auch noch l. 80 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2.

5) l. 26 §. 1 D. cond. et dem. 35, 1 l. 6 C. de impub. et al. 6, 26 l. 35 pr. D. a. v. o. h. 29, 2 cf l. 80 §. 1 l. 76 pr. eod. (wosebst nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione —). Möglicherweise kommt es sofort, d. i. noch vor dem Entcheid der Bedingung mit dem Erwerb der einen Portion zur Accrescenz der bedingt zugedachten anderen. (l. 52 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2 Qui ex parte heres institutus est pure, ex parte sub conditione, solus etc., vorausgesetzt daß zu der bedingt hinterlassenen Portion kein Anderer substituiert ist: l. 27 pr. D. h. i. 28, 5 l. 6 pr. in f. D. b. p. 37, 1.

6) l. un. §. 10 C. ead. toll. 6, 51 l. 53 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2 vgl. l. 38 eod. und die Modifikation, welche Abstinenz des miterbenden suus ac nec. heres für den Miterben mit sich bringt. Vgl. hier unten Pro. 7 u. oben §. 388 S. 155 Allm. 1.

werb dieser letzteren noch vor oder erst nach dem Ausfall der anderen stattfindet^{7).}

Gewöhnlich schränkt man aber das Wort und den Begriff der Accrescenz von Erbportionen auf die von Mitberufenen ein⁸⁾, denkt also die oben sub 1, 3, 4 enthaltenen Fälle alle außerhalb der Accrescenz; Manche wollen überdies von einer Accrescenz an noch nicht definierte Portionen nichts wissen, und schließen hiemit auch die Fälle sub 2 von derselben aus⁹⁾; endlich drücken sich Manche so aus, als ob es eine Accrescenz nur an bereits erworbene Portionen gebe¹⁰⁾, so daß dann selbst die Fälle sub 5 nicht schlechthin Accrescenzfälle wären. Von allen diesen Einschränkungen scheint aber keine stichhaltig¹¹⁾;

7) Wenigstens indifferent auf diesem Punkte sind die hiefür von Windscheid §. 603 Anm. 6 cirt. I. 17 §. 1 I. 63 I. 66 D. h. i. 28, 5. Vgl. m. 1te Aufl. S. 825 unten — Witte, Rechtsl. Bd. 1 S. 271 unten, Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Com. Bd. 43 S. 247 . . . — und hier oben Anm. 4.

8) Vgl. Windscheid §. 603 Anm. 6 a. E.: „Am weitesten geht Brinz (Pand. 1te Aufl. S. 825), welcher für den Begriff der Anwachung das Moment der Mitberufung ganz aufgibt“ — und s. z. B. Vering, r. Erbr. S. 503, wo die Anwachung von Portionen derselben Person mit dem „Accrescenzrechte“ nur verglichen wird.

9) So wollen Witte a. a. D. S. 271. Vangerow §. 603 Anm. ab init. in diesen Fällen keine „eigentliche“ Anwachung, oder nur etwas derselben „ähnliches“ erblicken, während Mühlensbruch die Vereinigung der pro non scripto erachteten Portion mit den übrigen Portionen als dem Anwachungsrecht bereits als „mindestens sehr nahe verwandt“ und die Fälle der ehemaligen Quasicaducität vollends als eigentliches Anwachungsrecht bezeichnet und vertritt (a. a. D. S. 245 fgg.).

10) So nicht blos Gans, Erbr. in weltg. Bedeutung, S. 424 (vgl. Witte S. 271 Anm. 10) sondern z. B. auch Puchta, P. §. 505. Arndts, P. §. 518 vgl. §. 517, — während z. B. Seuffert, prakt. Pandr. §. 593. Keller, Pand.-Vorl. § 486. Wächter, P. §. 301. Baron, P. §. 423. Lewes, Synt. d. Erbr. II. 58 dieses Erforderniß wenigstens nicht ausdrücklich aufstellen, hingegen Witte S. 271 zu Anm. 10. Mühlensbruch a. a. D. S. 247 unten. Windscheid §. 603 zu Anm. 6, u. die A. 6 cirt. Nutt. dasselbe ausdrücklich verwerfen. In I. 26 §. 1 in f. D. cond. et dem. 35, 1 bedeutet das si tamen hereditas adita fuerit kein Erforderniß für die Accrescenz, sondern eines für den Erwerb zu Gunsten der Erben des Delaten.

11) Mehrentheils werden sie ohne Angabe des Grundes aufgestellt; z. B. Mühlensbruch S. 245 bezüglich der Ausweitung der sub 1 genannten Fälle; bezüglich anderer Einschränkungen die Anm. 9 und 10 cirtten Autoren. „Keinen genügenden Rechtfertigungsgrund“ findet auch Mühlensbruch S. 246 unten u. sg. für die Nicht-„Accrescenz“ der ehemals quasifadutiven Portionen, während er der Nicht-„Accrescenz“ der pro non scripto

jedenfalls ereignet sich in allen sub 1—5 aufgeführten Fällen ein „accrescere“, und gibt es etwelche für sie sämtlich gemeinsame Sätze. In allen nämlich ist es

1. eine gewisse Nothlage, aus welcher die Vereinigung der Portionen entspringt: bald der Umstand, daß sonst die Erbsfolge entweder keine Universalsuccession, oder aber der Erblässer pro parte testatus, pro parte intestatus (§. 372 Anm. 11) verstorben wäre (wie in den Fällen sub 1, 2, 5), bald der, daß es sonst dem Delaten frei stünde, zu gleicher Zeit die Ehre der Erbschaft anzunehmen und auszuschlagen (wie sub 3 u. 4)¹²⁾. Wo dieser Nothlage vorgebeugt ist (wie ihr durch den Erblässer sub 2, 5, zum Theil auch sub 3, 4 in Gestalt der Substitution, durch das Gesetz in Gestalt der Transmission, successio ordinum et graduum und Vindikation sub 5 und zum Theil sub 3 u. 4 vorgebeugt sein kann, insonderheit durch die dem jus antiquum derogirenden Singulargesetze in Gestalt der Caducität und Quasicaducität (sub 2 u. 5) vorgebeugt war, und wie derselben endlich auf Grund des jus militare entgegen dem nemo pro parte etc. vorgebeugt werden konnte¹³⁾), kommt es auch zu keiner Accrescenz¹⁴⁾.

2. Der Nothlage, aus der die Vereinigung der Portionen entspringt, entspricht die Nothwendigkeit, mit der dieselbe gleichmäßig in allen sub 1—5 enthaltenen Fällen platzgreift¹⁵⁾.

erachteten Portionen aus dem Grunde, daß sie bezüglich der darauf gelegten Lasten anders behandelt würden, als sonst ausfallende Portionen, zumeist §. 245. Hiegegen j. aber Windscheid §. 603 Anm. 6.

12) — cum sit absurdum ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere (l. unic. §. 10 C. ead. toll. 6. 51).

13) l. 37 D. test. milit. 29, 1 — nisi haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem — während in dem Falle der l. 3 C. eod. 6. 21 Accrescenz präsumirt wird.

14) Gewöhnlich leitet man die Accrescenz der Erbportion aus einer Solidarität der Berufungen her. Statt aller Anderen j. Windscheid §. 603 ab init. §. 604 ab init. und neuestens wieder Baron P. §. 425 II. Anderer j. B. Puchta, V. §. 505, Kudorff, Letzter, I. Reich. R. W. 266 6. §. 400 Abi. 2 §. 398 Abi. 2; füllschweigend j. B. Windisch P. §. 519, Schaffert, pralt. Bdr. §. 593. Gegen jene Herleitung §. 139 hier oben, und §. 176 Anm. 37 unten.

15) sie erfolgt juris potestate sub 1: l. 13 §. 2 D. h. i. 28, 5; — invito accrescit in den Fällen sub 3 u. 4: l. 35 pr. D. a. v. o. h. 29,

3. In allen diesen Fällen vereinigt sich Portion mit Portion, und nur folgeweise mit der Person. Dieser Grundzäh (portio portioni accrescit, non personae)¹⁶⁾ erhellt daraus, daß die Vereinigung stattfindet, bei wem immer die Portion, an welche accresciren soll, sich befindet: ob bei dem ursprünglichen Erwerber, oder bei seinem Erben¹⁷⁾, oder wie wir schließen müssen, beim Transmissar, oder beim Universalfideikommisar, oder beim Erbschaftskäufer. Daß namentlich auch dann, wenn die Bedingung der Portioneneinigung erst nach der Restitution der Erbschaft an den Universalfideikommisar, oder nach ihrer Extraktion an den Erbschaftskäufer stattfindet, Accrescenz platzgreife, ist sicher; fraglicher ist, bei wem hier, wo die Portion, an welche accresciren soll, in gewissem Sinne sowohl bei dem Fiduciar und dem Erbschaftsverkäufer als beim Fideikommisfar und Erbschaftskäufer ist — die Accrescenz platzgreife. Man wird aber annehmen müssen, daß dem Fideikommisfar die accrescirende Portion so tatsächlich zukommen müsse, wie er die restituerte Portion hat, und daß sie ihm ohne weiteres zukomme¹⁸⁾; daß dagegen der Käufer nur wo dies in der Ab-

2 l. 6 C. impub. subst. 6, 26; — nolentibus ipso jure accrescit sub 2 u. 5: l. unic. 10 C. cad. toll. 6, 51 l. 2 §. 8 D. b. p. s. t. 37, 11 l. 31 D. a. v. o. h. 29, 2: — licet ignoret — l. 53 §. 1 eod.: — deficitum partes etiam invitus excipit . . invito accrescit —

16) Bartolus, ad l. 83 D. a. v. o. h. 29, 2 (vgl. Marezoli an dem Ann. 18 a. D. S. 379).

17) l. 26 §. 1 D. dem. 35, 1 l. 9 D. suis et legit. 38, 16 l. unic. §. 10 C. eaduc. toll. 6, 51. Hierin der Unterschied zwischen gegenseitiger Substitution der Miterben und Accrescenz (§. 373 Ann. 20). Die Accrescenz „bei seinem Erben“ ist ohne vorgängigen Erwerb (oder doch Transmission) des Delaten nicht denkbar: l. 26 §. 1 in f. cit. — si tamen hereditas adita fuerit. Vgl. oben Ann. 10 a. E.

18) „ne scilicet plus habeat fideicommissarius, quam testator eum habere voluit“ ist der Grund, aus welchem Cujacius obs. lib. XII c. 12 dem die Späteren und auch noch Glück, Comm. Bd. 16 S. 341 folgen (vgl. darüber und dagegen Thering, Abhh. S. 11 Ann. 2), sich für das Gegenteil entscheidet. Indessen sind die Quellen nur darüber wie die accrescirende Portion an den Fideikommisfar gelange, ob nova restitutione, oder ohne dies — unentschieden; daß sie ihm zukomme, steht außer Frage; auch jene Frage wird (von Papinian) bloß aufgeworfen (l. 43 D. ad SC. Treb. 36, 1); Ulpian läßt ohne weiteres an den Fideikommisfar accresciren, als an den der die Erbschaft „hat“ (nihil ei (heredi) debere accrescere, quia rem non habere videtur): l. 83 D. a. v. o. h. 29, 2. So denn auch die Glossen und von Neiteren namentlich Papillonius (de jure acer. in Otto,

sicht des Geschäftes lag, die accrescirende Portion mitgekauft, und daß er dann auch nur einen förderungsmäßigen Anspruch auf dieselbe habe¹⁹⁾). — Hiernach erklärt und rechtfertigt es sich auch, daß die Accrescenz stattfinden könne ohne daß die Portion, an welche accresciren soll, schon irgendwem gehört, d. h. bevor sie erworben ist (Anm. 10. 11).

4. Die einer Erbportion auferlegten Lasten sind jure antiquo nicht der Portion, sondern der zu dieser Portion berufenen Person auferlegt, gehen also auf den Substituten nur vermöge voluntatis repetitio²⁰⁾, bei der Accrescenz aber, die dem Willen des Erblässers entzogen ist, gar nicht über²¹⁾. Daß caduca cum suo onere fiunt²²⁾, geschieht eben nicht jure antiquo. Ein Beleg dafür, daß die Accrescenz der Erbportionen

thes. IV, 782), wogegen Marezoli (über den Anspruch des Fideikomissars auf das Accrescirende, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. VI S. 341—354 wieder wie Cujacius) auf den Willen des Erblässes zurückgeht, diesen aber (im Gegensatz zu Cujacius) im Zweifel zu Gunsten des Fideikommisssars ausgelegt haben will (S. 365 II.) (S. auch Baumüller, d. Anwaltungsr. unter Mitterben, 1829 S. 121, Mühlensbruch, Fort. d. Gl. Comm. Bd. 43 S. 359 unten. Vang. §. 494 Ann. 5. Puchta, P. §. 556, h. Arndts, P. §. 583 p.). Indessen kann ein Ereigniß, das juris potestas plazgreift, wie die Accrescenz, nicht zugleich vom Willen des Erblässers abhängen; der kann der Accrescenz an den Fideikommisssar nicht vorbeugen. Will er gleichwohl, daß eine etwa accrescirende Portion dem Fiduciari zufomme, so muß er das durch vermächtnisweise Belastung des Fideikommisssars bewirken; keinen anderen Sinn als den eines solchen Vermächtnisses könnte der Vorbehalt haben, den er accrescenzhalber zu Gunsten des Fiduciars macht.

19) vgl. Mühlensbruch a. a. D. S. 348 ff. Vangerow a. a. D. Ann. 6. Ueber letzteres herrscht ziemlich Uebereinstimmung; wogegen in Betreff der erstenen Frage Viele der Ansicht sind, daß dem Käufer der Anspruch auf die accrescirende Portion stets zustehe (z. B. Vangerow, und unter den bei ihm Agff. namentlich Thering a. a. D.). Indessen ist schwer einzusehen, weshalb derjenige, der einen Theil verkauft, damit stets noch etwas anderes verkauft haben wolle, und eine juris potestas, die diesen Willen erjezt, gibt es hier nicht; l. 2 §. 1 D. de hered. v. act. vend. 18, 4 geht, was ihren besonderen Inhalt anlangt, auf unseren Fall allerdings nicht; aber daß in diesem das si quod actum (vgl. l. 34 D. r. j. 50, 17) nicht gelten solle, leuchtet nicht ein (vgl. Baumüller, a. a. D. S. 121. Seuffert, prakt. Pdr. §. 584. Mayer, Erb. §. 129 N. 6).

20) arg. l. 74 D. leg. I.

21) s. noch Julian in der l. 61 §. 1 D. leg. I. — portionem ejus ad coheredem sine onere pertinere —

22) Ulp. XVII, 3.

ursprünglich lastenfrei erfolgt, liegt in der Art und Weise wie das Gegentheil aufkommt. Denn erst nachdem durch ein Rescript des K. Severus verordnet war, daß die dem institutus auferlegten Vermächtnisse auch dem Substituten obliegen²³⁾, indem sie als stillschweigend repetirt zu betrachten seien²⁴⁾, kam man zur Ueberwälzung der Lasten auch durch Accrescenz, jedoch nicht ohne die ficticische Verwandlung der Accrescenz in eine Quasi substitution²⁵⁾. Wie bei der Substitution (Anm. 24) mochte der Uebergang der Lasten auch bei dieser Quasi substitution nur als eine Präsumtion gesetzt werden. Galt eine Erbportion oder ein Vermächtniß pro non scripto, so war es „natürliche Folgerung“²⁶⁾, daß die der Erbportion oder dem Vermächtniß auferlegte Last unterging²⁷⁾; und „Wohlwollen“, wenn sie „in sehr seltenen Fällen“ aufrecht gehalten wurde²⁸⁾; denn in natürlicher Folge galt auch das auf die Zuwendung gelegte onus pro non scripto, wenn die Zuwendung

23) I. 61 §. 1 D. leg. II.

24) I. 74 D. leg. I — was Ulpian freilich sofort auf eine Präsumtion reduziert: Si non fuerit evidens diversa voluntas — mit Beispielen. Eine Präsumtion der repetitio mag lange vor dem f. Rescripte aufgestellt worden sein, z. B. von Celsus da wo nicht nominativ ab instituto vermachte war: I. 29 §. 1 D. leg. II. Vgl. Arndts, Forts. d. Glückschen Comm. Bd. 47 S. 266 zu I. 14 pr. D. iure cod. 29, 7 und S. 267. Fein, ebend. Bd. 44 S. 268 Anm. 1.

25) Ulpian in I. 61 §. 1 cit. — post rescriptum ... et hic quasi a substituto cum suo onere consequetur ad crescentem portionem.

26) I. unic. § 3 in f. C. cad. toll. 6, 51 — naturali ratione subnixum —

27) arg. I. 5 in f. D. de his quae pro non scr. 34, 8 — quamvis pro non scripto esset; das pro non scripto ist sonst allgemein, gleichviel ob eine Erbportion oder ein Vermächtniß davon betroffen wird, der Grund, daß das onus nicht übergeht, vgl. die Anm. 28 eitt. II.

28) Die antiqua benevolentia und die naturalis ratio, welche in I. unica §. 3 cit. miteinander erwähnt werden, sind nicht als Doppelgrund für dieselbe Wirkung, sondern als zweierlei Gründe für zweierlei Wirkungen zu betrachten: naturalis ratio als Grund für den Untergang der Lasten, benevolentia als Grund für deren „perraro“ eintretende Aufrechthaltung, vgl. I. un. cit. §. 9 in f. Als solche seltene Fälle erscheinen der, da das onus in einer libertas fideicomissa besteht (I. 26 §. 6 D. file lib. 40, 5) und der da es vom Testator einem contra SC. Libonianum „sibi adscriptum“ auferlegt ist (I. 5 D. his quae pro n. scr. 34, 8 I. 14 §. 2 D. leg. Corn. de fals. 48, 10). Wahrscheinlich sind das die Fälle die Justinian I. unica §. 9 in f. cit. „in novi juris compositione“ speziell auszuführen befohlen.

selbst pro non scripto galt²⁹). — Die Vorstellung, daß die Last mit der Portion (nicht mit der Person und durch repetita voluntas) zusammenhänge und übergehe, findet erst in der 1. unica C. ead. toll. 6, 51 ihren Anhalt³⁰), und seit dieser lex sowohl in Ansehung der Substitution als der Accrescenz auch ihre Geltung³¹). — Das Caducitätsrecht ist aufgehoben, aber der Lastenübergang (Anm. 22) aus demselben in das restaurirte jus antiquum herübergenommen³²). Motivirt wird dieses mit der Untrennbarkeit von commodum und incommodum (Anm. 31); ausgenommen aber der Fall, wo die Last nach ihrer Fassung und Art auf die Person des Onerixten zugeschnitten³³), oder aber auf ein pro non scripto zu erachtendes und dem Onerixten verbleibendes Vermächtniß gelegt ist³⁴).

29) Unterst gend l. 14 pr. D. jure codicill. 29, 7 — quod post obitum heredis codicillis legatum .. nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est — und dazu Donellus comm. VIII, 29 §. 6. & ein, a. a. D. S. 263—270 und bes. S. 266 Anm. 96. Witte, Rechtsl. VII S. 302 zu Note 136. Freilich will Arndts, a. a. D. S. 273, diejes Argument damit entkräften, daß das Legat nicht, weil es nichtig auferlegt, sondern weil es „in einem bez. des Substituten nicht best ttigten Codicill auferlegt war“, von Scaevola für nichtig erklärt sei (l. 14 pr. in f.). Umgekehrt entstund die ganze Frage nur darum, weil der Codicill confirmirt war.

30) §. 4 cit.: — onus ei (lucro) annexum — §. 9 — hoc cum suis oneribus . . . pervenire — §. 10 — hoc quod fuerit quoquo modo evacuatum . . . aliis coheredibus cum suo gravamine . . . acquiratur —

31) für die Fälle der ehemaligen Quasicaducitatem in §. 4 cit.: — omnes personas quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen quod ab initio fuerat complexum, omnimodo sentire; für die im Texte sub 3 u. 4 aufgeführten Fälle in §. 7 u. 8 cit.; für die sub 5 in §. 10; und überhaupt §. 9: omni quidem modo in his quae in causa caduci vel caduca ... siebant. —

32) Rudorff, über die cad. vindicatio, Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 6 S. 425 unten.

33) §. 9 cit. — Sin vero talis est verborum conceptio et facti natura ut quod relictum est, ab alio impleri non possit, tunc etsi lucrum ad aliquem pervenerit, non tamen et gravamen sequi... quid enim si testator jusserit in certum locum abire, vel liberalibus studiis imbui, vel domum suis manibus extruere, vel pingere, vel uxorem ducere. Nach der Natur der Auflage können nur solche ausgenommen sein, welche in faciendo bestehen (Sin autem in faciendo etc.). Ob aber nicht nach der verborum conceptio alle Auflagen, sowohl die in dando als in faciendo ausgenommen sein können? vgl. oben Anm. 24 und Rüdorff, Zeitschr. f. g. RW. Bd. 6 S. 425 unten: „sofern nur der Wille des Testators nicht entgegen ist“.

34) l. un. §. 3 cit.

Also geht bei der Accrescenz von Erbportionen die dem Theilerben auferlegte Last, wenn sie nur keine persönliche im Sinne der l. unica §. 9 ist, überall, insonderheit auch da wo die accrescirende Portion pro non scripto gilt, auf den Erwerber über³⁵⁾, und besteht diese Zuthat zur Accrescenz in allen von uns der Accrescenz zugewiesenen Fällen, ausgenommen diejenigen, wo von einer der ledigen Portion auferlegten Last keine Rede sein kann (sub 1).

5. Was insonderheit die Accrescenz unter Miterben anlangt, so geschieht dieselbe weder bei der testamentarischen, noch bei der gesetzlichen Erbsfolge überall an alle nicht vakante Portionen; vielmehr können einige Portionen hier als Portionen desselben Stammes oder derselben Linie, dort als Portionen „verbundener“ Erben in engerer Verbindung untereinander, als zu den übrigen Portionen stehen; diese werden dann, wenn eine von ihnen vakant wird, von den näherstehenden mit Ausschluß der übrigen angezogen, während, wenn eine von den „getrennten“ Portionen frei wird, die Accrescenz an alle stattfindet, sowohl an die verbundenen als an die unverbundenen³⁶⁾. Testamentarisch „verbunden“ (conjuncti) sind diejenigen aus

35) Daß die in l. unic. §. 3 cit. beibehaltene Ausnahme nur von pro non scripto zu erachtenden, überdies beim Erben verbleibenden (weder an Substituten noch Collegatare gelangenden) Verhältnissen gemeint sei, ist die zuerst von Francke, Beiträge S. 421 fgg. aufgestellte, von Rndts, Forts. z. Gl. Comm. Bd. 47 S. 271 fgg. unterstützte, und von Windscheid §. 603 Anm. 12 angenommene Ansicht, während man früher die Ausnahme auch von pro non scripto zu erachtenden Erbportionen verstand; diese ältere Ansicht wird gegen Francke festgehalten von Schneider (das alt. civ. u. Juist. Anwachungsr. S. 253 fgg.) Mühlenbruch, Forts. v. Gl. Comm. Bd. 33 S. 265, Bangierow S. 436 Anm. 3 V. Der Buchstabe der l. un. §. 3, die Allgemeinheit, in welcher der Übergang der Lasten auf Miterben in §. 10 eod. ausgesprochen ist: — si quidem coheredes sunt . . . hoc quod fuerit quoquo modo evacuum . . . aliis coheredibus . . . cum suo gravamine . . . accrescat —, endlich der Umstand, daß sich die Ausnahme in der engeren Fassung (da der Erbe nichts erst erwirbt) rechtfertigen läßt, während sie in der weiteren einen unerklärlichen Verstoß gegen die gleichzeitig zum Prinzip erhobene communio lucri et damni enthält — ist entscheidend für die Franckesche Ansicht.

36) l. unic. §. 10 C. cad. toll. 6, 51 bezüglich testamentarischer Erbsfolge; desgl. l. 63 l. 59 §. 3 l. 66 l. 17 §. 1 D. h. i. 28, 5; bezüglich der Intestaterbf. s. l. 12 pr. D. b. p. c. t. 37, 4 l. 5 §. 2 D. si tab. test. 38, 6.

mehreren Erben, denen eine und dieselbe Portion in solidum zugedacht ist und welche demnach, wenn sie sämtlich anträten, concursu auf Theile beschränkt würden³⁷⁾). Sie stehen im Gegensätze zu denen, von welchem jeder auf einen anderen Theil (disjunctim) eingesetzt oder substituirt ist (l. un. §. 10).

Darnach versteht sich, daß die sprachliche Verbindung blos der Person etwelcher Eingesetzten oder Substituten diese nicht auch schon zu conjuncti der hier erforderlichen Art³⁸⁾ mache; denn eine blos sprachliche Verbindung der Personen ist da möglich, wo Jeder einen anderen Theil haben soll, die Konjunction also keine Theilgemeinschaft, sondern eine bloße Abkürzung der Rede bezweckt³⁹⁾. Hinwider kann die sprachliche

37) l. 80 D. leg. III. Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Vgl. l. 141 §. 1 D. r. j. Nach Ansicht derer, welche in jeder Erbeinsetzung, auch in der theilweisen, eine Beurufung ins Ganze erblicken, kommt es so zu einer schwer denkbaren Steigerung der Solidarität, indem conjuncti, welche auch ohne Conjunction in solidum berufen wären, nun noch solidarischer verbunden sein sollen, als sie es schon ohne Conjunction wären. Um dieser Schwierigkeit willen läugnete Thibaut, der auch alle Miterben an sich jeden für auf das Ganze berufen hielt, den Vorzug der blos re conjuncti; seien sie ja doch ohne conjunctio schon re conjuncti (Arch. f. civ. P. über die bei dem Anw. r. der Miterben stattf. Vorzugsrechte S. 410 sq.) Aber Wangerow §. 496 Anm. 3 a. a. O. hält es für ganz begreiflich, daß zu der generellen noch eine „speziellere re conjunctio“ hinzukomme; thatächlich auch Witte, Rechtsl. VII. S. 298. Windsche id. §. 604, 1. „Aber auch die im L. Eingesetzten sc.“

38) Weithin heißen auch die blos sprachlich Verbündeten conjuncti, scil. verbis conjuncti; z. B. l. 142 D. v. s. 50, 16 l. 89 D. leg. III., wogegen z. B. in l. 66 l. 13 pr. D. h. i 28, 5 die blos sprachlich Verbündeten von den conjuncti ausgeschlossen sind.

39) l. 66 D. h. i. 28, 5 — quamvis „et“ syllaba conjunctionem faciat . . . non tam conjunxisse quam celerius dixisse videtur. Rudorff (über die caduc. vind. in Zeitschr. f. gesch. R. Bd. 6 1828 S. 399 u. sg.) stimmt hiemit sowie mit dem folgenden Texte in Ansehung des jus antiquum überein, ist dagegen, was das jus novum anbelangt, anderer Ansicht. Unter dem „collegatarius conjunctus“, welcher ipsa lege Papia ein vor den übrigen patres bevorzugtes Windifikationsrecht an dem kaduften Legate gehabt habe (Gaj. 2. 207), sei nur ein re et verbis oder ein blos verbis verbundener Legatari verstanden worden (l. 89 D. leg. III), eben so sei der coheres conjunctus ausgelegt (S. 418) und mit dieser Bedeutung in die l. unica C. cad. toll. herübergenommen worden (arg. l. 142 D. v. s. 50, 16 cf. l. 20 §. 2 l. 17 §. 1 D. h. i. 28, 5 S. 419 fgg.). Ähnlich Witte, Rechtsl. VII. S. 312; mit gleichem Resultat ohne Geschichte Thibaut, Arch. f. civ. P. Bd. 7 1824 S. 408 fgg. Mayer, Anw. r. S. 225 sg. 1835. Allein Justinian hat in l. un. cit. das jus antiquum re-

Verbindung der Personen nicht blos ausdrücklich mit einer Theilverbindung zusammentreffen⁴⁰⁾, sondern auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf einen Theil eine Theilgemeinschaft begründen wollen und auch wirklich begründen re et verbis conjuncti⁴¹⁾. Umgekehrt kann eine Theilgemeinschaft ohne (sprachliche) Konjunktion der Personen begründet werden⁴²⁾. Für den Vorzug in der aducorum vindicatio schien die (nur in Worten mögliche) Gemeinschaftlichkeit der Berufung so genügend wie nothwendig; der Vorzug in der Accrescenz fordert wie diese selbst eine innere Nöthigung, und darum Realkonjunktion⁴³⁾.

staurirt, und daß er wenigstens die Konjunktion der Erben nicht papisch ausgelegt haben wollte, durch Aufnahme einerseits von l. 66 cit., anderseits gerade von l. 142 in fin. cit. und l. 15 D. h. i. 28, 5 (Anm. 42. 43) bewiesen. Vgl. Bangerow §. 496 Anm. 3 III, B. 2.

40) l. 142 D. v. s. — *quos et nominum et rei complexus conjungit, veluti „T. et M. ex parte dimidia heredes sunt“* —

41) Sieher aus l. 142 cit. die Einsetzung „*Titius Maeviusque heredes sunt*“, wenn bei diesem Beispiel vorausgesetzt ist, daß ein Dritter mit Einsetzung etwa auf eine Hälfte hinzukommt; denn dann ist dem T. u. M. stillschweigend die andere Hälfte gemeinschaftlich zugedacht; so entschieden l. cit.; weiterhin ibid. in dem Fall: *Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunt, Sempronius ex parte dimidia heres esto, wo die beiden ersteren gemeinschaftlich in partem dimidiā kommen, und re (stillschweigend) et verbis (zwar articulis „et“, „que“, „cum“ detractis, wohl aber syntaktisch) conjuncti sind.* In l. 13 pr. D. h. i. 28, 5 „*Primus et fratris mei filii aequa heredes sunt*“ hindert nur das aequa, daß die Neffen nicht stillschweigend eine gemeinsame Hälfte statt der Virilportionen haben (qua scil. adjecione „aequa“ detracta semissem fratris filii, semissem Primus habet). In l. 17 §. 1 eod. würden die sine parte scripti auch theilverbunden sein, wenn sie nur verbis conjuncti wären; nur der bloße Umstand daß sie sine parte geschrieben sind, macht sie nicht theilverbunden: arg. §. 4 eod. „nam etsi etc.“; nur wenn der Eine As vertheilt ist, gelten die sine parte scripti schlechthin für theilverbunden zum andern As (§. 4 cit.). Vgl. §. 2 eod. l. 11 l. 63 eod. allgemein l. 59 §. 2 eod.

42) l. 142 cit. *Lucius T. ex parte dimidia heres esto; Sejus ex parte qua Lucium T. heredem institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto. Julianus dubitari posse, tres semisses facti sint . . sed . . verisimilius esse in eundem semissem duos conjunctos, et conjunctim heredes scriptos esse.* l. 15 pr. D. h. i. 18, 5. Vgl. hierzu Bangerow §. 496 Anm. 3 II. A. — und hier oben Anm. 39.

43) Justinian scheint in l. un. §. 10 cit. seine conjuncti freilich als re et verbis conjuncti zu denken (conjuncti . . propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti — Thibaut a. a. D.). Allein anderseits denkt er seine disjuncti als Erben, die ihren Anteil von dem der Miterben getrennt für sich haben (ut suum quidem habeant, alienum vero non soli appetant), was man doch von denen die auch nur re conjuncti sind, nicht sagen kann. Möglich daß Justinian die Fälle in Anm. 10 nicht

6. An mehrere Portionen accrescirt nach Proportion ihrer Größe^{44).}

7. Eine erworbenen Portion kann nur insoferne noch accresciren, als dem Erwerbe Abstinenz nachgefolgt ist. Hier tritt, trotzdem Abstinent den Namen Erbe behält, dagegen im Einklang mit der sonstigen Behandlung dieses blos nominellen Erben (§. 388 S. 155 fg.), die Vereinigung seiner Portion mit der des Miterben ein, ob dieser bereits angetreten hat oder nicht. Hat er noch nicht angetreten, so kann er schlechthin nur das Ganze erwerben oder ausschlagen^{45).} Allein was für den einen billig, ist für den Anderen gerecht. Hat er bereits angetreten, so soll er durch das Beneficium seines Miterben wenigstens nicht zu Schaden kommen; daßselbe Beneficium soll nunmehr auch ihm zustehen, wenn es ihm sonst (als einem Extraneus) gleich nicht zustände, oder wenn er es als suus heres (wegen voraufgegangener Immixtion) sonst nicht mehr hätte, — freilich nur dahin, daß er das Ganze ablehne, oder Alles behalte. Doch steht ihm dieses Beneficium nur zu, soferne es zu seiner Erleichterung nothwendig ist; wenn sich die Gläubiger mit der einen, abgelehnten Portion begnügen wollen, ist es nicht nothwendig^{46).} — In integrum restitutio hat nicht denselben Erfolg wie die Abstinenz. Wie die Anomalie und die Rücksicht mit dem Geschädigten in der i. i. restitutio weiter greift, als in dem beneficium abstinenti, so geht bei jener auch die Rücksicht auf den Miterben weiter als bei diesem. Der Satz, daß der Miterbe alles oder nichts ha-

vor Augen hatte, möglich auch, daß er noch von papistischem Gemeinschaftsgedanken beherrscht von der unitas sermonis u. dem corpus der conjuncti sprach; letzterenfalls hätte er aber das Nothwendigkeitswesen der Accrescenz mit der Willkürlichkeit der caducorum vindicatio vernengt, und die Konsequenzen seines Grundgedankens in seiner novi juris compositio nicht gezogen.

44) l. unica §. 10 cit. — pro hereditaria parte — l. 13 §. 3 D. h. i. 28, 5 arg. l. 12 pr. D. b. p. c. t. 37, 4.

45) l. 38 D. a. v. o. h. 29, 2.

46) l. 55 l. 56 D. a. v. o. h. 29, 2. Vgl. Puchta, de accrescente portione ejus qui praetoris auxilio ab her. se abstinuit 1842 S. 558 hinwider Schmidt, v. Jsm., civ. Abhh. S. 63 fgg. Mühlensbruch, Forts. d. Gl. C. Bd. 43, S. 137 fg.

ben müsse, besteht bei der i. i. r. nicht; das Recht auf Trennung der Portionen liegt hier nicht bei den Gläubigern, sondern beim Miterben⁴⁷⁾; hat er das Ganze nur wenn er will, so kann man das kaum mehr Accrescenz nennen⁴⁸⁾.

3. Die Erbschaft als Erbschaftserwerb.

a. Die Erbschaftsarten.

§. 392.

Einleitung.

Obwohl das neueste römische Erbrecht aus Elementen des praetorischen wie des civilen Erbrechtes zusammengesetzt und mit Zuthaten des Kaiserrechts in ein einiges, über die alten Unterschiede von bonorum possessio und hereditas erhabenes Erbrecht verwandelt ist (§. 361 §. 362), so stehen doch in den Institutionen, Digesten und Codex bonorum possessio und hereditas und damit die denselben entsprechenden Erwerbsarten (b. p. agnitio — ipso jure Erwerb, hereditatis aditio und pro herede gestio) noch nebeneinander da; und auch in den Novellen ist es zu keiner ausdrücklichen Beseitigung oder Transformation dieser Gegensätze gekommen (§. 362 S. 25 fg.). Indessen ist bonorum possessio und die durch obrigkeitliche Mitwirkung ausgezeichnete Agnoscirung derselben wenigstens unter uns zur Antiquität geworden (§. 362 a. E. und Anm. 4), und zum Erwerbe der neurechtlichen Erbschaft führen allein die alt-civilen Erwerbsarten. Daß trotz des Umschwunges im Hauss-güterrechte der Unterschied eines von selbst und nothwendig eintretenden Erwerbes von dem freiwilligen Erwerbe stehen geblieben, ist schon oben (§. 365 S. 44) bemerkt worden. Daß der freiwillige Erwerb nach Art der b. p. agnitio durch Erklärung vor Gericht zu erfolgen habe, ist partikularrechtlich

47) I. 61 D. a. v. o. h. 29, 2 I. 98 in f. eod. (wo abstinere per Principem = i. i. r.) — et maluisset integra hereditaria onera subire.

48) Vgl. Windscheid §. 603 Anm. 9. Wagnerow §. 494 Anm. 7 b.

gefördert, gemeinrechtlich nicht durchgesetzt worden (§. 387 Anm. 6 a. E.); nur zu provisorischem Erbschaftserwerb ist, im Nachgange zur b. p. decretalis, obrigkeitliche, und zwar entscheidende, Mitwirkung nothwendig geblieben (§. 395). Die Beschränkung, welche dem Erwerbe der Erbschaften durch die Vorschrift gerichtlicher Testamentseröffnung¹⁾ erwachsen war, ist noch im römischen Rechte selbst aufgehoben worden (§. 389 Anm. 17); auch nach heutigem gemeinen Rechte ist gerichtliche Testamentseröffnung keine Bedingung für die Wirksamkeit des Testamtes²⁾. Wird die gerichtliche Testamentseröffnung gleich nur als „kein (gemeinrechtlich) allgemein nothwendiges Erforderniß“ hingestellt³⁾, darnach eine Reihe von Fällen aufgeführt, in denen sie auch heute noch „erfolge“⁴⁾, während sonst außergerichtliche Eröffnung „genüge“, überdies Art und Weise der gerichtlichen Eröffnung bestimmt⁵⁾, so wird doch die Unterlassung oder Unmöglichkeit der gerichtlichen Eröffnung nirgends als ein Grund des Aufschubes der Delation, oder der Unwirksamkeit der Antretung behauptet⁶⁾.

Hier nach kommen nacheinander der nothwendige, der freiwillige, und der provisorische Erbschaftserwerb in Betracht.

§. 393.

Nothwendiger und von selbst eintretender Erwerb.

Dieser entspricht den nothwendigen Erben. Deren gibt es nur beim Tode von Mannspersonen. Und zwar sind in

1) s. darüber Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 43 S. 368 fgg. S. 371—375. D. testamenta quemadmodum aperiantur 29, 3 C. eod. 6, 32.

2) Windscheid §. 567. Unger, Verlassenschaftsabhl. S. 21. Bering, R. Erbr. S. 468 Anm. 5 a. E.

3) Mühlenbruch a. a. D. S. 375.

4) Anordnung des Testators — gerichtliches Testament — Antrag der Interessenten — Erneissen des Gerichts. (Mühlenbruch a. a. D. S. 375—377 nach W. Puchta, freiw. Gerichtsb. Arndts §. 504. Baron, P. §. 406.

5) s. denselben S. 377—381. Seuffert, prakt. Pdr. §. 552. Keller, Bd. §. 498.

6) Windscheid a. a. D. spricht denn auch nur von Fällen, in denen g. E. „gebräuchlich“ ist, — und Tewes, Syst. d. Erbr. II. S. 20 C. hat guten Grund zu bemerken; daß „diese Materie weniger dem Privatrecht, als der Lehre von den administrativen Funktionen der Gerichte angehöre.“

Ansehung der Erwerbsweise nicht blos die *sui heredes*¹⁾, sondern alle beim Tode des Erblässers in dessen väterlicher Gewalt gestandene Descendenten, für den Fall da sie gerufen werden, nothwendige Erben²⁾. Dieser von selbst und nothwendig eintretende Erwerb besteht, trotzdem sein Grund hinweggefallen ist, noch fort (§. 365 a. E.); noch immer werden dem verstorbenen Gewalthaber gegenüber jene Kinder in dem Augenblick, da den freiwilligen Erben erst „deserirt“ wird, sofort Erben. Dieser Unterschied zwischen nothwendigen und freiwilligen Erben ist aber im Laufe der Zeit nahezu ausgeglichen worden, indem einerseits mittelst des *beneficium abstinenti* dem nothwendigen Erben das Recht des freiwilligen³⁾,

1) d. h. die der väterlichen Gewalt beim Tode des pf. als nati oder *nascituri* unmittelbar unterstandenen, durch dessen Tod sofort oder mit ihrer Geburt *sui juris* gewordenen Descendenten: §. 2 J. her. qual. et diff. 2, 19. §. 8 J. h. q. a. i. 3. 1; sowie die beim Tode des pf. noch mittelbaren, aber noch vor Gröfzung der Intestaterbsfolge unmittelbar gewordenen Descendenten: Anm. 2 a. E.

2) Der eingezogene Enkel aus einem exhereditirten Sohn erwarb diesem von selbst und machte ihn zum *heres necessarius*: l. 6 §. 5 D. a. v. o. h. 29, 2 cf. §. 6 eod. l. 13 D. bon. libert. 38, 2. Konsequenter müssen wir annehmen, daß der Enkel auch ab *intestato*, wenn er nunmehr durch successive Delation nach seinem Vater gerufen werden sollte, von selbst und nothwendig erben würde. — Ein anderes ist es, daß Enkel, welche beim Tode des Großvaters dessen *sui heredes* noch nicht sind, es noch werden können: §. 7 §. 8 J. her. quae ab int. 3, 1 l. 8 pr. D. si tab. test. nullae 38, 6 vgl. 382 Anm. 8.

3) Im allgemeinen l. 89 D. leg. I. — *Praetor enim permittendo his qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, jus se in persona eorum tribuere quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuerint* — l. 20 §. 4 D. a. v. o. h. 29, 2 — *quum se filius abstinet, idem debet consequi jure Praetorio, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit* — l. 12 pr. D. interr. in jure 11, 1 — *quia hunc qui abstinuit Praetor non habet heredis loco*; l. 57 pr. D. a. v. o. h. 29, 2 .. ut quamvis creditoribus jure civili teneantur, tamen in eos actio non dabitur — l. 87 §. 1 eod. — *oneribus hereditariis esse liberandos*. l. 89 eod. — *succurrendum est et fidejussoribus* — l. 87 §. 1 cit. — *confusas actiones restitu oportet*. l. ult. D. dot. coll. 37, 7 — *non compelli eam (ad dotis collationem)* —, *hinvider actiones hereditarias . . . denegaturum se ei quae abstinuerat* — l. 99 D. a. v. o. h. 29, 2. Gröfzung der Substitution und der *successiven Delation* überhaupt: §. 373 a. E. §. 388 S. 155 §. 390 I. a. E. — der Accrescenz (mit Modifizierung) §. 388 S. 155 fg. §. 391 S. 178, 7. Überhaupt Mühlensbruch, Fortf. d. Gl. Comm. Bd. 42 §. 1489. — Als wesenhaft erscheint das Erbesein des abstinentirenden Erben vielleicht einzig darin, daß er

anderseits durch die Transmissionen dem freiwilligen das Recht des nothwendigen Erben zuertheilt ist ⁴⁾.

Die Abstinenz ist Enthaltung von jeder Einmischung in die Erbschaft, dann aber auch ausdrückliche Ablehnung derselben ⁵⁾; obrigkeitlicher Mitwirkung bedarf sie nicht ⁶⁾. Die Einmischung besteht in der Bethätigung des Entschlusses die Erbschaft haben zu wollen ⁷⁾, dann aber auch in der ausdrücklichen Erklärung desselben ⁸⁾; ihr gleich steht ein Gebahren, bei dem man, ohne den Willen Erbe zu sein, die Erbschaft an sich zieht ⁹⁾. Durch Einmischung verwirkt das beneficium abstinendi ¹⁰⁾ und wird der nominelle Erbe zum wirklichen Erben ¹¹⁾. Aber Unmündige können auch nach der Einmischung

einen Pupillarsubstituten haben kann (S. 90 Abs. 1). Begräbnis- und Patronatsrecht, so wie injuriarum actio zur Sühne für den Vater haben sie nicht als Erben (l. 6 pr. D. relig. 11, 7 l. 9 pr. D. jure patron. 37, 14 l. 17 §. 22 D. inj. 47, 10. Windscheid §. 595 Anm. 8). Das ihnen auferlegte Freiheits-Vermächtniß bleibt gültig, allein nur tritt des SC. als eines von denjenigen Freiheitsvermächtnissen welche aufrecht erhalten werden, si quis sine herede decesserit l. 30 §. 10 cf. 9 arg. §. 10. Vgl. auch l. 22 §. 2 eod. l. 32 D. manum. test. 40, 4. Dagegen Windscheid a. a. D. Anm. 10 u. 13. Bona fide getroffene Verfügungen desselben werden aufrecht erhalten. (Windsch. a. a. D. Anm. 12: l. 6 §. 1 §. 2 D. reb. auct. jud. 42, 5 l. 44 D. a. v. o. h. 29, 2 l. 90 D. solut. 46, 3 l. 44 D. r. j. 42, 1 l. 24 D. quae in fraud. cred. 42, 8); allein das sind vor der Abstinenz getroffene Verfügungen. Vgl. hierzu unten Anm. 16.

4) Kommt die transmissio justiniane a auch dem Nichtwissenden zu stattten (§. 389, 5), so bedeutet sie eine ganz allgemeine Vererbung des freiwilligen Erbrechts, und unterscheidet sich von der des nothwendigen nurmehr durch die Transmissionstfrist. Ist diese Frist unbenutzt verstrichen, so kann unter Umständen noch die Theod. Transmission (§. 389, 3) helfen, oder die Vererbung durch Vaterrecht erzeugt sein (§. 389 2, 4).

5) l. 12 D. a. v. o. h. 29, 2 — qui se non miscuerit hereditati . . ; quorum pater constituerat non agnoscere hereditatem — l. 21 D. auct. tut. 26, 8 „abstineo pupillum“

6) l. 12 cit. — non esse necesse Praetorem adire —

7) in einem pro herede gerere: arg. l. 20 §. 1 l. 87 pr. D. a. v. o. h. 29, 2.

8) l. 12 pr. D. interrog. 11, 1 Si . . . responderit „Se heredem esse“ . . .

9) l. 91 D. a. v. o. h. — per suppositam personam emtoris bona patris mercatus — l. 71 §. 3 eod. „Si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur“ —

10) §. 5 J. her. qual. 2, 19 — postea relinquendae hereditatis facultatem non habet —

11) 3. B. l. 91 cit. — conveniri oportere a creditoribus — atque si bonis paternis se immiscuisset —

noch abstiniren¹²⁾; Minderjährige kommen gegen dieselbe nur mittelst i. i. restitutio auf¹³⁾. — Gegen die Abstinenz stand (ex causa) eine Restitution insolange zu, als die Erbschaft noch nicht von den Gläubigern verkauft war¹⁴⁾; neuestens kann dieses Recht noch vorher erlöschen: durch den Ablauf eines Trienniums, wenn der suus majoren ist, und ihm keine i. i. r. propter aetatem mehr läuft; durch den Ablauf des Quadrienniums der i. i. r. propter aetatem und eines Trienniums dazu, wenn er noch minoren ist. So lange er noch im Alter der Minderjährigkeit selbst steht, hat er, gegen Satisfacirung der Gläubiger, i. i. r. (propter aetatem) selbst gegen den Verkauf der Erbschaft¹⁵⁾. — Eine Deliberationsfrist (§. 387) kann dem nothwendigen gleichwie dem freiwilligen Erben gesteckt werden¹⁶⁾.

12) Ihnen ist omnimodo (d. h. etiam si se immiscuerint hereditati l. 57 pr. D. a. v. o. h. 29, 2) potestas abstinendi verliehen, den Mündigen nur si se non immiscuerint: l. 11 eod. Daß das „omnimodo“ absolut, d. i. im Gedanken auch an den Fall, da tutoris auct. immisciri ist, zu verstehen sei, scheint uns nicht nur aus l. 44 D. re jud. 42, 1 und l. 21 D. auct. tut. 26, 8, welche Mühlensbruch a. a. O. S. 334 fg. nur schwer belegt, sondern auch aus l. 44 D. a. v. o. h. 29, 2 l. 6 §. 1 D. reb. auct. jud. 42, 5 l. 90 D. solut. 46, 3 l. 24 D. quae in fraud. 42, 8 hervorzuheben.

13) §. 5 J. her. qual. 2, 19. Der Konsens des etwaigen Kurators schloß die Möglichkeit gegen die konsentirte Immixtion durch i. i. r. aufzukommen so wenig aus, als i. i. r. durch vormundschaftliche Genehmigung überhaupt nicht ausgeschlossen wird. (Band 1 §. 118 Anmerkung 6, 7). Eine andere Frage ist, ob dem Minor, welcher einen Kurator hatte, die Möglichkeit sich ohne vormundschaftlichen Beistand zu immisciren, ebenso abging, wie dem Unmündigen, folgericht heutigen Tages in Ansehung der Immixtion zwischen dem Unmündigen und Minderjährigen kein Unterschied mehr bestehet (Mühlensbruch, a. a. O. S. 336 fg. Arndts, B. §. 511 Anm. 3). Indessen hängt diese Frage mit der zusammen, ob der Minderj. sine consensu curatoris sui sich obligieren könne, und dies scheint uns möglich, trotzdem er zu Erbschaftsantritten den Consens des Kurators verlangen kann (§. 55 Anm. 5 u. die dafelbst citirte l. 26 C. adm. tut. 5, 37).

14) l. 8 D. jure delib. 28, 8 vgl. l. 20 §. 4 D. a. v. o. h. 29, 2.

15) l. 6 pr. — §. 3 C. repud. vel. abst. 6, 31.

16) l. 7 pr. l. 8 D. jure delib. 28, 8 vgl. l. 19 pr. C. eod. 6, 30. Mit der Einräumung der Deliberationsfrist ist hier (wo der Deliberant jure bereits heres ist) eine obrigkeitliche Dispositionsbeschränkung verbunden (bona interea deminui nisi . causa cognita . . vetabo“ — l. 7 pr. darum nicht nur Veräußerungsverbot, sondern auch Klageversagung: §. 2 eod. und überhaupt §§. 1—3 eod.

§. 394.

Der freiwillige Erwerb.

D. de acquirenda vel omittenda hereditate 29, 2 C. (de jure deliberaudi et) de adeunda vel acquirenda hereditate 6, 31.

Der freiwillige Erwerb einer Erbschaft besteht entweder in Worten, oder in Werken; in Worten: d. i. in der Erklärung des Delaten, daß er Erbe sein wolle (aditio hereditatis — nuda voluntas suscipienda hereditatis¹⁾); in Werken, d. i. in der werftähigen Bewährung desselben Willens (pro herede „gestio“²⁾). Als Willenserklärung ist der Erbschaftserwerb ein eigens hiezu bestimmtes, ungebundenes, einseitiges Rechtsgeschäft³⁾; als Willensübung (Ann. 2) ist sie kein eigenes, zum Erbschaftserwerb bestimmtes, sondern bald dies, bald das, mehr aus dem Erbesein als aus dem Erbewerden wollen⁴⁾ hergehendes, bald ein gemeines, bald ein Rechts-Geschäft⁵⁾, es sei nun ein einseitiges, oder zweiseitiges, förmliches oder formloses. Denn meistens ist das Geschäft, in welchem der Delat pro herede gerirt, irgend ein Erbschaftsgeschäft, ein Geschäft der Erb-

1) Gaj. II. 167.

2) I. 14 §. 8 D. relig. 11, 7 Auth. Nov. 1 c. 1 §. 4 l. 20 pr. D. h. t. — qui aliquid facit quasi heres hoc animo . . . ut velit esse heres. — Beides, die Antretung und die pro h. g., faßt man anderwärts als Willenserklärung zusammen (Arnold, P. §. 508. Puchta, P. §. 497. Köppen, Synt. d. h. r. Erbr. S. 333 fgg. Windscheid §. 596). Allein wesentlich ist die pro h. g. nicht Erklärung, sondern Ausführung oder Ausübung des Erbeeinwollens.

3) Als nuda voluntas, also schriftlich wie mündlich und in beliebigem Ausdruck möglich, erscheint diese Erbschaftsantrittung bei Gajus II, 167, nicht erst seit der Aufhebung der cretionum seropulosa solemnitas I. 17 C. h. t. a. 407 cf. Gaj. II 164—173 cf. §. 7 J. her. qual. 2, 19. Als eine That bloß des Delaten oder (wenn auctoritate tut. erfolgend) doch nur Einer Partei, ist sie einseitig; als eine Willenserklärung aber doch wohl nicht anders als an irgendwen gerichtet denkbar (S. dagegen Köppen, S. 334 u. Ann. 10).

4) qui aliquid facit quasi heres — quasi heres usus — ut velit esse heres — l. 20 pr. l. 21 §. 1 D. h. t. pr. J. her. qual. 2, 19.

5) ein gemeines, z. B. si rebus hereditariis utatur . . . praedia colendo — ein Rechts-Geschäft: vendendo res hereditarias, vel praedia locando etc. l. 20 pr. D. h. t.

schaft nämlich, um deren Erwerb es sich handelt⁶⁾, und also so mannigfaltig als die Geschäfte einer Erbschaft nur sein können. — Indessen ist dieses Geschäft doch nur das Neuzere, innerhalb dessen ein anderes, das Erbewerden oder der Erbschaftserwerb verschlossen ist⁷⁾. Dieses in der Gestion verschlossene Geschäft ist gleich der Untretung durch Willenserklärung einseitig und Rechtsgeschäft; von ihm, das sich von anderen Geschäften nicht durch sein Neuzeres, sondern nur durch den hinter diesem liegenden Willen unterscheidet, heißtt es: non tam esse facti quam animi⁸⁾. Hinter denselben Gestionen könnte anstatt des Erbeseinwollens irgend ein anderes Motiv stehen, wie z. B. Pietät hinter der Bestattung des Erblässers, die Fürsorge eines negotiorum gestor etc. (custodia) hinter der Besorgung des Nachlasses in seinen verschiedenen Aufgaben, der Glaube an Selbstberechtigung hinter dem Verkauf einer Erbschaftssache⁹⁾, oder gar diebische Absicht hinter der Inhandnahme von Erbschaftssachen¹⁰⁾; überall hier hätten wir das Neuzere, nicht das Innere der pro herede gestio, mithin keinen Erbschaftserwerb¹¹⁾. Umgekehrt könnte das Geschäft, welches aus dem Erbeseinwollen hervorgeht, diesem Willen nicht entsprechen, indem es blos vermeintlich ein Geschäft der Erbschaft oder des Erben ist¹²⁾: pro h. gestio liegt gleich wohl vor; es kommt mehr auf den Willen, als die That an¹³⁾. — Wo nicht ein Geschäft der Erbschaft, muß es, vermeintlich oder wirklich, ein

6) l. 20 §. 1 §. 2 §. 5 cf. l. 27 D. h. t. „eujus in bonis gerendum sit“.

7) so daß man das Geschäft, durch dessen Gestion der Delat Erbe wird, allerdings eine konkludente Handlung nennen kann (Röppen a. a. D. S. 334 zu Num. 9), nur daß die Konkludenz hier auf keine bloße Willenserklärung, sondern auf eine Willensthat (daß Delat sich zum Erben gemacht habe) hinausgeht.

8) l. 20 pr. cit.

9) l. 20 pr. §. 1 cit.

10) l. 21 pr. eod.

11) — apparent non videri pro h. gessisse (l. 20 pr. in f.) — quia non hoc animo gesserit (l. 20 §. 1 in f.).

12) l. 21 §. 1 eod. — re non hereditaria quasi heres usus —

13) l. 21 §. 1 cit. Interdum . . animus solus eum obstringit hereditati —

Geschäft des Erben sein¹⁴⁾, in welchem das Erbeseinwollen zur That wird. Nur daß der letzteren Art kann von solchen Umständen begleitet sein, daß es anders als aus jenem Willen nicht entspringen kann¹⁵⁾; sonst können dieselben Gestione, wie bemerkt, aus anderen Motiven entspringen, und wird sich also Gerent, wenn er trotz dieser Gestione nicht Erbe sein oder als solcher erscheinen und in Anspruch genommen werden will, gerne durch Proteste gegen falsche Folgerungen zu sichern suchen¹⁶⁾.

Der Wille, welcher durch Erklärung oder That zum Erwerbe der Erbschaft führen soll, muß hier wie bei der Ausschlagung (§. 398 Anm. 7) von der zweifellosen Annahme, daß deserirt sei¹⁷⁾, sowie von der sicheren Kenntniß des Grundes aus welchem deserirt ist begleitet sein¹⁸⁾. Zu der zweifellosen Annahme, daß deserirt sei, gehört namentlich auch die Abwesenheit des Bedenkens, ob pure eingesezt, oder ob, wenn bedingt eingesezt ist, die Bedingung erfüllt sei¹⁹⁾. Wenn aber zudem gefordert wird, daß Delat wisse, ob er bedingt oder pure eingesezt worden, und die Erfüllung der vermeintlichen Bedingung und deren Kenntnißnahme nicht genügt, da die

14) — wie das conditionis implendae causa accipere in l. 20 §. 4 eod.

15) — wie das conditionis implendae causa accipere, da wo in Erfüllung der Bedingung dem Erben gegeben werden soll und dieser der alleinige Erbe ist, *citra nomen et jus heredis* nicht gedacht werden kann — l. 21 §. 4 in f. eod.

16) l. 20 §. 1 eod. — solent testari . . . non animo heredis se gerere quod gerunt — l. 14 §. 8 D. relig. 11, 7 — protestantur pietatis causa se id facere —

17) *z. B. certus esse debet, defunctum esse testatorem* (l. 19 D. h. t. cf. l. 32 eod. — si putet testatorem vivere, quamvis defunctus sit, adire hm. non potest) cf. l. 13 §. 1 eod. Si quis dubitet, vivat t. nec ne, repudiando nihil agit.; l. 32 cit. — Sed et si de conditione testatoris incertus sit, pf. an ff. sit, non poterit adire hm. et si ejus conditionis sit in veritate — und überhaupt l. 76 D. r. j. 50, 17. In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. Vgl. §. 371, 2.

18) l. 22 D. h. t. — Scire debet qua ex causa hereditas ad eum pertineat — l. 16 cf. l. 15, l. 17 pr. cf. §. 1 l. 46 l. 51 pr. l. 93 pr. eod. — und hiezu wie zu Anm. 17 der Saß: plus est in opinione quam in veritate (l. 15 cit.).

19) l. 21 D. dem. 35, 1.

Einsetzung eine pure war²⁰⁾), so muß Delat auch wissen wie es zur Delation gekommen sei. Ueberall hier genügt daß ist was sein soll nicht: plus est in opinione quam in veritate²¹⁾. Was aber Bedingungen anlangt, ist man nur im Hinblick auf die eigentliche Bedingung so streng; bezüglich der juris conditio heißt es: plus est in re quam in mentis existimatione; und ihr Feld ist ein weites²²⁾.

Muß zu der Delation deren Kenntnißnahme hinzukommen, damit ein freiwilliger Erwerb platzgreife, so ist ein solcher um so weniger ohne Delation möglich (§. 386 Anm. 1). Folgerichtig muß wie bei der Ausschlagung der Wille auch hier auf alles gehen was deferirt ist; Delat kann nicht zum Theil Erbe sein wollen, zum Theil nicht (§. 391 Anm. 12 §. 388 Anm. 8—17); wem das Ganze der Erbschaft deferirt ist, der kann keinen Theil machen und antreten (§. 388 Anm. 8); wem mehrerelei Portionen deferirt sind, der muß alle haben, oder keine (§. 388 Anm. 10); der Erwerb der Einen Portion zieht

20) I. 32 §. 1 D. h. t. Mühlensbruch, a. a. O. S. 419. Zu dem et sub conditione in I. 32 §. 1 cit. wird man hinzudenken müssen: institutus non poterit adire — zu paruerit etwa casu oder nesciens sub ea conditione se substitutum esse.

21) I. 15 D. h. t.

22) I. 21 D. dem. 35, 1. Julian. Multum interest conditio facti an juris esset . . . dort kein Antritt möglich, quamdiu ignoraret eas impletas esse; hier nihil amplius exigendum, quam ut impletiae sint — Zu den in I. 21 cit. selbst unter die juris conditio gezählten Fällen (si quis se filiumf. putet cum sit paterf. cf. I. 6 §. 4 I. 34 pr. D. h. t.; — ex parte heres scriptus qui ignorat an tabulae t. apertae sint vgl. §. 389 Anm. 17) zähle den Zweifel des freien Delaten über seine libertas in I. 74 §. 4 D. h. t. und den des mündigen Delaten über seine Mündigkeit (I. 96 eod.). Abgesehen von der Unkenntniß der Testamentseröffnung ist in allen anderen Fällen selbst eine juris conditio nur im weitesten Sinn des Wortes conditio, und zwar von Unkenntniß oder Zweifel des Delaten „de sua conditione“ (I. 24 pr. cit.) die Rede. Die soll den Erwerb nicht hindern, während Unkenntniß oder Zweifel de conditione testatoris hindert. Der Grund ist, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum dubitat, qui de sua, de testamento certus est (I. 34 pr. cit.). Hier liegt denn auch nirgends eine Unsicherheit des Delaten darüber daß, oder aus welchem Grund, oder wie es zur Delation gekommen sei, vor; wohl dagegen eine ignorantia, die dem error facti beizählt, bei welchem plus in re quam in existimatione mentis (I. 9 §. 4 D; jur. e. f. i. 22, 6) ist. Die Unkenntniß von der Testamentseröffnung könnte man aber auch zu der de sua conditione zählen.

den aller anderen, wenn nur anfallenden oder angefallenen Portionen von selbst und nothwendig nach sich^{22a}); vor der Delation ist der Antritt, oder der Eintritt in die Erbschaft so ohnmächtig wie die Ausschlagung²³); es gibt so wenig eine eventuelle wie eine bedingte Erbschaftsantritung²⁴). Daß die dem Delaten innwohnende Macht der Erbschaftsantritung namens desselben durch einen Dritten verwirklicht werde, ist für die hereditas im klassischen Rechte gar nicht, im späteren nur in so weit, als außerdem der Erbschaftserwerb überhaupt oder für jetzt unmöglich war, und selbst innerhalb dieser Grenze nicht schlechthin zugelassen worden²⁵). Nach heutigem Rechte ist die

22a) „wenn nur anfallenden“ §. §. 373 Anm. 20. §. 391 Anm. 17; überhaupt §. 171, 3.

23) I. 21 §. 2 D. h. t. — ita tamen pro herede gerendo adquiret hereditatem, si jam sit delata und ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex iisdem nec pro h. gerendo quicquam agere sciendum est. I. 13 pr. eod. — ante conditionem . . nihil egit — — I. 27 eod. arg. I. 12 C. h. t. Vgl. §. 388 Anm. 6.

24) I. 77 D. r. j. 50, 17 I. 51 §. 2 D. h. t. Nur auf gerichtliche Erbschaftsantritung läßt sich m. E. der Nachlaß anwenden, den I. 9 C. qui adm. 6, 9 bei der bonorum possessionis agnitione zu Gunsten entfernter Grade eingeführt hat (Vgl. Arndts §. 508 Anm. 2. Unger, österr. Erbr. §. 26 Anm. 9. Dagegen Köppen, Synt. d. r. Erbr. S. 339. Windscheid, §. 597 Anm. 2).

25) Allerdings gibt es einen Erwerb der bonorum possessio durch Dritte, und zwar nicht blos der Erklärung (per nuntium — I. 67 I. 65 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1), sondern dem Willen nach (I. 48 D. h. t. I. 3 §. 7 D. b. p. 37, 1 I. 67 (65) pr. §. 3 cit. — peti ei per tutorem potest — Windscheid §. 596 Anm. 11); allein da dies ohne Zweifel auf das gemeine Besitzerwerbsrecht zurückgeht (vgl. I. 3 §. 7 cit. — vel per semet ipsum vel per alium — mit I. 1 §. 3 sqq. D. a. v. a. p. 41, 2), so wird man auch in Ansehung der b. possessio „animo nostro, corpore etiam alieno“ (§. 140 Anm. 1) fortfahren, und also fälschen müssen, daß es regelmäßig selbst auf dem Gebiete des Besitzerwerbes und der b. p. unjure Stellvertretung bei der die Handlung ganz, nicht blos dem Körper nach des Vertreters statt mache — vel, entsprechend in Band II. Aufl. §. 1901 ig. §. 369 vol. 2 nicht gab. Entsprechend der Regel, daß der animus possidendi seitens des Erwerbers selbst vorliegen müsse, ist denn auch nicht blos überhaupt Mandat, sondern ein Spezialmandat gefordert (I. 25 §. 5 D. h. t.; vgl. hier oben Bd. 1 S. 519 fg.); erwirkt ein Tutor dem infans, der Vertreter einer Gemeinde, Körporation oder Stiftung für dieje die b. p. durch alleiniges Handeln (I. 67 (65) §. 3 cit. — peti ei per tutorem — cf. I. 15 I. 16 D. b. p. 37, 1; I. 3 §. 4 D. b. p. 37, 1 I. 1 §. 1 D. lib. univ. 38, 3 cf. I. 6 §. 4 D. ad SC. Treb. 36, 1), so ist das eine Anomalie, nicht mehr und nicht weniger, als wenn ähnliches auf dem Gebiete des gemeinen Besitzerwerbes ge-

Stellvertretung als etwas Regelrechtes auch in den Antritt der Erbschaft eingedrungen, und nur in Ausnehmung der Wahnsinnigen noch durch die besondere Bestimmung des römischen Rechtes, daß dieser Erwerb nur wenn der Wahnsinnige geneßt und will definitiv werden solle (Anm. 25 gegen E., und unten §. 395).

scheint („utilitatis causa jure singulari receptum“, Bd. 1 §. 140 Anm. 2). — Daß „die formlose ausdrückliche hereditatis aditio wie die Agnition der b. p. durch einen Stellvertreter erklärt werden konnte“ (Köppen, Synt. d. h. i. Erbr. S. 387 Anm. 8), dürfte aus l. 67 (65) §. 3 cit. nicht zu erweisen sein; muß sogar der pupillus infans (auctore tute) selbst gerufen, um hereditatem erwerben zu können (l. cit. vgl. Bd. 1 §. 55 Anm. 18), so liegt hierin vielmehr eine Bürgschaft dafür, daß Stellvertretung selbst für ihn nicht möglich war, als ein Beweis dafür, daß man mit Stellvertretung in hereditatis aditione freigebiger gewesen sei, als in pro herede gerendo, wie Köppen a. a. O. annimmt. Noch in l. 5 C. jure delib. 6, 30 Valer. u. Gall. a. 257 ist ipsius (pupilli) actus et voluntas zum Erwerbe der Erbschaft nothwendig; wohl liegt dem Rescripte eine pro h. g. vor; allein der Schlussatz (si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere) zeigt, daß der Tutor ohne den Pupillen auch hereditatis aditionem nicht erwirken konnte. Die l. 90 pr. D. h. t. (per curatorem hereditatem acquiri non posse) enthält für alle Fälle (ob curatorem oder procuratorem zu lesen sei — Mühlensbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 42 S. 401 Anm. 68) eine Bestärkung des Gesagten; diese liegt auch in dem alten Streite über den Erwerb von freiwilligen Erbschaften für einen furiosus, da selbst der Erwerb der b. possessio durch den Kurator nicht unbestritten vor sich ging (l. 7 §. 3 C. cur. fur. v. prod. 5, 70 f. indeß l. 1 D. b. p. fur. 37, 3). Der paterfamilias allerdings kann für den infans sowohl hereditatem adire als bonorum p. agnoscere; allein dieser Satz taucht erst in l. 18 pr. C. jure delib. 6, 30 Theod. et Valent. a. 426 auf (l. 7 §. 2 D. b. p. 37, 1 l. 1 D. b. p. fur. 37, 3 handeln von b. p.). Was der paterfamilias, vermag nach derselben Konstitution (§. 2) nun auch der tutor, jedoch auch er nur für den pupillus infans; der infantia major muß (anet. tut.) selbst handeln, oder wenn er keinen Tutor hat ein Defret erwirken, daß ihn zum Antritt ermächtigt. Für den furiosus hat selbst Justinian erst die Möglichkeit der Stellvertretung im Erwerb der b. possessio festgestellt (l. 7 §. 3a C. cur. fur. 5, 70), diesen Erwerb zwar von nun an ohne Defret zugelassen (eam b. possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur), allein wie die bisherige decretalis b. possessio zu einem Provisorium gestaltet, (l. 7 §. 8 eod. und unten § 395). — Daß durch ein Senatuskonsult den municipes die Möglichkeit der hereditatis acquisitio eingeräumt wurde, steht fest (l. 1 pr. §. 1 D. libert. univ. 38, 3), über das wie verlautet nichts, und nothwendig war Stellvertretung vielleicht nicht (arg. l. 6 §. 4 D. b. p. 37, 1 — Sed et si nemo petat etc.). Sicher also ist eine hereditatis acquisitio durch Dritte (paterf., tutor) nur für den infans bezeugt; beim furiosus scheint mehr noch als die Stellvertretung der Erwerb selbst Bedenken verursacht zu haben (Windscheid §. 596 Anm. 19, 3). — Ein bloßer Auftrag zur b. p. agnitio ist noch

Erst in der neueren Doktrin und Praxis ist der Erbschaftserwerb für den Verschollenen und für den Kridar in Frage gekommen. Was den Verschollenen anlangt, so war nach römischem Rechte bei der Ungewissheit, ob er noch am Leben sei, keine Sicherheit darüber, daß an ihr defterirt sei, und also auch von der Schwierigkeit der Vertretung abgesehen, ein Antritt für ihn nicht denkbar²⁶⁾; folgerecht war auch die Delation der honorum possessio unsicher, für Mit- und Nacherben jedoch durch den Ablauf der Agnitionsfrist gesorgt²⁷⁾. Mittelst honorum possessio rückten also Mit- und Nacherben, durch Acrescenz oder successive Delation, in die

nicht b. p. agnitio selbst, also auch noch nicht pro h. gestio (vgl. I. 12 C. h. t. Leist, B. P. II. S. 326 f. Köppen S. 388, Windscheid Anm. 11 a. E. gegen Mühlenbruch a. a. D. S. 412, 2); ist aber, in Vollzug des Auftrags, agnoscirt, dann ist auch pro herede gerirt — mit Hilfe des Mandatars, nicht durch ihn, oder stellvertretungsweise, über das Mandat zur b. p. agnitio s. bes. Köppen S. 388 fgg.. Über den Erbschaftserwerb durch Dritte überhaupt Mühlenbruch, a. a. D. S. 400—414 S. 430, 5 — S. 466).

26) vgl. dazu Seuffert, präft. Wdr. §. 566 Anm. 4 c. und die da selbst agssi. jur. Abhb. von Cropp und Heise II. S. 145 fgg., ferneren Autoren und oberstrichterlichen Erkenntnisse; ferner Köppen, Syst. d. r. Erbr. S. 445 A. — 1 u. S. 446, 1.

27) Köppen stellt seinen Satz „das r. R. reservirt dem Verschollenen sein Erbrecht wie dem Abwesenden, dessen Leben gewiß ist“ (a. a. D. S. 426) zwar allgemein, namentlich auch in Ansehung der honorum possessio auf, läßt also, so lange die Ungewissheit über Leben und Tod des Verschollenen dauert, keine successive Delation der b. possessio, wohl aber die Errichtung des provisorischen „Erbschaftsbesitzes durch seine Vertreter“ zu. So begründet uns jener Satz nun aber in Ansehung der hereditas zu sein scheint, trotzdem er in Ansehung des einfach Verschollenen in den Quellen u. W. nicht ausgesprochen ist, so bedenklich ist er in Betreff der honorum possessio. Die von Köppen diesbezüglich angeführte I. 1 §. 4 D. b. p. c. t. 37, 4 spricht gleich allen anderen für seinen Satz angeführten Stellen vom Kriegsgefangenen, der selbst wenn er verschollen, doch kein blos Verschollener, vielmehr ein privilegirter Schützling des Rechtes ist, für den alles, auch b. possessio, so lange als möglich aufbewahrt wird. Auch der nasciturus, dessen in I. 5 §. 1 D. unde legit. 38, 7 und I. 10 §. 1 D. ad. SC. Tertuli. 38, 17 neben dem captivus gedacht wird, ist von so besonderer Art, daß der Außschub der seinemthalben stattfindet (S. 386 Anm. 6—9), nicht auch schon durch Abwesenheit oder Verschollenheit als begründet erscheint. Auch kann man in Ansehung der Verschollenheit nur von einem Nichtwissen, mit nichts dagegen von einer Pendenz oder einem incertum sprechen, das wie bei dem ius postliminii oder der Schwangerhaft in der Sache selbst begründet ist und mit dem Außschub der Delation sichtlich zusammenhängt (z. B. I. 10 §. 1 cit. quando in pendentia est etc.)

dem Verschollenen vielleicht noch zugefallene Erbschaft oder Erbschaftsportion ein; hereditatis petitio blieb diesem, wenn er lebte und zum Vorschein kam, unverwehrt. Wesentlich dasselbe erzielt eine Praxis, welche nach erfolglosem Verlauf der nach heutigem Rechte platzgreifenden Editalcitation an den Verschollenen „mit Auseinandersetzung des Nachlasses verfährt, als ob der Verschollene nicht in Mitte stehe“, und ihm für den Fall daß er später zum Vorschein kommen sollte, die hereditatis petitio vorbehält²⁸⁾. Ihnen ist auch beizupflichten²⁹⁾.

Eine erst deserirte Erbschaft ist noch nicht im Vermögen des Delaten, dem Konkurse also, der nur in das zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vorhandene Vermögen stattfindet³⁰⁾, unzugänglich, folgerecht außer der Machtshäre des Masseturators und etwas, das der Kridar gleich allem was ihm

Absenz gibt, wenn sie von der erforderlichen Art ist, einen Grund zur i. i. restitutio gegen den Ablauf der Agnitionspflicht (I. 17 pr. D. ex q. c. maj. 4, 6 cf. I. 6 C. repud. her. 6, 31 l. 2 C. si ut omis- sam 2, 39 (40); vgl. Bd. I. §. 116 Anm. 24. Burchardi, d. Q. v. d. Wiedereins. §. 6 S. 62 zu Anm. 5), um eben deswillen niemals einen Grund zum Aufschub der Delation und Agnitionsfrist selbst. Dabei macht es keinen Unterschied, ob man den Aufenthaltsort des Abwesenden kennt, oder, ob er noch lebe, weiß oder nicht weiß. — Keinen curator absentis, wie ihn Kraut, Glück, Sintenis, Köppen nennt, sondern nur einen curator bonis absentis datus kennt das r. R. (vgl. m. Itc Pand. Aufl. S. 1381, 2). Dass ein solcher Kurator für den Abwesenden auch nur provisorisch b. possessionem erwerbe, geht gegen die Natur dieser cura (s. Köppen selbst a. a. D. S. 424) und ist nicht beglaubigt.

28) Seuffert, a. a. D. Anm. 4 d. Zink Bl. f. R. A. Bd. 19 S. 39 fgg. Bd. 26, S. 38 fgg. Köppen a. a. D. S. 446. — „Präjudiz, daß im Falle seines Ausbleibens bei der Vertheilung der Erbschaft auf ihn keine Rücksicht genommen werde“ S. 447, 3 — „dass über die Erbschaft werde verfügt werden, wie wenn er nicht vorhanden sei.“

29) Sie geben das Recht des vielleicht Lebenden, indem sie h. petitio vorbehalten, nicht preis, und gefährden das der sicher Vorhandenen und Nächstberechtigten nicht länger als es die Editalcitation erheischt. Erstere thun diejenigen, welche den Verschollenen unter dem Präjudize des Verzichtes auf sein Erbrecht editaliter citiren lassen (vgl. darüber E. A. Seuffert zu Seuffert a. a. D. Anm. 4 d.); letzteres diejenigen, welche auf Grund der italienischen Lebensfüllung (dass der Verschollene bis zur Todeserklärung gelebt habe), die dem Verschollenen (vielleicht) angefallene Erbschaft, soferne derjelbe noch nicht 70 Jahre alt wäre, durch den destrichtlichen Abwesenheitsvormund erwerben lassen. Kraut — Erkenntniß des Berliner Obertribunals — Bruns — vgl. Seuffert a. a. D. Anm. 4a).

30) Konf. D. f. d. d. R. §. 1.

nach der Konkurseröffnung zufällt, selbst und für sich erwerben kann³¹⁾, während ihm die Ablehnung ipso jure zugefallener Erbschaften nach der Konkurseröffnung nicht mehr zusteht³²⁾. Der Antritt der vom Erbdar zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erworbenen Erbschaft muß stets ihm zustehen; ob aber die demselben noch vor der Konkurseröffnung defterirte Erbschaft selbst wenn er sie erst nach der Konkurseröffnung erwirbt nicht dennoch der Masse zufällt, vermöge der Retrotraktion der Erbsfolge auf den Todestag des Erblassers³³⁾? — Ausschlagung der defterirten Erbschaft kann auch nur dem Erbdar zustehen und gibt niemals einen Grund zur Anfechtung ab³⁴⁾.

Besitzeinweisung und provisorische Erbschaftsverleihung.

§. 395.

I. Obrigkeitliche Einweisung in den Besitz (missio in possessionem) der Erbschaft kam

1. gegen jeden der den Nachlaß pro herede oder pro possessore¹⁾ im Besitz hatte, demjenigen zu statthen, der sein Erbrecht durch Vorzeigung eines unzerstörten und äußerlich fehlerfreien Testamentes zu begsaubigen vermochte. Die Weiterungen, in welche diese missio in einem Hadrianiischen Edikte von wegen der Erbschaftssteuer verstrikte war, sind gleich dieser selbst noch von Justinian aufgehoben worden²⁾.

31) Vgl. Bölderndorff, die K. D. erläutert, 2. te Aufl. Bd. I. S. 82 fg.

32) u. E. gleichviel, ob ihm die Erbschaft deutschrechtlich (preuß. Landr. u. Code civil) oder als einem suis heres zugefallen ist. Anders Bölderndorff a. a. D. S. 83 unten u. fg.

33) s. oben §. 364 Anm. 7.

34) Bd. 2 §. 345 Anm. 2 — m. E. auch dann nicht, wenn Erbdar sich etwas dafür zahlen läßt. Aber wo die angetretene Erbschaft vermöge Retrotraktion in die Masse fiele, müßte das, was der Erbdar für die Ausschlagung erhält, demselben Schicksal anheimfallen. S. dag. Bölderndorff, a. a. D. S. 320 IV.

1) non autem legitimo modo (l. ult. §. 1 in f. C. de ed. D. Hadriani toll. et quemadmodum scriptus heres in p. mittatur 6, 33) kann nur auf Singularerwerb gehen; cf. Azo, gloss. in h. l.: Non intelligi quod diceret se successisse defuncto —

2) l. ult. cit.

Die missio war gleich jeder anderen durch keinerlei kontradictorisches Verfahren bedingt; gegen wen sie nicht gemeint war, wie der Singularerwerber, der möchte sich ihr ungestraft widerheßen³⁾; wer Erbrecht zu haben glaubte, mußte dem missus gleichwohl den Besitz räumen und sein Recht nachträglich auf dem Wege der hereditatis petitio geltend zu machen suchen⁴⁾; Auflehnung wider die missio mußte er durch in factum actio büßen. Im heutigen Rechte nun aber ist die Erlangung des Besitzes von einem voraufgehenden kontradictorischen Verfahren abhängig, und eben dadurch aus der (obrigkeitlichen) missio ein richterlicher Entscheid zu Gunsten provisorischen Erbschaftserwerbes geworden (§. 408). — immer noch Rechtens ist die Einweisung

2. der mit dem eventuellen Erben schwangeren Frau⁵⁾. Alimentirung der Leibesfrucht ist der Zweck⁶⁾, der eventuelle Erbschaftsanteil die Grenze dieser Einweisung⁷⁾. Sie kommt dem eigenen wie fremdem Nachwuchs, und bei der Unwertschaft auf Intestaterbsfolge nicht minder als bei der auf testamentarisches Erbrecht zu statten⁸⁾; nur darf das Erbrecht des nasciturus durch nichts anderes als dadurch daß er noch nicht geboren ist, aufgeschoben sein⁹⁾. Indessen während sie dem fremden Nachwuchs nur im Falle der Noth¹⁰⁾, und angesichts einer status controversia gar nicht gewährt wird¹¹⁾, steht sie

3) d. h. gegen ihn drang der missus mit seiner in factum actio aus dem Edicte ne vis fiat ei qui in p. missus erit, nicht durch: vgl. l. 1 §. 2 mit §. 4 D. ne vis fiat 43, 4.

4) vgl. Savigny, interd. q. b., verm. Schriften Bd. 2 S. 247 Anm. 1 — arg. l. ult. cit.: — subsecutae contradictionis... quia antea detinens contradicendum putavit —

5) D. de ventre in possessionem mittendo et de curatore ejus 37, 9. l. 7 pr. eod. — si talis fuerit is, qui in utero est, ut si in rebus humanis esset, b. possessionem petere posset. Vgl. l. 10 eod. und oben §. 386 zu Anm. 6—9.

6) l. 1 §. 2 §. 15 eod.

7) arg. l. 7 §. 1 §. 2 l. 1 §. 16 eod.

8) Mit l. 1 pr. §. 2 §. 11 §. 12 vgl. l. 6 l. 7 pr. l. 10 eod.

9) also nicht auch dadurch, daß er erst queruliren müßte: arg. l. 1 §. 2 eod.

10) l. 6 eod. — non .. nisi mater aliunde se alere non possit. —

11) l. 7 §. 1 eod.

dem eigenen Kinde ohne Noth¹²⁾) und selbst bei streitigem status, letzterenfalls jedoch nicht ohne causae cognitio zu¹³⁾. — Ein curator ventris, der für Aufbringung der Alimente nach Bedürfniß und Stand, zu sorgen hat¹⁴⁾, wird nicht immer, wohl aber gewöhnlich, auf Anlangen der Mutter, aufgestellt¹⁵⁾. Derjelbe pflegt, wieder auf Anlangen der Mutter, auch curam bonorum zu bekommen. In Ermangelung eines curator ventris oder bonorum besorgen die Miterben dessen Aufgabe¹⁶⁾, oder wird den Gläubigern oder dem Nacherben die Obhut über die noch ruhende Erbschaft oder Erbschaftsportion anvertraut¹⁷⁾. — Wie mit der Geburt oder Fehlgeburt erlischt die Einweihung auch mit der Gewißheit, daß die Frau nicht schwanger sei. Aber die bis jetzt geleisteten Alimente bilden auch in diesem Fall eine Verringerung oder Schuld der Erbschaft, es wäre denn, daß die Frau wider besseres Wissen die Einweihung begehrte habe¹⁸⁾; hier kann sie während eines annus utilis von den Interessenten auf Rückerstattung der Alimente und weiteren Interesses belangt werden¹⁹⁾. Eine andere Klage besteht si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio d. m. ad alium translata esse dicatur D. 25, 5.

2. Eine bonorum possessio, nicht auf Grund der „ordentlichen“ edikalen Erbordnung²⁰⁾, sondern auf Grund singulärer Bestimmungen, mittels Defretes (b. p. decretalis), und überall nur auf Zeit — heutigen Tags provisorisches Erbrecht (vgl. §. 362 Anm. 1) — wird verliehen

12) l. 5 pr. eod.

13) l. 1 §. 14 §. 15 eod. — ex quibus causis Carbonianam b. possessionem puerò Praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire Praetorem debere — l. 7 §. 1 eod.

14) l. 1 §. 19 — §. 22 l. 5 pr. §. 1 eod.

15) l. 1 §. 17 §. 24 eod.

16) l. 1 §. 24 cit.

17) l. 1 §. 17 §. 18 eod.

18) l. 9; l. 1 §. ult. eod.

19) mit der actio Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur: l. 1 D. h. t. 25, 6.

20) vgl. z. B. die ordinariae b. possessionis agnitio im Gegensatz zu dem Carbonianam b. possessionem accipere in l. 3 §. 15 D. Carb. ed. 37, 10.

a. ex edicto Carboniano dem unmündigen Kinde an dem väterlichen Nachlaß, wenn nicht nur der status des Kindes, sondern auch dessen Unrecht auf die väterliche Erbschaft in Frage steht²¹⁾, und ein Aufschub der status, damit auch der hereditatis controversia bis zu der Zeit, da das Kind sich seines Rechtes selbst annehmen kann, demselben nicht etwa nachtheiliger ist, als die sofortige Austragung des Streites²²⁾. Darnach gehen dem carbonianischen²³⁾ Defrete zwei causae cognitiones voraus: eine ob überhaupt der Fall für eine carbonianische b. possessio vorliege²⁴⁾; die andere: ob der Aufschub fromme²⁵⁾; würden nicht beide bejahend ausfallen, so könnte wohl der Fall für einen Aufschub des Prozesses ex constitutionibus, nicht der für einen Aufschub ex Carb. edicto gegeben sein²⁶⁾. Ist dieser gegeben, so bekommt der Unmündige dieselbe bonorum possessio wie wenn ihm nichts bestritten wäre²⁷⁾; allein immerhin hat diese Carboniana b. p. das Eigenthümliche, daß sie einerseits durch keine hereditatis petitio zu entwegen, andererseits aber auf Zeit (Unmündigkeit) beschränkt ist²⁸⁾, die Erbschaftsflagen und den Unterhalt aus der Erbschaft nur gegen Satisfaction an die Gegner, ohne diese nur das Unrecht auf den Besitz (interdictum quorum bonorum)²⁹⁾, und Unterhalt blos im Falle der Dürftigkeit gewährt³⁰⁾. So wird sie denn der „ordentlichen“ b. p. entgegengesetzt, dermaßen, daß diese durch sie nicht ersetzt wurde, vielmehr eigens

21) l. 3 §. 2 §. 7 §. 10 l. 7 pr. — §. 3 D. de Carb. ed. 37, 10; Unterscheidung des Falles, da der status des Kindes in Zweifel gezogen wird, von dem Falle da die Mutter wegen partus suppositio angeklagt wird: l. 1 §. ult. eod.

22) l. 3 §. 5 eod. (wojelbst das diesbez. hadrianische Rescript).

23) vgl. l. 7 §. 4. eod.

24) una dandae carb. possessionis — l. 3 §. 5 pr. eod.; ob es sich um väterliche Erbschaft handle (l. 3 §. 7 in f. cf. §. 2 in f. eod.), das angebliche Kind nicht offenbar Nichtkind (l. 3 §. 4 eod.), oder bereits mündig (l. 3 §. 3 l. 1 pr. eod.) sei.

25) l. 3 §. 5 eod.

26) l. 3 §. 2 cit.

27) l. 3 §. 5 cit.

28) l. 3 §. 3 in f. cit. — finiretur b. possessionis emolumentum. —

29) l. 15 l. 5 §. 3 l. 6 §. 5 eod.

30) l. 5 §. 3.

agnoscirt werden mußte³¹⁾. — Beschränkung auf das interdictum q. b. ist nicht die einzige Folge der Nichtcavirung; wie anderwärts (Bd 1 §. 172) hat Nichtcavirung auch hier eine missio in possessionem zur Folge: als Erjaß für die entgehende satisdatio erhält der Gegner Mitbesitz³²⁾. Alimentation steht diesem schlechterdings nicht zu³³⁾; wohl dagegen kann nun er sich zur Satisdation erbieten und dadurch die Administration der Erbschaft erlangen; thut er es nicht, so wird zu deren Behuf ein Curator aufgestellt³⁴⁾. Gehört der Gegner selbst zu den Kindern, so steht ihm Mitbesitz in allen Fällen zu³⁵⁾. In dem mit dem Ende dieser b. p. beginnenden Erbschaftsprozesse bleibt das Kind Besitzer, wofern es wenigstens jetzt cavirt, oder auch sein Gegner, auf welchen sonst der Besitz transferirt wird, nicht cavirt³⁶⁾.

b. Auch die bonorum possessio, welche dem Wahnsinnigen durch seinen Curator³⁷⁾ erworben wird, ist von der „ordentlichen“ b. p. dadurch verschieden, daß sie mit der Zeit wieder aufhört oder aufhören kann. Sie hört mit dem Tode des Wahnsinnigen auf, wenn dessen Wahnsinn bis zu seinem Tode fortgedauert hat³⁸⁾; sie kann noch vorher aufhören, wenn der Wahnsinnige genest und sie nicht behalten will³⁹⁾. Des vordem nothwendig gewesenen Defretes dagegen bedarf sie nun nicht mehr⁴⁰⁾. Auch von der Auflage einer Caution an die eventuellen Nachfolger ist sie befreit⁴¹⁾; ein Inventar aber muß

31) I. 3 §. 15 eod. — u. E. um dem successorium Edictum vorzubereugen. Für beiderlei b. p. lief ein annus, jedoch mit verschiedenem Anfang: I. 3 §. 16 eod.

32) I. 6 §. 4 in f. eod. — haec enim possessio pro satisdatione cedit —

33) I. 6 §. 4 cit.

34) I. 5 §. 2 cf. §. 1 eod.

35) I. 5 pr. eod.

36) I. 6 §. 6 eod.

37) I. 7 §. 3 C. cur. fur. 5, 70 Justinian. cf. I. 1 D. b. p. fur. 37, 3. — Vgl. hiezu oben §. 394 Anm. 25.

38) So schon nach I. 51 pr. D. her. pet. 5, 3; I. 7 §. 8 C. cur. fur. 5, 70.

39) I. 7 §. 8 cit.

40) I. 7 §. 3 eod. — sine decreto, quae antea decreto dabatur.

41) I. 7 §. 8 eod. Gleichwohl bestimmen sich letztere, von Substitution abgesehen, nach der Verwandtschaftsnähe beim Tode des Wahnsinnigen (l. cit.).

der Curator errichten, und über custodia geht seine Vollmacht nicht hinaus⁴²⁾). Den Unterhalt des Wahnsinnigen trägt der Nachlaß, ob die b. p. sich in eine definitive verwandelt, oder aber wieder aufhört — vorausgesetzt nur daß jener keine anderen Subsistenzmittel hat⁴³⁾.

3. Von anderer Art als die vorige ist die b. possessio, welche dem bedingt Eingesetzten zustand, trotzdem sie bei schwiebender Bedingung zustand. Sie war eine „ordentliche“, secundum tabulas gewährte b. possessio⁴⁴⁾). So gut wie jede andere editale b. possessio war auch sie wenn einmal erworben ohne Ende (S. 20 Abs. 1). Zwar konnte die Bedingung unter welcher dieser b. possessor eingesetzt war, deficiren, und darauf hin der nunmehr Berechtigte antreten und hereditatis petitionem gegen den possessor mit Erfolg anstrengen⁴⁵⁾; allein damit war die b. possessio sine re geworden⁴⁶⁾, nicht erloschen. Das Besondere dieser b. possessio lag nur darin, daß der possessor zu einer Caution an den eventuellen Erben gezwungen werden konnte⁴⁷⁾. Im heutigen Rechte freilich ist an Stelle dieser b. p. secundum tabulas provisorischer Erbschaftserwerb getreten; die Cautionspflicht ist geblieben⁴⁸⁾. — Wäre die Bedingung auf ein Nichtthun gestellt und überdies von der Art, daß sie vor dem Tode des bedingt Eingesetzten nicht in Erfüllung gehen kann, so steht letzterem die von den Vermächtnissen (§. 426)

42) I. 7 §. 7 eod.

43) I. 51 pr. D. h. p. 5, 3.

44) I. 5 pr. I. 6 I. 12 in f. cf. I. 2 §. 1 D. b. p. s. t. 37, 11.

45) I. 12 D. qui satisd. cog. 2, 8. — Si defecerit conditio, ad eumtem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse — cf. I. 5 pr. D. b. p. s. t. 37, 11. War deficiente conditione der bedingt Eingesetzte selbst, aus anderem Grunde, der Nächsterberechtigte, so dauerte seine b. p. fort: I. 5 cit. I. 2 §. 1 eod.

46) vgl. §. 359 Anm. 6.

47) I. 12 I. 13 D. qui satisd. cog. 2, 8 I. 8 pr. D. stip. praet. 46, 5. Arndts, Beitr. I. S. 183 fgg. Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 41 S. 192. Daß er erst durch diese Caution dispositionsbefugt wurde (vgl. oben Anm. 28), ist nicht bezeugt; aber auch für das Gegentheil ist I. 23 pr. D. h. i. 28, 5 nicht beweisend. Denkbarerweise hatte er auch ohne Caution die Rechte des b. possessor, und mußte der Substitut, wenn er nicht auf Caution drang, sich mit dem Erfolge der hereditatis petitio begnügen (vgl. I. 51 pr. D. h. p. 5, 3).

48) vgl. Windscheid, §. 554 Anm. 2—6 u. die dort. Agff.

auf die Erbeinsetzung erstreckte⁴⁹⁾ cautio Muciana und in dieser das Mittel zu sofortiger Erfüllung der Bedingung⁵⁰⁾, damit zu definitivem Erbschaftserwerb zur Verfügung. Nach Leistung dieser Caution hat die Zu widerhandlung des Caventen nicht mehr die Bedeutung einer Deficienz der Erbeinsetzungsbedingung, sondern die der Verwirkung der Cautionsstipulation; nicht Aufhören des Erbrechts, wohl aber Erfüllung des Cautionsversprechens, d. i. Restitution oder Praestation der Erbschaft ist deren Folge⁵¹⁾. Auch muß die Leistung dieser Caution ebenjowohl zum Erwerb der hereditas als der b. p. secundum tabulas berechtigt haben. Endlich steht nichts im Wege, daß der unter solcher Bedingung Eingesetzte, anstatt mucianisch (*das non facere*) zu caviren, den gemeinen Weg des bedingt Eingesetzten betritt, d. h. bonorum possessionem secundum tabulas agnoscirt (auf Grund Testamentes provisorischen Erbschaftsbesitz ergreift oder begehrt) und abwartet, ob Caution von ihm verlangt wird⁵²⁾.

b. Die Erwerbsfähigkeit.

Capacität und Dignität.

D. de his quae ut indignis auferuntur 34, 9 C. 6, 35.

§. 396.

Dass Demand testamentifactio, damit also namentlich auch die s. g. testamentifactio passiva (§. 368, Ann. 1) haben, und des Erwerbes testamentarischer Erbschaften von Vermächtnissen gleichwohl ganz oder theilweise unfähig (incapax) sein

49) I. 18 l. 7 pr. D. cond. et dem. 35, 1.

50) I. 4 §. 1 D. cond. inst. 28, 7 — carentem . . . implere conditionem.

51) I. 67 D. cond. et dem. 35, 1.

52) Nichtcavirung fällt Cavirung verlangt wird, würde wohl Translation der possessio auf den Postulanten, vorausgesetzt daß dieser zur Caution bereit wäre, nach sich ziehen (vgl. Ann. 36), außerdem keine Besitzveränderung, und wohl auch keinen curator bonorum zur Folge haben. S. dagegen Windisch eid. §. 554 zu Ann. 9. Die dagebst allegirten I. 23 §. 2 §. 3 (cf. §. 1) D. h. i. 28, 5 l. 1 §. 1 D. cur. bon. 42, 7 gehen von dem Fall aus, da der bedingt Eingesetzte bonorum p. non admittit.

könne (§. 368 S. 51. c.), ist ein Produkt der Singulargesetzgebung (§. 368 Anm. 21), welche die vorhandene testamentifactio in dem gegebenen Falle zwar unterbindet¹⁾, aber nicht so werthlos macht, als es etwa die actio durch exceptio peremtoria ist oder wird (Bd. I. §. 106 Anm. 1, 2). Nicht die Erbeinsetzung oder vermachtnisweise Bedenkung selbst, sondern erst der Erwerb wird durch Incapacität unmöglich, wenn diese zur Zeit der Delation noch vorliegt und nicht etwa binnen gewisser Frist behoben wird (§. 368 Anm. 21). Als eine Art theilweiser Incapacität kann die noch zu Recht bestehende Einschränkung der illegitimen Kinder und ihrer Mutter auf $\frac{1}{12}$ oder $\frac{1}{24}$ der testamentarischen Erbschaft des Vaters (§. 368 Anm. 22) betrachtet werden; die alten Incapacitätsfälle sind sammt der ihnen anhängenden Caducität antiquirt (§. 368 Anm. 21; §. 391 S. 174). —

Die nicht einmal den Erwerb, wohl aber den Verfolg und die Behauptung sowohl der Intestat- als der testamentarischen Erbschaft ausschließende und mit Caducität verbundene Indignität ist im übrigen bereits oben S. 52 fg. zur Darstellung gekommen, und wird hier nur noch nach ihren Gründen oder Fällen, sowie nach den Personen, welchen die Creption (Ablation, vindikation) zusteht, bestimmt. Dabei bleiben diejenigen Gründe, welche Indignität nur zu Vermächtnissen herbeiführen (§. 427), unerwähnt.

Es tritt nun aber Indignität I. mit Vindikationsrecht für den Fiskus in allen den Fällen ein, in welchen der Delat oder Erbe

1. sich durch sein Benehmen gegen den Erblasser der Erbschaft unwürdig gemacht hat, oder macht, indem er den Tod desselben verschuldet hat²⁾ — oder, majoren die Verfolgung seines Mörders unterläßt³⁾, — im Rücken des Erblassers über dessen Nachlaß

1) „Libera inter eos testamentifactio est“ heißt es von dem Falle, wo der tf. eine Incapacität nicht entgegensteht (Ulp. XVI, 1a).

2) I. 3 D. his quae ut ind. auf. 34, 9 l. 10 C. eod. 6, 35 Banzerow §. 565 Anm. I. A., 4.

3) I. 21 D. l. 6 pr. — §. 2 l. 7 C. h. t. l. 15. pr. — §. 2 cf. l. 5 §. 2 l. 8 §. 1 l. 27 D. de SC. Silaniano et Claud. 29, 5.

paktirt oder verfügt hat⁴⁾ — das Testament, durch das er berufen ist, durch status controversia⁵⁾, falsi dictio⁶⁾, wegen Verlezung des Noth- oder Pflichterbrechtes (nicht wegen Rechtsunförmlichkeit) ansicht⁷⁾, oder den Anfechtenden ohne „officii necessitas“ vertritt oder unterstützt⁸⁾; —

2. gegen den ausgesprochenen Willen des Erblassers⁹⁾ oder aber dadurch zur Erbschaft gelangt ist, daß er den Erblasser an der Errichtung oder Abänderung seines Testamentoes gehindert¹⁰⁾ oder dessen Testament unterdrückt hat¹¹⁾;

3. mit dem Willen des Erblassers, aber auf Grund eines verwerflichen Verhältnisses zu diesem¹²⁾, oder eines gewissen substantiellen Irrthums desselben¹³⁾, oder zu einem gewissen rechtswidrigen und versteckten Zwecke¹⁴⁾ berufen ist. —

II. Indignität zu Gunsten der Kirche des Geburts-

4) I. 2 §. 3 D. h. t. I. 29 §. ult. I. 30 D. donat. 39, 5 I. 30 §. 3 C. pact. 2, 3.

5) I. 9. §. 1 cf. I. 16 pr. D. h. t.

6) arg. I. 7 I. 22 I. 5 pr. §. 3 §. 5 §. 7 eod.

7) I. 2 pr. D. h. t. cf. I. 22 §. 1 — §. 3 D. inoff. 5, 2 I. 5 §. 1 D. h. t.

8) I. 5 §§. 10—13 I. 22 eod. I. 22 §§. 1—3 I. 30 §. 1 D. inoff. 5, 2.

9) die Erben des früheren Testamentoes haben (scio) nicht supremam voluntatem für sich, wenn in dem späteren, wenngleich ungültigen, Testamento andere Personen eingesetzt sind: I. 12 D. h. t. — Desgleichen der Testamentserbe, dessen Name nachher vom Testator durchstrichen worden ist: I. 12 cit. I. 2 I. 3 D. his quae in test. del. 28, 4 I. 16 §. 2 D. h. t. — der Testamentserbe, dem die Erbschaft nachträglich in einem Codicille abgesprochen ist: I. 4 C. h. t.

10) I. 19 D. h. t. I. 1 — I. 3 D. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit 29, 6 I. 2 C. eod. 6, 34. Anders im Falle erzwungen er Beineigung: §. 377 Ann. 5.

11) I. 26 cf. I. 4 D. leg. Corn. de fals. 48, 10.

12) I. 2 §. 1 I. 13 I. 14 D. h. t. I. 4 pr. — §. 2 C. incest. et inut. nupt. 5, 5 — ubi ad legitimos venerint annos.

13) Er ist als Sohn eingesetzt und erweist sich nach dem Tode des Erblassers als unterschoben: I. 46 D. jure fisci 49, 14 I. 4 C. her. inst. 6, 24. Savigny, Inst. III. S. 379 Note e. Verschieden hiervon die Fälle, in denen blos Irrthum, aber keine suppositio vorliegt: I. 5 C. test. 6, 23 I. 4 C. her. inst. 6, 24 meine Pandd. 1te Aufl. S. 1408 Abs. 2.

14) nämlich gegen das in fraudem legis abgegebene Versprechen, die Erbschaft oder eine Erbschaftsportion an einen Erbunfähigen hinauszugeben (fideicommissum tacitum): so viel hinausgegeben werden soll, verfällt der Ablation: I. 3 §. 4 D. j. f. 49, 14 I. 10 I. 11 I. 23 D. h. t. I. 17 §. 2 D. usur. 22, 1.

ortes des Erblassers trifft den Erben der dessen Loslauf aus der Gefangenschaft versäumt hat¹⁵⁾) —

III. Indignität zu Gunsten der Mithonorirten, dann der Intestaterben und erst nach diesen des Fiskus trifft den Erben, welcher mit Errichtung der ihm auferlegten Vermächtnisse noch 1 Jahr nach erhaltenem richterlichem Zahlungsauftrage säumt¹⁶⁾). Caducorum vindicatio steht auch hier¹⁷⁾ in bestimmter Rangordnung zu: nacheinander den Substituten, Miterben, Legataren, (Sklaven, die mit Freiheit beschenkt sind), Intestaterben, Fiskus¹⁸⁾; unter den Legataren gehen die Universalfideikommissare den Singularvermächtnisznehmern, unter diesen die Mehr- den Minderbedachten voran¹⁹⁾; Exhereditate sind nicht mithonorirt²⁰⁾; Pflichttheilsberechtigten kann nur was über ihren Pflichttheil geht genommen werden²¹⁾; Pupillen und Minorinnen sind von der Indignität ausgenommen²²⁾. Die Vindikationsberechtigten müssen um durchzudringen die Errichtung der in dem letzten Willen enthaltenen Dispositionen eaviren²³⁾.

IV. Nicht bloss nachgesetzt, sondern durch die Substituten, Miterben, Intestaterben ausgeschlossen, so daß er nur bona vacantia, nicht bona ereptitia bekommen kann²⁴⁾, ist der Fiskus da, wo

1. der Testamentserbe der Erbschaft dadurch unwürdig wird, daß er die Absicht in welcher er eingesezt ist, vereitelt²⁵⁾, indem er sich von der Vormundschaft, um derentwillen er eingesezt ist, excusirt²⁶⁾, — die ihm testamentarisch aufgetragene

15) Nov. 115 c. 3 §. 13 — universaliter jubemus ete. c. 4 §. 7 eod. —

16) Nov. l. c. 1 pr. — §. 4 c. 4 pr. — §. 2.

17) vgl. Gaj. II. 207.

18) Nov. l. c. 1 §. 3.

19) §. 1 §. 2 eod.

20) §. 4 eod.

21) §. 1 cit.

22) c. 4 §. 1 eod.

23) c. 1 §. 1 eod.

24) i. l. 2 §. ult. in f. D. ad. SC. Tert. 38, 17.

25) l. 5 §. 2 D. h. t. = contra judicium defuncti fecit. —

26) l. 5 §. 2 cit. l. 28 §. 1 l. 32 D. excus 27, 1. Ob er tutor recte

Erziehung des unmündigen Kindes des Erblassers ablehnt, während er ihrenthalben eingesetzt ist²⁷), — die ihm testamentarisch aufgetragene Beerdigung des Testators, trotzdem er ihrethalben eingesetzt ist, unterläßt²⁸). Derlei gewissermaßen bedingte Zuwendungen sollten, wenn sie fehlschlagen, gewissermaßen als pro non scripto erachtet werden²⁹), woraus es sich erklärt, daß hier der Fiskus kein Creptions-Recht bekam. —

Soweit als möglich gilt dasselbe

2. gegen Intestaterben und Pupillarsubstituten eines Pupillen, welche sich der Erbschaft des Pupillen dadurch als unwürdig erweisen, daß sie den ihnen durch das Gesetz gewordenen Auftrag: nach dem Tode des Vaters auf Bestellung eines Tutors für den Pupillen anzutragen, nicht erfüllt haben³⁰).

V. Der nächste Intestaterbe oder der Testamentserbe des im Wahnsinn verstorbenen Erbässers ist der Erbschaft unwürdig, wenn er trotz Aufforderung von Seite dessen, der sich des

datus oder erst zu konfirmiren sei, ist gleichgültig (I. 32 cit.); wäre er dagegen nicht vom Testator ernannt, sondern anderseits vorgeschlagen, so kann er sich ohne dem judicium defuncti zu widerstreben excusiren: I. 5 §. 2 cit. Wer durch Excusation contra judicium defuncti handeln würde, wird zur Excusation nicht mehr zugelassen, nachdem er einmal angenommen, was ihm um der Vormundschaft willen zugewendet worden: I. 5 §. 2 D. h. t. Daß um der Vormundschaft willen hinterlassen sei, was dem zu dieser Verurtenen hinterlassen ist, ist nach I. 33 D. excus. 27, 1 zu präsumire; allein wenngleich die I. 32 in f. eod. gewollte Distinction als zu scrupulos überwunden wurde, so besteht doch die in I. 28 §. 1 eod. zu Recht: — quod non locum habet in persona filii, quem pater impuberi fratri coheredem et tutorem dedit, cum judicium patris ut filius non ut tutor promeruit. — Über I. 25 §. 1 C. legat. 6, 37 — pupillo . . adsignatur — und I. 36 pr. D. excus. 27, 1 — a legato quidem . . repellendum fuisse, a substitutione (sc hereditate) . . non esse summovendum — j. Wangerow §. 565 Anm. I. B. 1.

27) I. 1 §. 3 D. ubi pup. educ. 27, 2 — jo exemplo tutoris dati: ibid. Gleichwohl ist von einer Präsumtion hier keine Rede: quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum —

28) I. 12 §. 4 D. relig. 11, 7.

29) I. 25 §. 1 C. legat. 6, 37.

30) I. 10 C. legit. her. 6, 58 I. 2 §. 1 §. 2 D. qui pet. tut. 26, 6 I. 2 §. nlt. D. ad SC. Tertull. 38, 17. Die gegenüber den Pupillen begründete Indignität erlischt, wenn dieser erst nach erreichter Mündigkeit (d. i. nach erlangter Testirfähigkeit) stirbt: I. 3 C. ad SC. Tertull. 6, 56 — sie unterbleibt bei unverschuldeten Verhinderung der Antragstellung: I. 2 §. 43 D. ad SC. Tert. 38, 17, oder im Falle der Praevention: §. 27 eod.

Kranken angenommen, diesen im Stiche gelassen hat. vindicationsberechtigt ist hier ausschließlich der Verpfleger³¹⁾

4. Die Erbschaft als Erbrecht nach dem Erwerb.

Überhaupt.

§. 397.

Die Erbsfolge ist gleich jeder anderen Universalsuccession eine Succession in alle mit dem Tode des Erblassers nicht erloschene, active und passive Vermögensbestandtheile (§. 363), aber gleich jeder anderen Universalsuccession eine Succession nur in diese einzelnen Vermögensbestandtheile, nicht in ein Vermögensganzes, das von diesen Einzelbestandtheilen verschieden und etwa neben demjenigen, das der Erbe zuvor hatte, und mit einem irgendwie vom Erben verschiedenen Subjekte zu denken wäre. (§. 357 Anm. 2). Allerdings succedit der Erbe in omne jus mortui; allein omne jus ist nicht die abstrakte universitas juris, welche immer noch Manche denken zu können vermeinen (a. a. D.), sondern jedliches Recht, das der Verstorbene gehabt, non tantum singularum rerum dominium, sondern auch ea quae in nominibus sunt¹⁾. Folgerecht wird das Vermögen des Erben durch den Erwerb der Erbschaft aktiv oder passiv, oder aktiv und passiv erweitert; es erhält einen Zuwachs an beliebig vielen activen und passiven Vermögensrechten, mit nichten einen Genossen oder ein Seitenstück in Gestalt eines zweiten Vermögens. Ein Ganzes ist jedes Vermögen nur durch die Person welcher oder durch den Zweck für welchen die einzelnen Vermögensrechte gehören oder bestehen; Person oder Zweck erscheinen als der das Einzelne zusammenhaltende Mittelpunkt. Da nun in der Person des Erben beides zusammentrifft,

der Minorität des Verpflichteten: 1. 2 C. Si adv. delict. 2, 54 (55) oder wenn der Pupille vermögenslos war: 1. 2 §. 26 §. 45 cf. §. 46 ad SC. Tert. 38, 17.

31) Nov. 115 c. 3 §. 12.

1) l. 37 D. a. v. o. h. 29, 2, dazu meine Pandd. 1te Aufl. S. 656; vgl. auch hier oben §. 363 Anm. 6.

was er vor dem Erbschaftserwerb hatte, und was ihm durch diesen zuwächst, und da er durch die Universalsuccession nichts anderes wird als was er zuvor war, so kann nur alles zusammen was er irgendwoher erwirbt, ihn selbst mit eingeschlossen, ein Ganzes, und nur Ein Ganzes bilden.

Insoweit wäre mit dem Erwerbe der Erbschaft die Aufgabe der Erbsfolge erledigt. Sieht man von der Collation und den Vermächtnissen, mit welchen der Erbschaftserwerb verknüpft sein kann, und welche, wie sie bloße Modalitäten der Erbsfolge sind, auch nur einen Zusatz zu dem Rechte und der Lehre von der Erbsfolge bilden, so könnte mit dem Erwerbe der Erbschaft in der That auch die ganze Aufgabe dieser Universalsuccession erschöpft und der Zuwachs den das Vermögen des Erben durch den Erbschaftserwerb erfahren hat, schlechthin seinem bisherigen Vermögen gleichgestellt sein. Zwar ist der Erbe mit dem Erwerbe der Erbschaft nicht auch schon im Besitze der Nachlasssachen; allein nichts steht im Wege daß er in Verfolgung derselben auf die gemeinen Bindikationen, d. i. Singularklagen beschränkt sein könnte; nichts steht im Wege, ja bis auf die letzte Zeit stand nichts im Wege, daß er den Erbschaftsgläubigern genau so wie den übrigen Gläubigern mit seinem ganzen Vermögen aufzukommen hatte; nichts stand im Wege, daß umgekehrt die Erbschaftsgläubiger im Falle der Insolvenz des Erben in einen und denselben Concurs in das ununterchiedene Vermögen des Erben mit den übrigen Gläubigern sich einzulassen gezwungen sein konnten. Allein vor allem ist es

1. dabei nicht geblieben, daß der Erbe lediglich aus den einzelnen auf ihn vererbten Rechten, folgerecht auch nur im Einzelnen gegen die Besitzer von Erbschaftssachen und gegen die Erbschaftsschuldner klagen könne; vielmehr wurde die That-
sache, daß er einen Universalerwerb gemacht (*causa hereditaria*), im Interesse wohl mehr noch der zu Belangenden, als des Erben²⁾ zum Grund einer civilen Universalfrage (*hereditatis*

2) z. B. I. 13 §. 4 D. h. p. 5. 3 — ne singulis judiciis vexaretur — u. überhaupt die exc. ne praejud. her. fiat unter §. 401.

petitio) gestaltet, und dieser civilen Erbschaftsklage das interdictum quorum bonorum für die bonorum possessio nachgebildet. Nichts als dieses Universalflagerecht ist das Erbrecht, welches dem Erben als ein von den vererbten Einzelrechten verschiedenes Recht über den Erwerb der Erbschaft hinaus verbleibt (§. 357 S. 3 fg. und Anm. 4, §. 358 S. 6 oben).

2. Aber auch dabei, daß die Erbschaftsgläubiger vor denen des Erben schlechthin keinen Vorzug haben, sowie daß sie sich überall an ihn und sein ganzes Vermögen sollten halten können, ist es nicht geblieben; gegen jene Gleichstellung ist das Separationsrecht (§. 398), gegen diese Totalhaftung des Erben ist das s. g. beneficium inventarii aufgetreten.

Fälschlich hat man aus dem Separationsrecht und dem beneficium inventarii auf den Fortbestand des Erbvermögens als eines eigenen Vermögensganzen, aus der hereditatis petitio (hereditatem meam esse) auf ein eigenes an diesem Vermögensganzen im Gegensatz zu den Einzelrechten bestehendes Recht geschlossen; als Indulte und Beneficien, welche gegen das jus commune eine nachträgliche Ausscheidung oder auch nur eine Inventarisirung und Schätzung der aus dem Erbgang herrührenden Gütermasse herbeiführen, sind das Separationsrecht und das beneficium inventarii Beweise vielmehr für die durch den Erbschaftserwerb erfolgte Vermögenseinigung als für das Gegentheil. Wozu hätte es dieser Beneficien bedurft, wenn das Erbvermögen schon jure communi für sich bestanden hätte? Verführerischer war das hereditatem meam esse: allein die alten Prozeßwetten und Klage-Intentionen verlangten Schlagwörter; für die Thatssache, daß Kläger die Erbschaft erworben habe, gab es kein kürzeres als: mein ist die Erbschaft.

Immerhin aber sind das Separationsrecht (§. 397) und das beneficium inventarii (§. 398) gleich den (Universal-)Erbschaftsklagen (§§. 404—408), Instituta, welche nach dem Erwerbe der Erbschaft zur Erscheinung kommen, und eigenthümlich dem Erbrechte angehörig, hierorts der Darstellung bedürfen (§§. 398, 399). Ihnen schließt sich, als ein Modus mit

welchem die Erbschaft erworben sein kann, zugleich als Uebergang zur Lehre von den Vermächtnissen, die Collation an (§§. 409—411).

Das Separationsrecht und das beneficium inventarii.

§. 398.

D. de separationibus 42, 6 C. (de bonis auctoritate judicis possidentis seu venumdandis et) de separatonibus 7, 72.

Sedensfalls dann, wenn der Erbe insolvent und in Concurs gerathen ist¹⁾, können die Erbschaftsgläubiger verlangen, daß die Erbschaft bis zu ihrer Befriedigung so behandelt werde, als ob noch nicht geerbt sei²⁾; damit nehmen sie einerseits die Erbschaft für sich in Anspruch, und schließen bis zu ihrer Befriedigung die eigenen Gläubiger des Erben von derselben aus; erlären aber anderseits, von dem Erben und dessen übrigem Vermögen nichts wissen zu wollen, es ausschließlich den eigenen Gläubigern des Erben überlassend (Ann. 17). So billig dieses Verlangen auch ist³⁾, so muß es doch erst gestellt werden, versteht sich eine solche Trennung und Getrenntheit der ererbten und anderen Güter des Erben nirgends von selbst oder als Folge eines besonderen Verhältnisses des

1) I. 1 §. 1 §. 9 I. 6 D. h. t. Die Digesten handeln unmittelbar nach dem Concurse (D. de rebus auct. jud. poss. 42, 5), der Codex unter demselben Titel über Concurs und Separation. In I. 1 §. 6 und §. ult. D. h. t. wird die Separation ohne Concurs bewilligt; allein zum Theil ist es der Erbe, der sie begeht, zum Theil sind es besondere Umstände, um derentwillen sie den Erbschaftsgläubigern und auch denen des Erben (§. 6 eit. in f.) gewährt wird. Nichtsdestoweniger läßt die Praxis und zum Theil auch die Theorie (Windscheid §. 607 Ann. 3) Separation der Erbschaftsgläubiger auch ohne besondere Umstände zu. Wenn sich nun gleich nicht läugnen läßt, daß dieselbe Willigkeit, welche für Separation nach Ausbruch des Concurses spricht (Ann. 3), für dieselbe auch schon vor diesem begründet sein kann, so scheint doch anderseits in dem Antrage auf Separation die Anklage der Insolvenz zu liegen, und fraglich zu sein, ob dieser ohne den Antrag auf Concurseröffnung stattzugeben sei.

2) I. 5 eod. — quasi defuncti bona vendiderunt. —

3) I. 1 §. 1 D. h. t. — aequissimum... desiderantes separationem audiri —; wider Willen bekommen die Erbschaftsgläubiger im Erben einen anderen Schuldner, was sie sonst nicht zu leiden brauchen und ihnen effectiv auch durch die Erbsfolge nicht zustoßen soll: vgl. §. 2 eod.

Erben zum ererbten Vermögen⁴⁾, ist sie vielmehr ein *remedium (indemnitatis) edicto praetoris creditoribus hereditatis demonstratum*⁵⁾, nur mittelst Jurisdiction und als ein „Indult“ nicht ohne *causae cognitio* und *Defret* zu erlangen⁶⁾; auch ist mit all dem die Vermögenseinheit nicht aufgehoben, sondern nur der Vor- ausbefriedigung der Erbschaftsgläubiger untergeordnet⁷⁾. So können denn auch nur einige, oder der eine oder der andere Gläubiger Separation erlangen⁸⁾.

Dasselbe Recht wie die Erbschaftsgläubiger, haben die Legatare, nur daß sie in der Befriedigung aus der Erbmasse jenen nachstehen⁹⁾. Nicht dagegen können umgekehrt die eigenen Gläubiger des Erben dessen übriges Vermögen, — welche sich ja auch sonst den Zuwachs neuer Gläubiger gefallen lassen müssen — entgegen der Erbmasse und den Erbschaftsgläubigern für sich in Anspruch nehmen¹⁰⁾; wenigstens bedarf das Gegentheil ganz besonderer Rechtfertigung¹¹⁾. Hinwider steht nichts im Wege, daß die Gläubiger des Erblassers Separation auch gegen die Erben des Erben und deren Gläubiger erlangen¹²⁾, sowie die Gläubiger des Vaters gegen die des Pupillen und des Pupillarsubstituten, wenn anders die

4) so daß der Erbe bis zur Separation, vielmehr bis zum Concurs, von Hintergehung der Erbschaftsgläubiger abgeschen, namentlich volle Disposition hat: l. 2 l. 1 §. 3 D. h. t.

5) l. 2 C. h. t. l. 1 §. 5 D. h. t. — *remedium* —

6) l. 1 pr. §. 14 eod.

7) l. 1 §. 1 eod. — *quasi duorum bonorum venditiones* — l. 5 eod. — *quasi defuncti bona vendiderunt*. Darnach ist anzunehmen, daß die Separation auch die Confusion der Erbschaftsforderung und Erbschaftsschulden des Erben selbst wieder aufhebt, wiwohl es nicht ausgesprochen ist. Vgl. §. 399 Anm. 18.

8) wo dann die übrigen lediglich als Gläubiger des Erben in Betracht kommen: l. 1 §. 16 D. h. t.

9) l. 6 pr. D. h. t. Fris, über die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern: Arch. f. civ. P. Bd. 12 S. 244.

10) l. 1 §. 2 eod. arg. §. 8 eod. vgl. oben Anm. 3.

11) Selbst da, wo der Erbe in fraudem seiner Gläubiger angetreten, wird gezögert: l. 1 §. 5 eod.; nur den Nothstand, daß er die zwangswise angetretene Erbschaft nicht weiterbegeben kann, sollen die eigenen Gläubiger des Gezwungenen nicht büßen; l. 1 §. 6 eod.

12) l. 1 §. 8 eod.

leßteren sonst Zugriff auf den väterlichen Nachlaß gehabt hätten^{13).}

Der Antrag auf Separation enthält einen Verzicht auf die Person des Erben und dessen Vermögen¹⁴⁾; grundsätzlich können die Impetranten selbst dann auf letzteres nicht mehr zurückgreifen, wenn gegen ihr Erwarten sie selbst aus der Erbschaft nicht, wohl aber die Gläubiger des Erben aus dessen Vermögen befriedigt sind, und letzteres noch einen Überschuß hat^{15).} Den eigenen Gläubigern des Erben dagegen kann die Separation nicht imputirt, die Inanspruchnahme des Überschusses vom Erbvermögen also nicht versagt werden^{16).} Um-

13) d. h. wenn der Pupille Erbe des Vaters geworden ist. Vgl. oben §. 374 S. 90 sq.

14) I. 5 D. h. t. — cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona (sc. defuncti) securi sunt — cf. I. 3 §. 1 eod.

15) S. dagegen Windscheid §. 607 zu Num. 10 u. 11. Hinwider l. 5 cit. Paul — etiamsi circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt etc. Papinian scheint das Gegenteil auszusprechen in I. 3 §. 2 eod.; allein unbedenklich (sine dubio) ist doch auch ihm nur der Uebergriff der Gläubiger des Erben auf den Ueberstich der Erbmasse; und wenn er sagt, daß (im Gegensätze zu Gläubigern, welche von allem Ansange an Gläubiger des Erblassers und Erben gewesen und allerwege mit den Gläubigern des Erben konkurriren — I. 3 §. 1 eod.), alle anderen Erbschaftsgläubiger aus leicht ersichtlichem Grunde nur dann noch etwas aus dem Vermögen des Erben bekommen können, wenn dessen eigene Gläubiger gedeckt sind, so braucht er nicht der Meinung zu sein, daß grundsätzlich das Gegenteil von dem gelte was grundsätzlich gemeint von seinen beiden Assessoren, Paulus (I. 5) und Ulpian (I. 1 §. 17 eod.) ausgesprochen ist, so daß eine Antinomie vorläge (Windscheid a. a. O.). Vielmehr wird Papinian nur meinen, daß der Rückgriff keinesfalls auf mehr als den Ueberstich, nicht daß er stets statthabe. Hiemit läßt sich Ulpian I. 1 §. 17 ohne weiteres, Paulus I. 5 wenigstens im Sinne der Kompilation vereinigen. Denn Ulpian schließt den Rückgriff nicht stets, sondern nur wenn die Separation temere verlangt ist, aus, läßt ihn dagegen justissima ignorantiae causa allegata zu, Paulus aber geht auf den Fall einer justissima ignorantiae causa nicht ein, sondern spricht nur den Satz aus, daß das „Sichverrechnen“ (decepti) nichts helfe. Auch darf nicht übersehen werden daß er von dem Falle ausgeht, wo nicht die Concursmasse mit einem Aktivreste abschließt, sondern der Erbe später wieder zu Kräften kommt. Denn diesfalls wird den Separirten noch schwerer ein Rückgriff gewährt werden können. So bereits im wesentlichen Mayer, Erbr. §. 123 Ann. 4, während Donellus die Papinianische Bemerkung verwirft, den Auspruch von Paulus als eine von Justinian recipierte Notirung Papinians und die venia in I. 1 §. 17 als sachgemäßen Zusatz betrachtet (comm. j. c. lib. 23 c. 16). — Daß die separirten Erbschaftsgläubiger ihr Recht auf das behalten, was der Erbe späterhin noch ex hereditate erwirbt (I. 5 cit.), versteht sich von selbst.

16) I. 1 §. 17 D. h. t.

gefehrt können die Erbschaftsgläubiger, nachdem sie sich einmal mit dem Erben eingelassen haben, nicht mehr auf Separation antragen¹⁷⁾. Außerdem erlischt das Separationsrecht durch Vermengung der Massen¹⁸⁾, durch gutgläubige Veräußerung der Erbschaft¹⁹⁾, durch Verjährung binnen eines vom Austritte der Erbschaft an zu berechnenden Quinquenniums²⁰⁾. All das gibt Stoff für die *causae cognitio*.

§. 399.

Daß der Erbe für die ererbten Schulden ebenso wie für die selbstgemachten, mithin ohne Rücksicht auf den Belang der Erbschaft in solidum¹⁾ aufzukommen habe, ist ein Grundsatz, der in den Modifikationen des späteren Rechtes vielmehr vorausgesetzt, als aufgehoben erscheint. Gegen die Gefahr, welche demzufolge der Erbschaftserwerb mit sich bringt, hilft in klassischer Zeit das Deliberations- und Abstentionsrecht (§. 387. §. 388 S. 155), i. i. *restitutio* wenn der Erbe minoren²⁾, Privileg (*speciale beneficium*) wenn er majoren³⁾, eine Gordianische Constitution, wenn er Soldat ist⁴⁾; daß man ohne weiteres antreten, und dann ohne Unterschied des Standes und Alters und ohne Privileg sich von der Haftung für die Erbschaftsschulden insoweit als sie den Activstand der Erbschaft überschreiten, frei machen kann, ist ein „*beneficium*“, das erst Justinian gewährt hat⁵⁾; dadurch ist es nun aber dazu

17) I. 1 §. 10 eod. — quippe secuti nomen heredis eum elegerunt.
A. B. durch Novation: §. 10 cit. durch Annahme von Cautionen: §. 11
§. 16 eod., nicht schon durch Einklagung: I. 7 D. I. 2 C. eod.

18) I. 1. §. 12 D. eod.

19) I. 2 eod., nicht schon durch Verpfändung: I. 1 §. 3 eod.

20) I. 1 §. 13 eod.

1) I. 22 §. 14 C. de jure deliberandi 6, 30.

2) §. 5 J. her. qual. 2, 19 Bd. 1 §. 118.

3) seit Hadrian: §. 6 J. eod Wohl ohne Grund zieht hingegen Schrader, Inst. ad. h. l., daß Hadrianische Reskript in I. 2 §. 1 in f. D. cond. ind. 12, 6 in Betracht; auch seine Bemerkung: Hoc jus ad clausulam praetoris generalem pertinet (I. 1 D. ex q. c. m. 4, 6) — geht über den Rahmen der generalis clausula hinaus.

4) §. 6 J. cit. I. 22 pr. u. §. ult. C. jure delib. 6, 30 Justinian.

5) I. 22 pr. cit. — non solum milites adjuvare hoc beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere: non tantum si improvisum emerserit

gekommen, daß die Erbschaftsgläubiger so allgemein als sie zu ihrem Vortheil von der Person des Erben ablassen können (§. 398), sich auch zu ihrem Nachtheil Einschränkung auf die Erbschaft gefallen lassen müssen.

Beisagtes Beneficium hat der Erbe nicht von selbst, dadurch daß er antritt; er muß es erst erwerben, dadurch daß er binnen gewisser Zeit⁶⁾ und in gewisser Form⁷⁾ ein Erbschafts-Inventar errichtet (beneficium inventarii).

Durch formell richtige Herstellung des Inventars erwirbt er aber das Beneficium, wenn gleich es sachlich unrichtig, insonderheit irgend welche Activa von ihm verheimlicht sein sollten. Zwar werden Gläubiger und Legatare zu jeglichem Beweise⁸⁾ der Verheimlichung zugelassen; allein die Ueberführung des Erben hat nur die Strafe des Doppelschädes der hinterzogenen Sachen, nicht Verwirfung des beneficium inventarii zur Folge⁹⁾.

debitum (weßfalls etwa das hadrianische speciale benef.), sed etiam si onerosam quis inveniat esse, quam adiit, hereditatem.

6) Binnen eines Monats, nachdem er die Delation erfahren, muß er (antreten und) die Errichtung des Inventars beginnen, binnen weiterer 2 Monate dasselbe vollenden, wenn er am Orte der belegenen Erbschaft oder ihres größten Theiles seinen Wohnsitz hat; sonst läuft ihm ein Jahr, jedoch schon vom Tode des Erblassers an: I. 22 §. 2 §. 3 cit. Buchholz, über den Einfluß der Zeit auf Antretung u. c., Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 10 S. 406 Anm. 3, — wogegen die Glossa zu „consummationem“, Mühlensbruch Forts. d. Gl. Comm. Bd. 41 S. 358 fgg. Zwischen Beginn und Vollsiedlung ist in I. 22 §. 3 nicht unterschieden; aber die Glossa meint secundum proportionem scil. tertiam partem anni müsse begonnen werden. Vgl. Buchholz a. a. O. S. 395 Anm. 1 S. 396 fgg.

7) Beziehung von Notaren und allen anderen zur Errichtung des Inventars nothwendigen Personen (I. 22 §. 2 cit.), nämlich nicht weniger als drei am Orte der Inventarisirung ansässigen, glaubwürdigen Zeugen, allen daselbst anwesenden Gläubigern und Legataren (Nov. 1 c. 2 §. 1) — Unterzeichnung des Inventars mit Angabe des Gesamtwertes und entsprechender Besteuerung. Abwesend kann sich der Erbe vertreten lassen (I. 22 §. 3 in f.). Diese Form entfällt, wenn, wie heute üblich, anstatt des Erben auf dessen Erklärung eum benef. inventarii antreten zu wollen das Gericht inventirt (vgl. Seuffert, §. 572 a. E.). Doch ist zu bemerken, daß die älteren Praktiker hierin nur eine partikularrechtliche Abweichung erblicken und selbst dann den Erben als inventirend, den Richter aber anstatt des Notars und der Zeugen denken (meine Pand. 1te Aufl. S. 679 fg.)

8) namentlich auch durch peinliche Frage an die Slaven — in Ermangelung anderer Beweise zur Auflage des Manifestationseides: I. 22 §. 10 C. eod. Nov. 1 c. 2 §. 1.

9) I. 22 §. 10 cit. in fin.

Die Inventarisirung des Nachlasses ist keine Separirung¹⁰⁾, sondern eine Specificirung und Schätzung desselben zur Feststellung der Summe, bis zu welcher Erbschaftsgläubiger und Legatare zu befriedigen sind. Die Erbschaftsgläubiger erlangen kein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlaß, sondern verlieren das Recht auf Befriedigung bis über den Betrag des Nachlasses; die Dispositionsbefugniß des Erben über den Nachlaß bleibt dieselbe wie über sein zuvor erworbenes Vermögen. Dies zeigt sich nicht blos darin, daß er die Erbschaftssachen veräußern, verpfänden und belaufen kann wie seine eigenen¹¹⁾, sondern auch darin, daß er die Erbschaftsgläubiger wie seine eigenen, einen nach dem anderen, wie sie sich melden, ohne Rücksicht auf privilegia exigendi oder pfandrechtliche Priorität bezahlen kann; wer dadurch verkürzt ist, mag sich an diejenigen halten, welche dadurch über ihr Recht bevorzugt sind¹²⁾. In einem Punkte erscheint seine Dispositionsmacht, in einem anderen seine Dispositionsfreiheit als gesteigert; um Gläubiger und Legatare hinauszuzahlen kann er verpfändete Sachen, gleich einem Concursrichter, pfandsfrei loszschlagen¹³⁾; bis zur Fertigstellung des Inventars aber braucht er keinen zu bezahlen¹⁴⁾.

So wenig als eine Separirung ist die Inventarisirung eine Concursöffnung¹⁵⁾. Die Erbschaftsgläubiger erhalten

10) Vgl. Windscheid §. 607 Anm. 3 und die das. Agff.

11) d. B. I. 22 §. 6 eod. Sin. . . res hereditarias pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis ei fecerint §. 8 — emptores rerum hereditiarum quas ipse heres pro solvendis debitibus vel legatis vendidit. —

12) I. 22 §§. 4 - 8 C. eod.

13) I. 22 §. 8 eod.

14) I. 22 §. 11 eod.

15) Vgl. Windscheid §. 606 Anm. 11. Um eben deswillen, und weil der Erbe trotz Inventarserrichtung über die Erbschaft verfügen kann, muß es den Erbschaftsgläubigern, wiewohl der Erbe cum benef. inv. angetreten, unbenommen bleiben, auf Concurs, und zwar in das Gesamtvermögen des Erben anzutragen, wenn das Gesamtvermögen zur Deckung aller Gläubiger, der Erbschaftsgläubiger auch nur auf den Betrag der Erbschaft, nicht ausreicht, und daraus hin etwa Separation zu verlangen. Schwieriger ist die Frage, ob die Erbschaftsgläubiger auf Concurs blos in die Erbschaft antragen können; denn ein Concurs blos in die Erbschaft ist ohne Separation nicht denkbar, und Separation hinwider ist, wenigstens regel-

durch sie kein Recht auf gemeinschaftliche, pro rata ihrer Forderungen zu bewirkende Befriedigung (§. 286. 4). Nur das Recht, welches den Erbschaftsgläubigern vor den Legataren, und den früheren Hypothekgläubigern vor den späteren auch ohne Concurs zusteht, darf durch die Vorwegbezahlung der Legatare und der späteren Hypothekgläubiger nicht geschmälert werden; hypothecaria actio oder condictio ex lege steht gegen die vorausbezahnten Legatare und späteren Hypothekgläubiger den dadurch verkürzten Gläubigern und Hypotheken zu¹⁶⁾). Gegen die Käufer von Erbschaftssachen, deren Kaufschillinge zur Bezahlung von Legataren und Erbschaftsgläubigern verwendet sind, besteht ebenso wenig eine Klage, als gegen den Erben selbst, der die Erbschaft auf diese Bezahlung verwendet hat¹⁷⁾.

Trotzdem die Inventarisirung keine Separirung ist¹⁸⁾, wird der Erbe, wenn er an den Erblasser zu fordern oder infolge der Erbschaft und Erbschaftsinventarisirung Kosten hatte, durch das beneficium inventarii gleichwohl selbst zum Erbschaftsgläubiger und also sich selbst aus der Erbschaft zu zahlen berechtigt. Was die Bezahlung seiner noch gegen den Erblasser erworbenen

mäßig, ohne Concurs in das ganze Vermögen nicht zulässig (§. 398 Anm. 1). Diese Schwierigkeit besteht für diejenigen nicht, welche Separation schlechthin zulassen. Aber auch den Anderen dürfte sie wenigstens für den Fall überwindlich sein, da das eigene Vermögen des Erben gegenüber den eigenen Gläubigern desselben solvent ist; denn nicht nur ist Separation ohne Concurs au s n a h m s w e i s e zulässig (§. 398 Anm. 1 meine Pand. 1te Aufl. S. 678 unten, Strippelmann, Entsch. d. O. N. G. zu Cassel, III. 2 S. 28): der Erbe hat nun einmal das Recht, sein Vermögen vor den Erbschaftsgläubigern zu retten und also seinerseits auf Separation und Einschränkung des Concurses auf die Erbschaft zu dringen, wenn es die Erbschaftsgläubiger nicht thun.

16) I. 22 §§. 5. 6. 8 eod. Privilegierte Chirografargläubiger haben vor dem Concurs kein Vorrecht vor den nichtprivilegierten: darum scheint es uns ebenso wenig im Sinne, als im Buchstaben der Constitution zu liegen, daß sie gegen vorausbezahlte nichtprivilegierte Chirografargläubiger kondiciren können. S. dagegen Windscheid §. 606 Anm. 11.

17) I. 22 §. 7 §. 8 eod. Waren die Kaufschillinge zur Bezahlung nicht verwendet, so wäre auch nicht die ganze Erbschaft auf Zahlung verwendet, und würden demnach noch Klagen sowohl gegen den Erben als gegen die Käufer zustehen; gegen jenen den Gläubigern und Legataren, gegen diesen (der Regress gegen den Erben hat) den betreffenden Hypothekgläubigern.

18) durch welche der Erbe, wenn er Erbschaftsforderungen hat, selbst unter die Separatisten kommt, gleichwie er in die Erbmasse zahlen muß, wenn er Erbschaftsschuldner ist — §. 398 Anm. 7.

Forderungen anlangt, steht er nicht besser noch schlechter als andere Erbschaftsgläubiger¹⁹⁾; was er dagegen in Folge der Erbschaft²⁰⁾ verwendet hat, darf er von der Erbschaft selbst abziehen²¹⁾.

Die Rechtswohlthat des Inventars steht nur solchen Erben zu, welche ein Inventar errichten nachdem sie die Erbschaft angetreten oder sich in dieselbe eingemischt haben. Möglicherweise geht die Inventarserrichtung dem Antritt der Erbschaft oder der Einmischung in dieselbe voraus; denn so sehr Justinian durch Ermöglichung eines ungefährlichen sofortigen Erbschaftsantrittes die Gesuche um Deliberationsrecht verdrängt zu sehen wünschte²²⁾, so hat er letzteres gleichwohl nicht aufgehoben, dem Delaten vielmehr die Wahl zwischen der alten und der neuen Auskunft gelassen, hinwider dem Deliberanten für den Fall, daß er sich zum Antritte der Erbschaft entschließt oder (wegen Richterklärung binnen der Deliberationsfrist) als antretend erachtet wird, die Rechtswohlthat des Inventars und das Recht der falcidischen Quart²³⁾, versagt, ob er nun ein Inventar errichtet hat, oder nicht; für den Fall, daß er ohne ein Inventar errichtet zu haben antritt oder für antretend erachtet wird, den Legataren das Unrecht auf volle, von dem Bestande der Erbschaft unabhängige Befriedigung eingeräumt²⁴⁾; für den Fall endlich, daß er ohne ein Inventar errichtet zu haben, ausschlägt, diejenigen an welche er hinausgeben muß, zur Leistung eines Würderungseides mit richterlicher Taxation berechtigt²⁵⁾.

19) I. 22 §. 9 eod. — similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam —

20) funus, Testamenteöffnung, Inventarisirung, andere Notwendigkeiten I. 22 §. 9 cit.

21) I. 22 §. 9 cit.

22) I. 22 pr. eod. — nec . . necessarium deliberationis erit auxilium , nisi hominibus formidulosis — §. 13 — vana formidine vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant — §. 14 — Si quis autem temerario proposito deliberationem . . petierit. —

23) I. 22 §. 14 eod.

24) Nov. I. c. 2 §. 2, vgl. Windscheid §. 606 Anm. 18 und die daf. Uff.

25) I. 22 §. 14 in f. cit.

Die Gordianische Constitution (Ann. 4) soll in der Justinianischen (l. 22 eit.) aufgegangen sein; gleichwohl der Soldat, wenn er in seiner Simplicität der justinianischen Constitution nicht entspricht (kein oder kein rechtmäßiges Inventar errichtet), nicht über den Bestand der Erbschaft hästen²⁶⁾.

Die Universal-Erb schaftsklagen.

S. 400.

Hereditatis petitio D. 5, 3 C. 3, 31.

Verschieden von den einzelnen in und mit der Erbschaft an den Erben gelangten Klagen (*actiones hereditariae*)¹⁾ sind die dem Erben infolge der Universalsuccession gewährten Universalklagen (l. 6 pr. D. r. v. 6, 1 — *actiones quae de universitate propositae sunt* — §. 358 Ann. 16; §. 397). Diese sind nicht mehr hereditariae (vererbt), sondern heredis²⁾, erst durch den Erben, d. i. durch die That sache, daß eine Universalsuccession stattgefunden hat, ermöglicht. Unter ihnen obenan³⁾ steht die dem civilen Erbrecht entsprungene, dem schließlich einigen Erbrechten entsprechende⁴⁾ hereditatis petitio.

26) l. 22 §. ult. h. t.

1) vgl. oben §. 357 zu Ann. 4. 6. §. 360 zu Ann. 5.—7 §. 364 zu Ann. 2, Ann. 17, 18, 34. Als „vererbte Klagen“ erscheinen nur in personam *actiones* (i. auch l. 37 D. a. v. o. h. 29, 2; in rem *actiones* werden nur mittelbar, dadurch daß singularum rerum dominia (und jura in re) auf den Erben übergehen (l. 37 eit.), vererbt, und könnten, bei dem Fortbestande ihrer Ursache, auch als erst nach dem Austritt der Erbschaft entstanden (als heredis statt hereditatis) gedacht werden (vgl. §. 360, Ann. 9). Weil aber doch schon vom Erblosser her oder hereditate jacente begründet gehören sie in das Erbschaftsinventar, im Falle der Separation den Erbschaftsgläubigern, zufolge der *restitutio hereditatis fideicommissae* dem Fideicommissär; ob diesem aber erst ex SC. Trebelliano? l. 63 pr. D. ad. SC. Treb. 36, 1 und Mayer, *Ztschr. f. g. R. W.* Bd. 8 §. 58 unten sind entgegen, l. 54 pr. D. h. t. u. Vangerow §. 295 Ann. 2 Nr. 3 a. E. dafür.

2) Arndts, *Beitr. zu versch. Lehren d. Civilr. u. Civilp.* I. Nr. 1. Über das Wesen und den Umfang der h. p. S. 57. Ann. 96 (dessen gesammelte civil. Schriften, Bd. 2 Nr. 47 S. 348, Ann. 96), Franche, *exeg. dogm. Comm.* über den Band Titel de h. p. 1864 S. 186. Vgl. l. 16 §. 3, §. 6 in f. l. 36 §. 2 D. h. 6.

3) wiewohl in den Quellen nicht obenan: vgl. D. 5, 3 mit 5, 2; C. 3, 31 mit C. 3, 28.

4) vgl. §. 360 Ann. 11. 12 §. 362.

Grund dieser Klage ist die so eben genannte Thatsache, daß Kläger die Person, um deren Nachlaß es sich handelt, beerbt habe⁵⁾; ein Erwerbsgrund (*causa hereditaria*), kein Recht ist diesesmal der Klagegrund. — Theilweise Beerbung gibt ebensowohl Grund zur h. p., als alleinige; für beide Fälle sind aber eigene Klagen aufgestellt worden⁶⁾. Wie in der den alleinigen Erbgang gestend machenden hereditatis petitio die Totalität, so röhrt in der eine Theilerbschaft vindicirenden h. p. partiaria die Partialität nicht aus dem Umfange dessen was Beklagter besitzt, sondern aus dem Klagegrund her. Bei der partiaria kann Beklagter den ganzen Nachlaß, bei der Totalklage vel minimam rem in Handen haben⁷⁾. Nur insofern erstreckt sich die Partialität auch auf Petitum oder Restitution, als der Theilerbe, gleichwie er die einzelnen Erbschaftssachen nur pro parte erworben hat, auch in h. petitione eine jede nur pro parte herausverlangen und bekommen kann⁸⁾. — Verschieden von dieser ursprünglichen Ab-

5) Nur diese Thatsache, nicht eine Art Eigenthum an einer universitas (Scheurl, Beiträge zur Bearb. d. r. R's. S. 41, Arndts, Beitr. S. 15) kommt in der intentio hereditatem ejus esse (l. 10 §. 1 D. h. t. Lenel, d. Edictum perpetuum S. 138), zum Ausdruck. Vgl. §. 347 Anm. 4. Wir sprechen von „unserem Vermögen“, ohne damit an ein eigenes, von den einzelnen Vermögensbestandtheilen verschiedenes Recht zu denken. Vgl. France, a. a. O. S. 2.

6) l. 1 pr. D. si pars hereditatis petatur, 5, 4. Post actionem, quam proposuit praetor ei qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit et ei proponere qui partem hereditatis petit.

7) l. 1 §. 1 eod. — non ex eo metitur, quod possessor occupavit; — et ideo sive ex asse heres sit totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas (l. 10 pr. D. h. t. — licet minimam); sive ex parte, partem, licet tu totam hm possideas. l. 16 D. Si quis om. c. test 29, 4 — qui unam aliquam rem hereditario nomine possideat. Daß man durch den Besitz auch nur einer u. der geringsten Sache eine hereditatis controversia ansuchen kann, ist der Grund, weshalb der Erbe einen solchen Besitzer h. petitione belangen kann; daß er ihn statt rei vindicatione mit h. p. belangt, beruht in dem Verlangen, sein Erbrecht anerkannt zu sehen. Vgl. France, exeg. dogm. über den Pand. Titel 5, 3, S. 132 fg.

8) l. 1 §. 2 eod. — petere debebunt, ut partes rerum consequantur — jedoch nur pro indiviso; denn hereditatis petitio ist, auch si pars petatur, keine hereditatis divisio, indem ad officium judicis (si pars petatur) nihil amplius pertinet, quam ut partem hereditatis pro indiviso mihi restitui jubeat (l. 7 eod.). Ist von mehreren Besitzern der Eine Miterbe,

schichtung der hereditatis petitio in eine Total- und Partialklage ist deren Erstreckung über ihre ursprünglich civile Grenze⁹⁾ hinaus auf die antiquirte possessoria hereditatis petitio (§. 360 Anm. 11), hinaus auf die Succession des Universalfideicommissari^s¹⁰⁾, auf die des Fiskus in caduca und vacante Erbschaften¹¹⁾, allenfalls auch auf die des Fiskus in das Vermögen eines Lebendigen¹²⁾, sicher ferner auf denjenigen, der die ganze Erbschaft oder einen Erbschaftstheil vom Fiskus gekauft

der Andere Michterbe, und der Miterbe nicht über seinen Theil im Besitz, so soll der nicht besitzende Theilerbe nur gegen den Michterben klagen, von diesem aber alles was er besitzt herausverlangen können – wiewohl auch ein anderes denkbar wäre: I. 1 §. 3 D. si pars her. 5, 4 vgl. I. 19 D. inoff. 5, 2. vgl. Arndts, Rechtsl. V. S. 213–215. — Die Ungewissheit der Theile anlangend ist unterschieden der Fall, da Kläger einen Theil schon jetzt gewiß, einen anderen annoch im Ungewissen hat, – und wo der Kläger gleichfalls Erbe, aber weil die Miterben nascituri sind, (nach Annahme von I. 1 §. 5 D. si pars h. 5, 4) noch kein Theil gewiß scheint. Dort besteht h. p. nur auf den gewissen Theil (I. 2 D. si pars h. 5, 4), es wäre denn der Erwerb des anderen Theils an eine Bedingung gefügt, und von dem hier möglichen provisorischen Erbschaftserwerb (b. possessio s. t.) Gebrauch gemacht (§. 395, 3); hier dagegen wird incertae partis petitio verwilligt (I. 1 §. 5 eit.) – trotzdem man sagen kann, daß Kläger schon jetzt einen Theil gewiß hat, nämlich denjenigen der ihm bleibt, wenn alle nascituri zur Welt kommen, und also die „wirkliche Ungewissheit der Größe der Quo^{ta}“ (France, S. 136) bestritten werden kann. Allein während in den Fällen der I. 2 eit. von einer testamentarischen Erbschaft die Rede und eine certa pars durch Einsetzung gegeben und erworben ist, liegt in I. 1 §. 5 eit. keine Einsetzung, überhaupt kein ausgesprochen gewisser Theil vor, und dürfte nicht erst die intentio der h. p., sondern schon die Delation und der Erwerb als incertae partis gedacht sein – etwa um deswillen, weil, wenn die Geburt der Miterben entfällt, in der Person des Erben keine Accrescenz, überhaupt kein neuer Erwerb erfolgt, mithin von Anfang kein in gewissem Umfang abgeschlossener Erwerb dagewesen sein kann, der Erwerb vielmehr von Anfang an in dem nummehrigen, aber damals noch ungewissen Umfange dagewesen sein muß.

9) Vgl. hiezu und besonders zu dem novo jure in I. 3 D. h. t. France, a. a. D. S. 6—9.

10) D. de fideicommissaria h. p. 5, 6 — über deren Formulierung Venel a. a. D. S. 144. Vgl. unten §. 429.

11) Bezuglich caduca Erbschaften s. I. 20 §. 6a §. 6d D. h. t.; bezüglich der bona vacantia I. 20 §. 7 eod.

12) Vgl. unten §. 430. Daß die betreffende bonorum vindicatio (I. 20 D. acens. 48, 2) eine Universalklage war, dürfte nicht zu zweifeln sein. So gut aber der bonorum emitor, trotzdem er in das Vermögen eines Lebendigen succedirte, ficto se herede klagen konnte (Gaj. 4, 35), so gut war dies beim Fiskus in Folge Confiskation möglich.

hat¹³⁾), richtiger aber auch auf denjenigen, der die ganze Erbschaft oder einen Erbschaftstheil vom Erben gekauft hat¹⁴⁾.

Der Grund zur h. p. kann gelegt und h. p. da sein, noch ehe der Tag oder die Bedingung der Restitution gekommen ist; an die Stelle der condemnatio tritt dann cautio¹⁵⁾. —

Anlaß zur h. p. ist nicht schon der Umstand, daß ein Dritter die Erbschaft, oder etwas aus der Erbschaft, besitzt und dem Erben herauszugeben sich weigert, sondern erst der, daß er durch den Besitztitel, welchen er für sich in Anspruch nimmt, einen Rechtsstreit um die Erbschaft (hereditatis controversiam) hervorruft, oder daß er ohne für sich irgend ein Recht in Anspruch zu nehmen, das Erbrecht des Klägers, d. i. die That sache daß dieser den Erblasser beerbt habe, bestreitet.

Nicht schon durch, aber auch nicht ohne den Umstand, daß ein Dritter die Erbschaft, oder etwas aus der Erbschaft besitzt oder als besitzend zu erachten ist, wird h. p. veranlaßt. Etwas aus der Erbschaft besitzt, wer eine in den Nachlaß gehörige Sache, oder ein in denselben gehöriges Recht besitzt¹⁶⁾. Der Besitz der Nachlaßsachen fällt mit der gemeinen corporis possessio zusammen; nicht so der Besitz der Nachlaßrechte mit dem der juris quasi possessio, wiewohl auch er veluti

13) l. 54 pr. D. h. t.

14) Allerdings kann der Erbschaftskäufer sich auf keine Universalscession stützen (vgl. Windscheid §. 614 Anm. 16, der diesen Defekt anders ausdrückt); allein dieses kann auch nicht, wer vom Fiskus kauft; dieses konnte, wenigstens vor dem SC. Trebellianum, auch der Universaldeicommissar nicht, während ihm utilis h. p. auch schon vor dem SC. Treb. eingeräumt sein konnte (vgl. §. 429 und hier oben Ann. 1). Daß für daß der Kauf das mandatum ad agendum hier wie anderwärts erfordert, bringt l. 16 pr. D. pact. 2, 14. Daß aber der Erbe dem Erbschaftskäufer „seine Erbschaft abgetreten habe, nicht seinen Erbschaftsanspruch“ (Windscheid a. a. D.), ist schwer anzunehmen. Auch dürfte „der Käufer einer Körperlichen Sache“ in der That „sofort die (utilis) rei vindicatio erworben haben“ wenn ihm eine erst zu vindicirende Sache verkauft war. Vgl. Francke a. a. D. über die Cession der in rem actiones S. 398 und speziell zur utilis h. p. des Erbschaftskäufers. S. 397 sg.; oben Bd. 2 §. 284 Anm. 7.

15) arg. l. 16 pr. D. h. t. — non debere eum damnari — cavere officio judicis debebit — Francke, a. a. D. S. 187 - 191 Vgl. §. 402 Anm. 34.

16) l. 9 D. h. t. — vel jus . . vel rem hereditariam — l. 18 §. 2 eod. — sive jura sive corpora (als Analyse der res hereditariae). —

possessio ist¹⁷⁾; denn einerseits bilden Rechte, an denen der gemeine Quasibesitz stattfindet, keinen Gegenstand für den zur hereditatis petitio seitens des Beklagten erforderlichen Besitz¹⁸⁾, anderseits kommt als Anlaß zur h. p. eine juris possessio vor, welche sonst nirgends als possessio erscheint: die Nichtbezalung von Erbschaftsschulden¹⁹⁾, überhaupt die Nichtbegleichung der in den Activstand der Erbschaft gehörigen Aktionen (actiones hereditariae)²⁰⁾, sowie die

17) l. 18 §. 1 eod.

18) arg. l. 19 §. 3 D. h. t. Servitutes in restitutionem hereditatis non venire — Hiebei ist freilich an den Besitz der Freiheit von einer einem fundus hereditarius zuständigen Servitut gedacht: — si non patiatur ire et agere propria actione convenietur — Allein muß in diesem Falle (falls interdictum de itinere nicht mehr zustünde) stets zur confessoria de servitute actio gegriffen werden, so wird wohl in dem umgekehrten Falle, da der Nachbar im Quasibesitz eines Servitutenrechtes an einem fundus hereditarius sich befindet, überall negotioria de serv. actio, nirgends h. p. stattfinden. — Übrigens ist Sinn und Grund jenes Ausprüches von alteris her bestritten (Glied, Com. Bd. 7 S. 538 fgg. Dernburg, Berh. d. her. pet. zu den erbsch. Singularflagen S. 81 fgg. Francke S. 209) dient eine Restitution des praedium dominans ihm und hält die Restitution der Servitut darum für unmöglich, weil sie überflüssig sei (mit dem Gründstücke von selbst restituirt werde). Allein paßt hiezu das cum nihil eo nomine possit restitui? daneben ist Francke der Meinung, daß allerdings auch der das praedium dominans besitzende Erbe die Servitut mit h. petitio nicht einflagen könne; denn wenn er in ihrer Ausübung gestört werde, entstehe actio erit in seiner Person; und dazu paßt: sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur (vgl. oben Anm. 1). Innerstirkt aber bleibt neben all dem das nihil eo nomine posse restitui. U. E. dient Paulus an nichts anderes, als an das Naturding der Restitution, das sich an Servituten allerdings nicht denken läßt.

19) l. 13 §. ult. — l. 16 pr. §. 3 l. 42 D. h. t.

20) l. 20 §. 4 eod. — omnes hereditarias actiones in h. p. venire — d. h. hereditatis petitione belangt muß man alles herausgeben, um was man von dem Kläger mittelst der durch die Erbschaft an ihn gelangten Einzelflagten angegangen werden könnte; und in eben diesem Beitreffe ist denn auch h. petitio möglich (§. 402 ab init.). Hieher z. B. legis Aq. actio gegen den Erbschaftsbewerber, wenn sie nicht post aditam hereditatem entstanden hereditis geworden ist: l. 36 §. 2 D. h. t.; überhaupt noxales actiones l. 40 §. 4 eod.; hieher auch der Fall, da h. p. die actio de peculio vertritt (l. 36 pr. in f. eod.), nicht auch der in l. 34 §. 1 eod. (wo pretium vorhanden, der Gewalthaber possessor, und quasi juris possessor mit Cujaz gegen Francke S. 336 Anm. 1 zu streichen sein dürfte — vgl. l. 36 pr. ab init.) — Sofort hier möge bemerkt sein, daß diese „in h. p. kommenden actiones“ unterschieden werden müssen, nicht nur von den Aktionen welche der Beklagte anlässlich des Erbschaftsbesitzes in eigener

Nichtcedirung von mittelst des Erbschaftsbesitzes erworbenen Klagen²¹⁾.

Was immer jemand aus der Erbschaft besitzt, Sache oder Recht, viel oder wenig²²⁾ oder alles, so besitzt er hereditatem — sein eigenes, etwa an der Erbschaft als Ganzem bestehendes Recht²³⁾, auch keine universitas²⁴⁾, wohl aber einen Erbschaftsteil, der pro toto stehen und hereditatis controversiam entfachen kann. Mehr oder etwas anderes als daß der zu Belangende Einzelnes, viel oder wenig, aus der Erbschaft besitze^{24 a)}, ist, was den Besitz anlangt, zur h. p. nicht nothwendig²⁵⁾. Dabei macht es keinen Unterschied, ob etwas schon beim Tode des Erblassers in dessen Vermögen gewesen, oder erst hereditate jacente dareingefommen ist²⁶⁾; selbst Sachen

Person erlangt hat (Anm. 21), sondern auch von dem in h. petitionem kommenden Erwerbe, welchen derjelbe dadurch gemacht hat, daß er als vermeintlicher Erbe hereditarias actiones angestellt und durchgelebt hat. Die Nutzanwendung dieses Unterschiedes s. §. 402 Anm. 34–36 und vgl. dazu hier unten Anm. 30. Endlich muß man von den in h. p. kommenden hereditariae actiones die erst nach Anstellung der h. p. vorkommenden Verschuldungen des Beklagten unterscheiden. Diese kommen wenn Kläger will in h. p., trotzdem er sie mit eigener und erst in seiner Person entstandenen Klage verfolgen könnte; nur die noch vor Anstellung der h. p. in eigener Person des Erben (also post. aditam h.) entstandenen Einzelfragen kommen nicht in h. p. Damit verschwindet die Schwierigkeit, welche Francke S. 343 im Vergleiche von l. 36 §. 2 D. h. t. mit l. 13 l. 14 D. rei vind. 6, 1 findet. Vgl. übrigens denselben S. 350 unten.

21) l. 16 §. 4 eod. — quasi a juris possessore, quia habet interdictum unde vi, quo victus cedere debet — §. 5 §. 7 l. 18 pr. l. 31 pr. in fine l. 35 l. 49 §. 3 cf. l. 20 §. 5 l. 30 in f. D. h. t. zu dem Texte der l. 16 §. 4 cit. s. Francke S. 363.

22) l. 10 pr. D. h. t.— licet minimam (rem hereditariam) z. B. bloße Früchte ex hereditate: l. 13 §. 7 D. h. t.

23) wie es gedacht scheint z. B. bei Dernburg, Berh. der h. p. zu den Singularklagen, 1852 S. 16, leist, an dem §. 358 Anm. 14 ags. O. Francke a. a. O. S. 133 unten.

24) Vgl. Francke, a. a. O. S. 2.

24a) — si duo possideant hereditatem (l. 1 §. 2 D. si pars her. pet. 5, 4), kann der Eine viele, der Andere wenige Erbschaftsstücke, oder auch nur ein einziges besitzen, im Gegensatz zu dem, der totam hereditatem (d. i. alle Erbschaftsstücke allein) besitzt (l. 1 §. 1 eod.). Verschieden von diesem hereditatem possidere und parallel der bonorum possessio ist hereditatis possessio — nicht effectiven Besitz, sondern Aurecht auf Besitz der Erbschaft, dann praetorischес Erbrecht bedeutend (§. 358 Anmerfung 11a 16).

25) l. 10 pr. D. h. t.

26) l. 2. §. 3 D. h. t. — non solum ea, quae mortis tempore

und Rechte, welche erst nach dem Antritte der Erbschaft²⁷⁾ erworben wurden, können hereditatis sein, in den Besitz eines Dritten und in hereditatis petitionem kommen²⁸⁾: es sei nun, daß sie einen Zuwachs zur Erbschaft bilden, indem sie in der Erbschaft selbst ihren Entstehungsgrund haben (ex ipsa hereditate accedunt) und also mit zu den ererbten Sachen gehören (hereditati accedunt)²⁹⁾, nicht außerhalb der Erbschaft (extrinsecus) ihren Ursprung nehmen und, obwohl durch Erbschaftssachen vermittelt, nicht der Erbschaft, sondern der Person des Besitzers zuwachsen (personae possessoris accedunt)³⁰⁾, — sei es daß sie an die Stelle bisheriger Erbschaftssachen

fuerunt, sed si qua postea augmenta accesserunt; nam hereditas augmentum recipit et diminutionem — im Gegenhalte zu ea quae post aditam hereditatem accedunt — Vgl. §. 364 S. 33—39; l. 16 §. 3 D. h. t. Non solum . . . a debitore defuncti, sed etiam a debitore hereditario peti h. potest, denique ab eo qui negotia hereditaria gessit im Gegenhalte zu demjenigen der erst heredis negotia gessit — Zu l. 32 l. 33 pr. D. h. t. vgl. Francke S. 334 fg.

27) l. 20 §. 3 cit. Sed ea quae post aditam hereditatem accedunt — Warum hier, wegen der folgenden Unterscheidung (ex ipsa hereditate und extrinsecus), nicht vom Antritte des wirklichen, sondern von dem vermeintlichen Erben und Besitzers die Rede sein soll (Glosse u. Francke S. 240 fg.), ist uns nicht ersichtlich.

28) Mit dem Schlagworte „quae in h. petitionem veniunt“ (l. 18 §. ult. D. h. t.) wird ebenjewohl getroffen sein, was, wenn im Besitz Dritter, Anlaß, — als was, wenn einmal geplagt ist, Gegenstand der h. p. d. h. des Petitionis u. der Restitution ist: arg. z. B. l. 13 §. 7 l. 16 §. 1 l. 27 pr. in f. §. 2. § 3 D. h. t. Eich deckend find die Ausdrücke in h. petitionem venire — in restitutionem venire — in hereditatem venire z. B. l. 19 §. 2 §. 3 l. 20 pr. D. h. t., oben §. 364 Ann. 12.

29) wie die Früchte und partus aus erbschaftlichen Grundstücken, Thieren und Sklavinnen: l. 20 §. 3 l. 25 § ult cf. l. 13 §. 7 D. h. t. jedoch nur deductis impensis: l. 36. § 5 eod., — auch die Früchte aus den Früchten und partus partuum: l. 26 l. 29 pr. l. 56 eod., — wie ferner die den natürlichen fructus vertretenden Miet- und Pachtzinsen: l. 27 §. 1 — l. 29 l. 52 l. 33 eod. — Hierdurch der Fruchterwerb des b. f. possessor beschränkt: Francke, S. 316, l. 40 §. 1 eod.

30) wie die durch Dejection oder Nichtsäugung erworbene Strafe (l. 24 eod. Francke, S. 265) — oder das conditionis implenda gratia (nur nicht a statulibero) Empfangene (l. 13 §. 6 eod. cf. l. 41 D. m. c. d. 39, 6). — Übrigens liegt außer dem Bereiche der h. p. auch was personae heridis (statt hereditati) accedit, wie alle die actiones die nicht mehr hereditariae (l. 20 §. 4 D. h. t.), sondern erst in der Person des Erben (obwohl mittelst einer res hereditaria) entstanden sind, und vom Erben — gleich der im Nachlaß vorgefundenen, aber erst von ihm usucapirten Sache (l. 19 §. 1

treten, mithin einen Erfaß für solche bilden³¹⁾, — oder zwar erst durch Anschaffung des Erben und nicht aus Mitteln der Erbschaft in die Erbschaftsmasse gekommen, allein für diese von wesentlichem Belange sind³²⁾ — oder endlich Sachen, welche nur insoferne mit der Erbschaft verbunden sind, als eine Haftung für dieselben mitvererbt ist³³⁾, oder ein Retentionsrecht an denselben³⁴⁾. — Als besīhend erachtet³⁵⁾, trotzdem man (aus der Erbschaft) nichts besīht³⁶⁾, wird man wegen dolus³⁷⁾: es sei nun wegen eines dolus praesens, indem man

eod.) nurmehr im Einzelnen eingeklagt werden können. Hierher gehört namentlich die erst gegenüber dem Erben an einer Erbschaftssache entstandene legis Aquilae actio (vgl. §. 364 *Uml. 12*). Etwas anderes als diese ist das vom vermeintlichen Erben und Besitzer durch l. Aq. actio erzielte und allerdings in h. p. kommende duplum (l. 55 eod.); nur an dieses denkt *Fränkle S. 216*.

31) l. 22 D. h. t. — in oratione D. Hadri. ita est: . . . potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium esse factum — (ein nicht erst hadrianischer Satz: l. 18 pr. D. h. t. *Fränkle S. 226*) l. 16 §. 1 eod. . . item qui a debitore hereditario exegit — §. 2 . . . ab eo qui petiit hereditatem et litis aestimationem consecutus est — §. 4 . . . si is qui pro herede possidebat, vi fuerit dejectus, peti ab eo h. posse quasi a juris possessore, quia habet interdictum de vi — §. 5 . . . sive . . . rem vendiderit . . . (et pretium) petere possit, ut et hic actionibus cedat. §. 7 . . . peti ab eo h. posse, quia habet condicione m earum, quae sunt ex ea causa (sc. f. commissi) soluta — §. 8 . . . et si pretia rerum quas distraxit ex causa fc. solvit — peti h. posse, quia repetere potest. Hierher auch, „quae hereditatis causa comparaata sunt“, si pecunia hereditaria comparata — l. 20 pr. cf. §. 1 §. 2 eod.

32) l. 20 pr. eod. — si magna utilitas hereditatis versetur (pretium sc. restituturo herede).

33) l. 19 pr. eod. — quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve l. 41 §. 1 eod. — Zu dem folgenden ut et hereditatis petitione contineantur vgl. *Fränkle S. 204*. Dasselbst über die Beweislast: S. 205.

34) l. 19 §. 2 eod. — in quibus possessor (sc. defunctus) retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si juraverat defunctus petitoris rem non esse et decesserit — Wie wenn der Beiflagte eine solche Sache versiert? darüber das Weitere dieser Stelle und *Fränkle S. 207*.

35) l. 13 §. 13 cit. — quasi possidentem teneri — l. 20 §. 6c. eod. — perinde condemnandos quasi possiderent. —

36) l. 13 §. 13 eod. — ab eo h. peti potest . . . et si nihil (possidet).

37) l. 13 §. 13 cit. — ex dolo eum teneri — l. 45 eod. — ex doli clausula tenetur. —

liti se offert³⁸⁾ , d. h. den Erben täuschend klagen läßt, um nach durchgeföhrtem Streite befinden zu machen, daß es am Besitze fehle und zu absolviren sei, indeß die Klage hiedurch vom wirklichen Besitzer abgewendet und dieser inzwischen vielleicht durch Erfüllung Eigenthümer wird³⁹⁾; sei es wegen eines dolus praeteritus, indem man sich, wissend, daß die Sache zu einer fremden Erbschaft gehört, mithin als malae f. possessor, noch vor der Streiterhebung des Besitzes entäußert hat⁴⁰⁾. Dieser dolosen Besitzentzugsung gleich steht die (ante l. c. nur in

38) I. 13 §. 13 eit. — *dolo enim facere eum qui liti se offert* — vgl. Bd. I. §. 105 Anm. 8.

39) Zu dem liti se offerre genügt nicht schon daß possessorum se dicere; die Streiteinlaßung muß hinzukommen (I. 25 in f. cf. I. 27 D. r. v. 6, 1); vor der Streiteinlaßung kann (wegen Ablenfung vom wirklichen Besitzer) *actio de dolo* (arg. I. 39 D. d. m. 4, 3), mit nichts auch schon Condemnirbarkeit in h. p., oder, was eins ist, ein Zwang zur Entlaßung auf h. p. begründet sein (Francke, S. 176 fgg.) — Minder zutreffend scheint uns die Cujacisch-Francke'sche Herleitung dieses dolus und seiner Folgen aus der doli clausula der *judicatum solvi cautio* (I. 6 l. 19 D. jud. s. 46, 7): denn nicht erst mit der *actio* aus dieser *cautio*, sondern unmittelbar aus der h. p. wird der liti se offerens wegen dolus kondemniert. Sollte dieser nicht als einer der *dolo malo non restituit* gegolten haben, und seine Condemnation in einer dem nisi restituit beigefügten doli clausula begründet gewesen sein? Diesfalls wären die Formeln bei Rudorff und Lenel zu ergänzen. — Zum Thatbestande dieses dolus præsens gehört, daß Kläger getäuscht sei: I. 45 eod.

40) I. 25 §. 2 eod. Quod ait Senatus: „ . . . etiamsi ante item contestatam fecerint, quominus possiderent“, ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur §. 7 in f. eod. — I. 13 §. 2 §. 14 eod. I. 27 §. 3 D. r. v. 6, 1. Vgl. Bd. I. §. 167 Anm. 9 - 13 und die reiche Aufzählung der Formeln und Actionen, in denen diese Gleichstellung von desinere dolo malo possidere und gegenwärtigem possidere vorkommt, bei Leist, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 37 u. 38 I. S. 393-8; darüber daß die Entäußerung keine Veräußerung zu sein braucht, und daß auf den Grund, warum man veräußert, verzehrt etc., insonderheit darauf, ob man damit dem Prozeß entgehen oder *judicium mutare* will, nichts ankommt, s. Francke a. a. D. S. 145 u. S. 269 fgg. Auch darüber daß diese *ficta possessio* älter ist als das SC. Juventianum (I. 18 pr. D. h. t. vgl. I. 1 pr. D. q. b. 43, 2 l. 1 §. 7 D. quod leg. 43, 3 l. 1 pr. D. tab. exhib. 43, 5 l. 9 §. 4 D. ad exh. 10, 4), und daß in dem SC. nicht diese Belastung des m. f. possessor, sondern die Entlastung des b. f. possessor entschieden ist (vgl. I. 18 pr. in f. eit.) s. Francke S. 150, S. 201, S. 221 fgg. S. 225 fgg. S. 270, 2 S. 373 zu l. 48 D. h. t. Eine Modifikation der Belangbarkeit dieses *fictus possessor* bringt der Fall mit sich, da die Sache sich bei einem Dritten befindet und dieser zu restituiren bereit ist; nicht so schlechthin der Fall, da dieser den Prozeß aufzunehmen bereit ist (— nisi patentis interest —

der Person des bösgläubigen Besitzers denkbare) ⁴¹⁾ culpose Vernachlässigung des Erbschaftsbesitzes ⁴²⁾ und der dadurch herbeigeführte Verlust von Sachen ⁴³⁾ oder Rechten oder Entgang von Früchten ⁴⁴⁾ — überhaupt der dolosen und culposen Aufgebung die dolose und culpose Nichtzulassung des Besitzes ⁴⁵⁾.

Durch den Besitztitel, welchen er für sich in Anspruch nimmt, gibt Anstoß zur hereditatis controversia wer pro herede besitzt, d. h. als Erbe zu besitzen behauptet ⁴⁶⁾. Vor-

l. 13 §. 14 D. h. t.). Umgekehrt wird der dritte Besitzer dadurch daß der fictus possessor zuvor belangt wird, nicht frei: l. cit. in f. l. 95 §. 9 l. 25 §. 8 in. f. eod. D. solut. 46, 3 Francke S. 183 fg. S. 290, 2.

41) l. 31 § 3 D. h. t. — b. f. possessor . . . quasi suam rem neglexit. —

42) l. 25 §. 2 cit. — (ut) et culpa (deduceretur in h. p.) — — arg. l. 31 §. 3 D. h. t. — Si facere debuit nec fecit . . . neglexit — l. 18 pr. D. h. t.: unvorsichtige Creditirung; zu l. 19 §. 2 eod. (licet hic propter culpam non teneatur) s. Francke S. 208. — Verzinsliche Geldanlage gehörte aber zu den Obliegenheiten des m. f. possessor nicht: l. 20 §. 14 D. h. t. l. 62 pr. D. r. v. 6, 1. Ein anderes ist das, daß er post motam controversiam wegen Nichtrestitution des Kapitals Prozeßzinse zahlt: vgl. Francke S. 275 gegen Sav. Synt. VI. S. 151, — und unten §. 402 Anm. 21.

43) z. B. aquilicische Verschuldung: l. 36 §. 2 cf. l. 54 §. 2 D. h. t.

44) l. 25 §. 2 cit. — et ideo ab eo qui ab alio non exegit vel a semetipso, si tempore esset liberatus, peti h. posse: hoc utique si exigere potuit. l. 31 §. 4 eod. — praedomi non imputari, cum actionem non habuerit und dann unten §. 402 Anm. 7. Hierher gehört auch die culpose Preisgebung von Sachen, an denen der Erblasser bloßes Retentionsrecht hatte, wenn sie ante l. c. platzgreift (s. oben Anm. 34); — t. 25 §. 4 eod. — fructus . . . quos percipere debuerunt l. 25 §. 9 eod. — etiam is qui dolo fecit quominus possideret — §. 10 eod. — jusjurandum in item —

45) l. 25 §. 8 eod. — sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere — Anm. 44.

46) l. 9 l. 11 pr. l. 42 D. h. t. Daß der Anstoß zur hereditatis controversia maßgebend war für das Erforderniß des Titels pro herede, leuchtet an erster Stelle aus dem alten Wettprozeß (Gaj. 4. 17. Si de fundo, vel de aedibus sive de hereditate controversia erat — meine Pandd. 1.te Aufl. S. 681 fg.) und der Contravindikation ein, und wird für die petitoria formula auch bezüglich des pro possessore possidere wahr (S. 224, 2). So geht denn auch Francke bei der Erklärung der beiden Titel von dem „Erbschaftsstreite“ aus (S. 143), während Arndts (Rechtsl. V. S. 209) und wie es scheint Savigny, Synt. V 479 denselben die Verleugnung des Erbrechtes zu Grunde legt. Auf diese kommt, bezüglich des pro possessore, auch Francke a. a. O. hinaus. Von der Verleugnung des Erbrechtes aus müßten aber alle nicht erbberechtigten Besitzer belangbar sein, gleichwie durch rei vindicatio alle besitzenden Nichteigen-

ausgesetzt ist, daß er als Erbe desselben Erblassers zu besitzen behauptet, als dessen Erbe Kläger die Erbschaftsklage anstellt⁴⁷); denn andernfalls ist es nicht dieser Titel, durch welchen er das Erbrecht des Klägers in Frage zieht, sondern der bloße Besitz, verbunden mit der Negation, daß der Gegenstand dieses Besitzes in die klägerische Erbschaft gehöre⁴⁸). Dagegen genügt es, daß der Besitzer Erbe zu sein behaupte; der gute Glaube ist naturgemäß nicht zur Veranlassung der hereditatis controversia, sondern nur zur Ermäßigung der hereditatis petitio (der Restitution und Condemnation) nothwendig⁴⁹). — Seitdem es zur Einlassung auf Vindikationen keiner Contravindikation mehr bedarf, genügt zur Veranlassung der hereditatis controversia. 2. auch die Thatache, daß ein Dritter pro possessore besitzt, d. h. für seinen Besitz keinen Titel angibt⁵⁰), verbunden freilich mit der Negation des klägerischen Erbrechts, d. i. der Thatache, daß die Erbschaft, auf deren Grund Kläger klagt, des Klägers sei (daß Kläger den Titius, um

thümer, so daß von hier aus Savigny konsequent ist, wenn er die Einschränkung der Besittitel bei der h. p. als eine „Singularität“ bezeichnet — die Arndts a. a. D. S. 211 Ann. 28 freilich nicht zugeben will.

47) Würde er dieselben Sachen, welche Kläger als Erbschaft des T. in Anspruch nimmt, als Erbe des S. und damit als Erbschaft des S. behaupten, so gäbe es, wie einst keine Wette (Gaj. 4, 17), so nunmehr keine Kontroverse darüber, wer von Beiden, Kläger oder Be lagter, Erbe sei; nicht Ti hereditatem meam esse, sondern daß die im jenseitigen Besitz befindlichen Sachen ex hereditate Ti seien, wäre streitig; das Recht des Erblassers, nicht das des Erben wäre in Frage gestellt. Vgl. weiteres unten Ann. 52.

48) so daß das Erbrecht des Klägers in objectiver, statt (wie bei dem Titel pro herede) in subjectiver Richtung bestritten wird.

49) I. 11 pr. cit. gegen Fitting, Arch. f. civ. P. Bd. 52 Ann. 150. §. Wind scheid §. 614 Ann. 4. Wenn Francke S. 138 darum meint, daß Ulpian „praecler“ hätte sagen müssen: pro h. possidet, qui se dicit heredem, anstatt qui se putat — so geht er voraus daß Ulpian definieren wollte. Vielleicht aber wollte er nur exemplificiren. — Darnach kann es — weil die Behauptung Erbe zu sein, den Titel pro herede ausmacht — kommen, daß ein praedo nicht als pro possessore, sondern als pro herede possidens belangt wird (vgl. I. 11 §. 1 — I. 13 pr. D. h. t. und dazu Francke S. 140. Leist, Fortsetz. des Glückschen Comm. Bd. 37 u. 38 I. S. 255 fgg.

50) I. 11 §. 1. — I. 13 §. 1 D. h. t. — I. 12 — qui interrogatus cur possideat responsurus sit quia possideo nec contendit se heredem vel per mendacium — I. 13 pr. — nec ullam causam possessionis possit

schaft erklagt, beerbt habe⁵¹⁾). Möglicherweise erhebt der Besitzer dagegen, daß die der Klage zu Grunde liegende Erbschaft des Klägers sei, (daß Kläger den Titus, um dessen Erbschaft er klagt, beerbt habe) keinen Widerspruch; läugnet aber daß der Gegenstand seines Besitzes in jene Erbschaft⁵²⁾ gehöre: hier kommt es richtiger zu keiner h. petitio; denn der Besitzer regt hier keine hereditatis controversia (d. i. keinen Erbsfolgestreit) an. Wer aus einem Singularerwerbstitel besitzt, regt gleichfalls keine h. controversia an, und ist denn auch durch h. p. nicht belangbar⁵³⁾; der Umstand, daß er sie mala fide (sciens alienam esse) erworben hat, macht ihn noch nicht zum pro p. possessor; genug daß der Erwerbsact zu Recht besteht⁵⁴⁾. Allein möglicherweise besteht der Singularerwerbstitel, auf welchen der

dicere — In dieser Lage befindet sich auch der, welcher den Besitz erbsch. Sachen mittelst Dejection erlangt hat: I. 16 §. 4 D. h. t., ferner der Dieb und Räuber von Erbschaftsläden: I. 13 pr. D. h. t., oder der Gatte, welcher sie im voraus (noch bevor die andere Ehehälfte stirbt) auf die Seite geschafft hat: I. 22 §. 1 D. act. rer. am. 25, 2.

51) Ohne diese Negation würde Beklagter die intentio: hereditatem ejus esse, einräumen und also wohl ohne weiteren Prozeß zur Restitution gezwungen werden, wessfalls nur noch ein arbitriuum über den Umlauf der Restitution denkbar wäre. Ob Arndts S. 210 unten und sg., Francke S. 143 unten u. Windischeid §. 614 Anm. 4, daß Erforderniß dieser Negation zufällig oder absichtlich übergehen, muß dahingestellt bleiben. Ein Bedenken gegen dasselbe entspringt aus I. 42 D. h. t. (Francke S. 185 sg.). Indessen kann man von dem Erbschaftsschuldner welcher das Erbrecht des Klägers läugnet, noch nicht sagen, daß er pro possessore besitze — was die Voraussetzung seiner Belangbarkeit wäre, wenn er nicht selbst Erbe zu sein behauptete.

52) Wenigstens paßt hiezu nicht die bis jetzt bekannte Formel: Si paret Tui hereditatem ejus esse. Auch wird der Kläger durch solches Verhalten des Beklagten zu der Behauptung und dem Beweise gezwungen, daß die in dem vorenthaltenen Besitz befindlichen Sachen eine jede des Klägerischen Erblassers gewesen, oder nachträglich in dessen Erbschaft gekommen sei (Anm. 47): in der That also zu einer kleineren oder größeren Zahl von Einzelklagen. Das bleibt sich gleich, ob Beklagter nun zugleich seinen Besitz gleichfalls auf einen Universaltitel (auf die Erbschaft des Sejus), oder auf Singularerwerb, oder auf keinen Titel zurückführt.

53) arg. I. 9 l. 13 §. 1 D. h. t., l. 1 §. 4 D. quod legat. 43, 3. In I. 54 §. 1 D. h. t. ist nicht der Pfandgläubiger, sondern sonst ein dritter der Besitzer: Francke S. 402.

54) I. 2 §. 1 D. pro emt. 41, 4 — nam vere dicitur quis emisse, licet mala fide; quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet, licet usu non capiat. Eine Neigung zu gegentheiliger Ansicht verriethen diejenigen, welche einen gesellschaftlichen Käufer einer

Beklagte sich beruft, nicht zu Recht, so daß dieser in der That ohne Titel besitzt, und wenn er die Wichtigkeit seines Titels kennt, auch pro possessor possessor ist und heißt⁵⁵⁾, mithin wenn er den Besitz gleichwohl behalten und auf h. p. sich einlassen will, das klägerische Erbrecht bestreiten muß (Ann. 51). Umso mehr muß pro possessor possessor sein, wer einen Singularerwerbstitel weder faktisch noch rechtlich hat, sondern lediglich vorgibt⁵⁶⁾; nur dürfte ein solcher Besitzer der Unwahrheit überführt, dafür daß er der Unwahrheit überführt werden mußte ohne weiteres restitutionspflichtig sein⁵⁷⁾. Hinwider kann derjenige, „welcher eigenmächtig die besitzlosen Sachen des Nachlasses occupirt hat ohne sich für den Erben zu halten“, dann, wenn er es in der Meinung that, Eigentümer zu sein, geschweige dann wenn er wirklich Eigentümer ist, nicht pro possessor possessor sein⁵⁸⁾, nach neuerem, die Selbsthilfe mit neuen Mitteln verfolgendem Rechte⁵⁹⁾ zwar possessorisch (secundaria prioriatis actione non exclusa)⁶⁰⁾, mit nichts

fremden Erbschaft als quasi pro poss. possessor betrachteten, von Ulpian aber zurecht gewiesen wurden (I. 13 §. 8 D. h. t.), wogegen uns Africanius in I. 40 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2 keinerlei Widerspruch zu enthalten scheint; er kann mit der malae f. emitio eine claudestina possessio konkurriren lassen, ohne deswegen eine pro possessor possessio anzunehmen. S. dagegen Francke, S. 141.

55) I. 13 §. 1 D. h. t. *Omnibus etiam titulis hic pro possessor haeret et injunctus est. Denique et pro emtore titulo haeret; nam si a furioso emero sciens, p. p. possideo. Item in titulo pro donato quaeritur . . ut puta uxor vel maritus . . Item pro dote titulus recipit pro possessor possessionem, ut puta si a minore XII. anupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti . . .*

56) vgl. I. 12 eod. — vel per mendacium.

57) vgl. Bd. 1 §. 167 Ann. 8, auch Bd. 2 §. 304 Ann. 38.

58) Befragt warum er besitze, wird er sich nicht auf die Antwort quia possideo bechränken (I. 12 eod.); weder hat er sciens alienam hereditatem, noch ohne causa possideundi (I. 25 §. 3 vgl. I. 13 pr. eod. Gaj. 4, 144) Besitz ergriifen. — Das Gegentheil lehrt u. a. Arndts, Rechtsl. V. S. 211 ohne daß hier auch nur von einer „Verlegung des Erbrechts“ (s. oben Ann. 46) die Rede sein kann.

59) s. Bd. 1 §. 82 Ann. 7 und Bd. 2 §. 183 zu Ann. 6–8 und bei Ann. 8, ferner zu Ann. 21.

60) d. i. mit dem dahin erweiterten interdictum quorum bonorum: 1. unic. C. Th. quor. bon. 4, 21 Arcad. et Hon. a. 395 I. 3 §. 1 C. J. eod. 8, 2 cf. I. 1 pr. D. eod. 43, 2 und auch noch I. 2 C. eod. Diocl. et M.

auch petitorisch, d. i. mit h. petitio belangt werden⁶¹⁾. Wenn ein Erbschaftsschuldner nicht weil er selbst Erbe sei, sondern weil er das Erbrecht des Erbschafts-Prätendenten läugnet oder bezweifelt, die Balung verweigert, so thut er zwar dasselbe was der pro possessore possessor thun muß, damit es zur h. p. komme; allein gleichwohl ist er nicht pro possessore possessor, und darum mit h. p. nicht belangbar⁶²⁾). Praedonis loco dagegen ist, wer durch ein stillschweigendes, in fraudem legis übernommenes Fideikommiß sich des Erbschaftsbesitzes unwürdig gemacht hat⁶³⁾). — Wer in fremdem Namen eine Erbschaft besitzt, besitzt selbst weder pro herede noch pro possessore, und kann denn auch nur in fremdem Namen mit h. p. belangt werden⁶⁴⁾; würde er aber nach entschiedener Nichtratifikation (oder widerrufener Vollmacht) zu besitzen fortfahren, so wäre er quasi praedo und in eigenem Namen belangbar^{64a)}). — Der Haussohn, welcher Erbschaftssachen im Pekulium hat, ist in eigenem Namen belangbar⁶⁵⁾.

61) S. dagegen Arndts Beiträge S. 36—40 u. Rechtsl. a. a. D., Francke, Recht d. Nothberen S. 101 oben und Wangerow §. 505 Anm. S. 345, der h. petitionem wider den Beklagten zuläßt, diesem die exceptio dominii versagt, dagegen secundariam proprietatis actionem zugestehet. Den Beklagten auch hier noch (in h. p. auf secundaria proprietatis actio verweist, während Arndts u. Francke sofort exceptiōnem dominii zulassen. Vgl. meine Pand. 1.te Aufl. S. 688 fg.

62) Weil man nicht sagen kann, daß er sine causa zu dieser juris possessio (Anm. 19) gelangt sei. — I. 42 D. h. t.

63) I. 46 D. h. t. Vgl. oben §. 396 Anm. 14 u. I. 18 pr. D. his quae ut indign 34, 9.

64) I. 13 §. 12 D. h. t. — quia non videtur pro h. vel p. p. possidere, qui alterius contemplatione possidet — ; — puto absentis nomine petendam h., ipsius vero nequaquam. — Was vom negotiorum gestor wird auch vom procurator (mit Mandat) und cognitor gegolten haben. Francke S. 133 drückt sich so aus, als ob gegen den Detentor überhaupt nicht geflagt werden könne.

64a) I. 13 §. 12 in f. z. B. I. 58 D. h. t. Francke S. 430.

65) — quia restituendi habet facultatem (I. 36 §. 1 D. h. t.) kann nicht sagen wollen, daß Detention anstatt possessio überhaupt genüge (I. 13 §. 12 cit.) — s. dagegen Enjacius in libr. XX. Pauli ad Edict. zu I. 36 § 1 cit. — hinwider Francke S. 341, sondern nur daß restituendi facultas hier, beim Pekuliarbesitz, den Mangel der possessio decte. Durch den Pekuliarbesitz hängt I. 36 §. 1 mit I. 36 pr. zusammen. Die Titulirung pro herede oder pro possessore ist auch hier nothwendig, aber pekulariter zu verstehen; daß der Sohn bei der Besitzergreifung oder nachher

Gleichwie flägerischerseits h. p. über den Erben hinaus erstreckt ist, so greift dieselbe auch passiverseits über den pro herede und pro possessore possessor hinaus: 1) gegen alle, die zwar nicht pro herede, aber aus einem anderen Universalerwerbstitel die Erbschaft behaupten⁶⁶); 2) gegen solche die nur aus einem Singulärerwerbstitel, aus diesem aber die „Erbschaft“ oder eine Quote derselben erworben und in Besitz bekommen haben wollen⁶⁷); sie sollen nicht durch

„sich für sui juris ausgeben müsse“ (Francke S. 341) scheint nicht nothwendig.

66) l. 11 pr. in f. l. 20 §. 13 D. h. t. - et si bonorum possessores se existiment vel alios successores vel restitutam sibi hereditatem, in eadem erunt conditione wie diejenigen qui se heredes existiment. — Sie sämmtlich negiren das flägerische Erbrecht: als angebliche b. possessores freilich nur insoferne sie eine b. p. cum re behaupten (§. 359 Ann. 6); als alii successores, z. B. in angebliche bona vacantia (l. 13 §. 9 eod.), insoferne sie in und mit der Behauptung der Vacanz den Erbschaftserwerb des Klägers bestreiten; als Universalfideicommissare, indem sie, den Restituenten als Erben behauptend, leugnen daß Kläger Erbe sei. Als Universalsuccessoren werden sie sämmtlich quasi pro herede possidentes (vgl. l. 13 §. 11 eod.) und blos als utiliter belangbar gedacht sein (vgl. unten Ann. 69). Wer die Erbschaft restituirt, wird von der h. p. frei, wenn er nicht dolo fecit, d. h., sciens h. alienam esse restituirte l. 13 §. 2 D. h. t. Über die Stellung dieser l. 13 §. 2 und ihren ursprünglichen Zusammenhang s. Francke S. 145 fg., — woneben nur zu bemerken ist, daß die Haftung des Universalfideicommissars allerdings „positiv“ ausgesprochen ist (l. 20 §. 13 D. h. t.)

67) wie der Erbschaftskäufer (l. 13 §. 4 §. 8 cf. §. 1 §. 9 eod.), — der Mann, der eine Erbschaft in dotem bekommen (l. 13 §. 10 cf. §. 1 eod.), — der Legatär, dem eine Erbschaft vermacht ist (arg. §. 1 cit. in f.). Überall hier utilis h. p. (l. 13 §. 4 §. 8 §. 10 cit.; denn selbst wenn sie scientes alienam hereditatem erworben hätten, würden sie doch gekauft z. und also nicht praedonio more erworben haben, folgerecht ebenjewenig pro possessore, als pro herede possidentes sein (l. 13 §. 8 eod.) als hereditatis emtores (es sei nun angeichts des Editus oder der Formel) nur utiliter haften können (— ut emtor universitatis utiliter tenetur). Hereditatis controversia aber versteht sich, ob sie sich auf ein pro herede ihres Autors stützen, oder wie pro possessore possessores das flägerische Erbrecht unmittelbar leugnen. — Die directa h. p. gegen den Erbschaftskäufer z. ist durch die Gewährung der utilis h. p. gegen den Erbschaftskäufer z. nicht ausgeschlossen: l. 13 §. 4. §. 10 eod. Insonderheit haftet die Frau, welche eine Erbschaft in dotem gegeben, schlechthin (l. 13 §. 10); u. E. deswegen, weil das mulieris est; i. dag. Francke S. 163. — Was von demjenigen, der die Erbschaft singulari modo vom vermeintlichen Erben erwirkt, gilt auch von demjenigen, der sie von sonstigen Universalsuccessoren erwirkt: l. 13 §. 9 eod.; was aber den Kauf der bona vacantia aus des Fiskus Hand anlangt, so s. über

Einzelklagen „vergirt“ werden⁶⁸⁾). — Diese beiden Gruppen besitzen weder pro herede noch pro possessore, werden aber als ob sie pro herede oder pro possessore besäßen, behandelt⁶⁹⁾). Des weiteren findet h. p. aber auch 3) gegen den Erben des pro herede oder pro possessore possessor statt; auf diesen vererbt die Belangbarkeit des Erblässers, ob ihm letztere bekannt war oder nicht, ob er wußte, daß die Sachen in eine fremde Erbschaft gehören, oder ob er sie für Sachen seiner Erbschaft hielt⁷⁰⁾). Folgerecht vererbt wie die direkte auch die indirekte Belangbarkeit (utilis h. p.)⁷¹⁾.

die Antiquirung dieses Falles Francke S. 162 und l. 2 l. 3 C. quadr. praescr. 7, 37.

68) „ne singulis judiciis vexaretur“ in l. 13 §. 4 D. h. t. bezieht sich auf den hereditatis emtor, nach dem Scholiasten in den Basiliiken zu lib. 42 t. 1 nr. 13 §. 3 (Heimb. IV. p. 196) auf den klagenden Erben — eine Beziehung, welche Francke S. 152 S. 165 unten S. 167 unten ohne weiteres auf l. 13 §. 4 cit. überträgt. Dadurch gelangt er weiterhin zu der Behauptung, daß der Erbe ebensowohl res singulas als hereditatem vindicare könne, die exceptio quod praej. h. nou fiat dem Einzelsläger nicht entgegenstehe (s. dagegen unten §. 401 Anm. 18), und endlich zu der u. E. unrichtigen Auslegung von l. 25 §. 17 D. h. t. (s. unten §. 401 Anm. 19).

69) Francke S. 139 faßt sie direkt als pro herede possessores; allein l. 11 pr. in f. D. h. t. sagt nur et b. possessor videtur p. h. possidere; l. 1 C. inoff. 3, 28 läßt den Universalideicommissar perinde teneri ac si p. h. aut p. p. possideret, wonach auch l. 20 §. 13 D. h. t. mit der eadem conditio nur den Effect, nicht den Begriff im Auge gehabt haben dürfte; l. 10 C. inoff. 3, 28 ist neutral; wogegen der emtor hereditatis „utili“ tenetur: l. 13 §. 8 D. h. t. Kam freilich das pro h. oder pro p. in die Formel nicht zu stehen (Anm. 73), dann hatte auch die Ausdehnung desselben keinen Einfluß auf die Formel. Anders im anderen Falte.

70) l. 13 §. 3 eod. cf. l. 11 D. div. t. pr. 44, 3. Hier muß nöthigenfalls der Kläger beweisen, daß der Erblässer pro h. oder pro p. besessen; der Beklagte aber, wenn er gleichwohl frei werden will, entweder darthun, daß sein Erblässer wilslicher Erbe war, oder leugnen, daß Kläger Erbe sei: — der Erbe desjenigen, welcher dolo desuit possidere, haftet nach Maßgabe der Delictisvererbung, römisch also nur bis zur Bereicherung (vgl. l. 52 D. r. v. 6, 1. Arndts, Rechtsl. V. S. 212 fg und oben Bd. 1 §. 85 Anm. 9).

71) wie namentlich die des hereditatis emtor. — Einen solchen erbläßt Francke, S. 164 in dem defunctus, der pro emtore possedit der l. 13 §. 11 eod. und dafür spricht, daß nur gerade vom emtor, nicht vom Singularerwerb überhaupt die Rede ist, — daß man schwer ein sieht, wie der Erbe belangbar sein soll, wo es der Erblässer nicht war, daß sonst der Beklagte entweder einen beliebigen Singularerwerbstitel oder aber seine Erbschaft als Erwerbsgrund angibt, in beiden Fällen aber den Streitpunkt

Verschieden von der Frage, wer utiliter mit h. p. belangt werden könne, ist die Frage, ob auf diese utilis h. p. alle Grundsätze der direkten h. p. anzuwenden sind und daß (z. B.) der Erbschaftsfächer in jeder Hinsicht so haftet, wie ein Besitzer pro herede oder pro possessore gesetzlich haftet?"⁷²⁾.

Nach heutigem Rechte gehört die Behauptung des Besitzes und erforderlichen Besitztitels mit zur Klage⁷³⁾. Ablehnung des Besitzes zieht im Falle der Überführung Übertragung des Besitzes an den Kläger nach sich⁷⁴⁾.

Wenn von zwei Erbprætendenten jeder Einzelnes aus der Erbschaft besitzt, steht dem Belangten Widerklage zu⁷⁵⁾.

der hereditatis p. verrückt (Anm. 47. 52.) — daß sonst I. 13 § 11 einen ganz anderen Gesichtspunkt für die Belangbarkeit des Erben aufstellt als I. 13 §. 3 eod. Einwenden kann man, außer dem Buchstabens der Stelle, daß anstatt von einer hereditatis emtio von einer rerum emtio die Rede ist, und daß der Belangte quasi pro herede (scheinbar um seiner Erbschaft willen) belangbar sein soll. Beide Einwendungen verlieren aber an Gewicht, wenn man mit Francke davon ausgeht, daß der Erblässer des Beklagten verschiedene Sachen der Erbschaft verschieden besessen hat: die einen pro herede oder pro possessore, die anderen durch Erbschaftsteil-Kauf von den vermeintlichen Miterben. Und dafür liegt auch Anhalt im Texte und in dessen Zusammenhang mit I. 13 §. 3 eod.

72) Diese Frage stellt Francke a. a. D. S. 105 fgg. 1) in Bezug auf die usucapio, welche, als usucapio pro h. von der h. p. nicht bereit (Bd 1 §. 159 S. 622), als usucaption z. B. des Erbschaftsfächers dagegen befreien soll — weil der Erbschaftsfächer nicht pro h. usucapire. Aber muß sich der Erbschaftsfächer, wenn er einmal h. petitione belangt ist, nicht auf das Erbrecht seines Autors (einen alienus titulus im Gegensatz zu dem proprius: I. 2 C. h. t.) berufen? (Anm. 67) und kann er danach noch irgendwie seinen Kausittitel verwerten? 2) in Bezug auf die Præstation der Früchte. Daraüber s. §. 402 Anm. a. E.

73) Lenel (Edictum perpetuum) behauptet daß auch für die römische Formel, aus erheblichen Gründen (S. 139 f.). Allein mußte, daß Beklagter pro h. oder pro p. besitze, nicht noch vor Erhebung (Conception) der Klage, etwa durch interrogatio in jure (vgl. I. 5 etc. D. interrog. 11, 1, und besonders I. 11 C. h. t.) — dicere cogitur utrum pro possessore an pro herede possideat) festgestellt und also für den Richter selbstverständlich sein? könnten die utiles h. petitiones nicht als Abweichungen von der Proposition des Edictes anstatt von gewissen Worten der Formel zu verstehen und anzunehmen sein, daß wohl in Fällen der utilis h. p. und wenn alieno nomine defendit wurde (I. 13 §. 12 D. h. t.), nicht aber auch sonst ein den Besitz und Besitztitel des Beklagten betreffender Zusatz in die Formel kam? Keinesfalls dürfte er alternativ: pro h. aut pro p. gelautet haben.

74) Bd. 1 §. 167 zu Anm. 8 und das interdictum quam hereditatem in den Endlicher'schen Fragmenten.

75) I. 15 D. exc. r. j. 44. 2 — nihil vetat et me a te, et invicem te a me hereditatem petere — u. dazu Francke a. a. D. S. 11—18.

Die prozeßualische Lehre des Beweises ist in unseren Quellen durch den Entscheid vertreten, daß Testamentsgebrechen, welche auf Unfähigkeit oder Willensänderung des Testators beruhen, von demjenigen bewiesen werden müssen, der sie behauptet⁷⁶⁾. Dasselbe soll auch noch von anderen Gebrechen gelten⁷⁷⁾. Von welcher Art diese sein sollen, muß sich zum Theil nach Art der bezeugten, zum Theil nach dem Umfang des dem Kläger in Ansehung des Testamentes obliegenden Beweises bestimmen. Mehr als einen Urkundsact, der sinnfällig als Testament erscheint — den Schein eines Testamentes für sich hat — wird Kläger nicht beweisen müssen⁷⁸⁾.

§. 401.

Von Exceptionen ist hier in doppelter Richtung die Rede: in einer gegen, und in einer für die hereditatis petitio.

I. Gegen die h. p. besteht abgesehen von den gemeinen, wider jede Klage möglichen Exceptionen eine exceptio doli wegen Nichtachtung von Gegenansprüchen des Beflagten¹⁾.

1. aus Auslagen, welche von demselben auf die Erbschaft gemacht²⁾, und ihm, wenn er b. f. possessor ist und darum

76) I. 5 C. eod. 6, 36; I. 22 D. prob. 22, 3 I. 4 D. his quae ut indign. 28, 4.

77) I. 11 C. prob. 4, 19.

78) — weshalb es fraglich wäre, ob er z. B. die Echtheit der Unterschriften beweisen müsse; j. aber hierüber und über den Beweis in der h. p. überhaupt Windischeid §. 615 u. die dort Agff.

1) j. die exc. doli in I. 50 §. 1 I. 38 I. 39 §. 1 D. h. t. I. 39 pr. D. fam. h. 10, 2.

2) Durch obsequium supremae voluntatis: I. 50 §. 1 in f. D. h. t. — durch Dejenion auch der Miterben gegen Ablation der Erbschaft wegen Indignität: I. 39 pr. D. fam. h. 10, 2. — durch Instandhaltung, Verbesserung, Verschönerung des Erbschaftsbestandes: I. 38 I. 39 pr. §. 1 D. I. 12 §. 1 C. h. t. „scil. in utroque etc.“ durch Bezahlung von Erbschaftsschulden (I. 31 pr. 4 §. 2 I. 53 D. h. t. Francke S. 323 sg. jedoch grundsätzlich nur von wirklichen: I. 20 §. 18 in f. und Vermächtnissen: I. 17 I. 44 D. h. t. durch den Betrieb der Wirthschaft, der durch Früchte nicht gedeckt ist: I. 36 §. ult. I. 37 eod. Nach dem provisorischen Erbschaftsbesitz des Wahnsinnigen kommen nicht nur die Auslagen auf die Erbschaft und

nichts von dem Seinigen an die Erbschaft verlieren soll³⁾ zwar nur gegen Abtretung der ihm etwa zuständigen Klagen⁴⁾, dagegen ohne Unterschied zwischen nothwendigen, nützlichen und vergnüglichen Auslagen⁵⁾, und gleichviel ob der Kläger etwas davon hat oder nicht hat⁶⁾), — wenn er m. f. possessor ist, nur insoweit als Kläger sonst aus fremdem Schaden Gewinn zöge,⁷⁾ ersezt werden müssen. Auslagen auf den Fruchterwerb kommen nicht minder zu Gunsten des malae als des b. f. possessor an den Früchten selbst in Abzug, wenn solche zur Restitution kommen⁸⁾; der b. f. possessor aber kann ihretwegen Erbsatz verlangen, wenn gleich er keine Frucht gewonnen und keine zu restituiren hat (Ann. 6). Diese Gegenansprüche konnten schon nach klassischem Rechte auch ohne exceptio doli geltend gemacht und officio judicis zur minutio condemnationis verwendet werden⁹⁾; zu dieser, und nicht blos zur Ab-

deren Früchte, sondern allenfalls auch die für den Unterhalt desselben zur Verrechnung und in Abzug: I. 51 pr. D. h. t. oben §. 395, 2 b. insbes. Ann. 43. Zu den Auslagen auf die Person des Erben s. auch I. 58 D. h. t. cf. I. 45 pr. D. neg. 3, 5.

3) Hierauf ist das ne in totum damno afficiantur in I. 25 §. 11 D. h. t., angeichts von §§. 12, 13 eod. und I. 20 §. 18 eod. einzuschränken; wenn der b. f. possessor in I. 17 eod. wegen Auslagen retinire (u. deducire) darf, welche effectiv der Erbschaft nicht zu statten gekommen sind, so beruht das darin, daß er unter den obwaltenden Umständen auf die Erbschaft zu verwenden glaubte und glauben mußte. Vgl. O. G. R. Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 §. 304 § 3; anders Francke a. a. O. §. 198 sg. über das Verhältniß von I. 17 zu I. 3 §. 10 D. si eni plus 35, 3 f. Francke a. a. O. §. 199 sg.

4) insonderheit der Condictionen wegen indebite bezalter Schulden und Vermächtnisse: I. 31 pr.; I. 17. I. 44 D. h. t.

5) I. 39 §. 1 cf. pr. I. 38 eod.

6) I. 38 cit. — licet res non extet in quam fecit cf. I. 37 eod. — si suuntus quidem fecerit, nihil autem fructum perceperit — m. Ann. 3. Zu diesem Unterschiede von der rei vindicatio s. Francke S. 357, 1.

7) Strenge genommen de se queri debet, qui sciens in rem alienam impedit; allein dann würde Kläger ex aliena jactura lucrum facere; also Erbsatz der nothwendigen und nützlichen Auslagen, so weit Kläger etwas davon hat (si res melior sit): I. 38 cit. I. 53 eod.; wegen des Luxus-Aufwandes hat er nur jus tollendi: I. 39 §. 1 eod. In der rei vindicatio steht dem m. f. possessor Deckung nur für nothwendige Auslagen zu (Bd. I §. 169 Ann. 21, 26).

8) I. 36 §. ult. D. h. t.

9) vgl. I. 38 cit. Paul. I. 44 I. 58 in f. eod. Javol. mit §. B. I. 39 §. 1 cit. Gaj. und siehe die Deductionen in I. 31 §. 1 §. 2 D. h. t.

weisung des Klägers ward der Richter auch dann ermächtigt wenn exceptio d. gestellt war¹⁰⁾; Eine Klage steht wegen dieser Gegenansprüche dem b. f. possessor so wenig als dem m. f. possessor zu^{10a)})

2. vonwegen der Forderungen, welche dem Beklagten gegen den Erben aus Contracten und Quasicontracten mit dem Erblasser oder der hereditas jacens zustehen. Dies gilt selbst für Naturalsforderungen, wenn der Beklagte b. f. possessor ist¹¹⁾; selbst für Civilforderungen nicht, wenn er m. f. possessor, und das Gegentheil nicht im eigenen Interesse des Klägers¹²⁾, oder in noch gut gläubig gemachtem Aufwand auf die Pflege und Bestattung des Erblassers¹³⁾ begründet ist. Überall hier ist von deductio ohne exceptio die Rede.

II. Der Erbschaftsprozeß ist von so großer Autorität, daß ihm durch andere Prozeße kein Präjudiz geschaffen werden soll¹⁴⁾. Dieses wäre nicht blos dann der Fall, wenn durch den anderen Prozeß über eine künftige h. p. buchstäblich „vorausentschieden“ (res judicata bewirkt)¹⁵⁾, sondern auch dann,

10) vgl. hiezu Bd. 2 §. 288 S. 432 sq. und die l. ult. pr. C. comp. 4, 30. mit Unrecht übrigens jetzt Francke S. 332 den Fall, da der praedo sein Guthaben an den Erblasser berichtigt (l. 31 pr. D. h. t.) den „conneren“ Gegenansprüchen entgegen. Nur daß er für diesen Gegenanspruch ex eadem re nicht schlechthin Deduktionsrecht hat, ist richtig.

10a) l. 33 in f. D. cond. 12, 6 vgl. Bd. 1 §. 169 Anm. 30. über die scheinbar widersprechenden l. 49 D. neg. g. 3, 5 l. 12 C. h. t. zu: l. 51 §. 1 D. h. t. Francke S. 359 u. S. 327—331; S. 382, 3

11) arg. l. 31 §. 1 §. 2 D. h. t.

12) l. 31 §. 1 cit.

13) l. 4 C. h. t. vgl. l. 1 D. relig. 11, 7.

14) l. 5 §. 2 D. h. t. Eorum judiciorum, quae de h. p. sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus fieri debeat. Grund? ein formaler: l. 12 pr. C. h. t. — magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi; — ein materieller: l. 54 D. jud. 5, 1. Per minorem causam majori cognituum praejudicium fieri non oportet: major enim quaestio minorem causam ad se trahit s. B. 1, 18 l. 21 D. exc. 44, 1 unter Umständen auch „ne singulis iudicis vexaretur“ l. 13 §. 1 D. h. t. u. das iniquum bei Gag. 4, 133. Jener formale Grund ist entfallen, der materielle, insonderheit auch der der major causa geblieben. Darnach bedenklich, daß dem Einzelbesitzer die exceptio q. b. p. n. f. nicht zustehen soll, wie Francke, a. a. D. S. 93 annimmt.

15) in welchem Sinne z. B. durch eine legis Aquiliae actio „praे-

wenn ihr sonstwie vorgegriffen würde¹⁶⁾. Präjudizirlich in jenem engeren Sinne würden Urtheile, welche der Erbe durch Anstellung von Einzelfragen gegen einen solchen Erbschaftsbesitzer erwirkte, den er mit h. p. belangen könnte¹⁷⁾; ohne Zweifel steht diesfalls dem Beklagten die exceptio „si in ea re praejudicium hereditati non fiat“ zu¹⁸⁾. Präjudizirlich im weiteren Sinne wäre die Verbescheidung einer Singularklage gegen den Singularsuccessor eines b. f. possessor, wenn letzterer mit h. petitio nicht belangbar ist, dem Singularsuccessor aber für den Fall, daß er aus der Singularklage verurtheilt würde, regreßweise haftbar wäre. Die Präjudizirlichkeit läge hier darin, daß dem b. f. possessor auf einem anderen Wegen entzogen würde, was ihm nach dem Rechte der h. p. zusteht. Die exc. „quod hereditati p. n. f.“ steht diesfalls dem Beklagten denn auch zu, trotzdem zwischen ihm selbst und dem Kläger h. p. nicht möglich ist¹⁹⁾

judicium fieri Corneliae non debet“ l. 23 D. ad. leg. Aq. 9, 2. Franck a. a. S. 66 fgg.

16) Gegen die Meinung von Planck (Mehrh. d. Rechtsst. §. 26 u. Wechsel, Syst. d. Civilpr. §. 64), daß von praejudicium auch in dem Sinne die Rede sei, daß ein vorausgegangenes Erkenntnis einen späteren Richter zu demselben Urtheil geneigt macht (englische Präjudicien!), s. Dernburg, Verh. d. her. p. zu den erbld. Singularklagen, 1852 S. 8 fgg. Franck, a. a. O. S. 81 fgg. — Daß übrigens „praejudicium“ weiteren Sinnes ist, nicht überall „ein Präjudiz“ macht, s. Dernburg S. 11 Franck, S. 83, 2.

17) arg. l. 7 §. 4 §. 5 D. exc. r. j. 44, 2. Diese Stellen sind von Dernburg S. 11 a. E. u. Franck S. 85 a. E. nicht berücksichtigt, wenn sie die exc. r. j. hier nicht gegen die h. p. überhaupt, sondern nur gegen die h. p. in Richtung auf die zuvor eingeflagte Einzelsache zulassen. Die l. 3 D. eod. aber sagt nichts anderes als l. 7 §. 4 §. 5 cit.

18) Gaj. 4, 133 u. dazu Huschke in 3 ed. Gaj. Franck S. 86 fgg. — arg. l. 19 §. 1 D. h. t. cf. l. 13 l. 16 D. exc. 44, 1 u. dazu Franck S. 88—91. — Gegen Dernburg a. a. O. S. 52 gibt Franck S. 144 f die exc. q. p. h. n. f. dieses Falles aus dem pro herede possessor, und zwar auf Grund von l. 6 §. 5 §. 6 l. 22 §. 1 D. act. rer. amot. 25, 2 l. 2 §. 1 D. expil. h. 47, 19 und l. 49 D. h. t. Wenigstens l. 49 ist nicht überzeugend. — Ein anderer Grund für eine exceptio („ne singulis judiciis vexaretur“) wird nothwendig, wo der Beklagte nicht direkt mit h. p. belangbar ist: l. 13 §. 4 D. h. t.

19) l. 25 §. 17 D. h. t. Diese „schwierigste Stelle unseres Titels“ geht von dem Falle aus, wo h. p. wegen mangelnder Bereicherung des b. f. possessor nicht statthat. Um so mehr fährt sie fort, trifft den Erben dann

— scheinbar ex jure tertii, in der That zu seinem eigenen Schutze²⁰⁾; — ferner die Zulassung des familiae herciscundae

die exceptio, wenn er vom Erbschaftsbesitzer den Kaufschilling herausbekommen hat (multo magis poterit dici exceptione eum summo veri). Bedenken scheinen für den Fall entstanden zu sein, da der Kaufschilling unverhältnismäßig klein war (si minori pretio res venierint), der Erbe also wohl lieber die Sache statt des Preises, oder ihren Mehrwerth gehabt hätte. Allein wenn der Käufer nicht belangbar sein kann, wo der Erbe aus dem Verkaufe nichts hat, so kann er noch weniger belangt werden, wo der Erbe etwas hat. Vgl. Windischeid §. 612 Anm. 15 a. E. In etwas anderem, als daß die exceptio zu Gunsten des Singularsuccessors selbst da platzgreifen kann, wo der Erbe von dem b. f. (pro h.) possessor nichts hat und nichts zu erlangen vermag, kann der maior für das folgende eo magis nicht gefunden werden. Dadurch werden alle Einwendungen gegen den hier angenommenen, seit der Glossa auch vorherrschend, in neuerer Zeit namentlich von Vangerow, Sintenis, Arndts, Planck, Dernburg, Unger, Fabricius, Windscheid, darnach von Joseph (Jahrb. Bd. 16 S. 222 fg.) vertheidigten Inhalt und Text unserer Stelle hinfällig. So scharfsinnig auch nach dem Angriff von Francke a. a. O. S. 302 die neuesten Einwendungen von LGR. Francke (a. a. O. S. 304 §. 4 S. 5) sind, so bleibt dabei doch gerade jenes eo magis unbeachtet; überdies aber ist das materiell rechtliche Fundament, von dem sie ausgehen (§. 2), für den vorliegenden Fall nicht ausreichend; denn die von ihm, zuvor schon von W. Francke S. 305) berufenen l. 16 §. 7 l. 25 §. 14 l. 13 §§. 4, 5, 9 D. h. t. lassen in rem actio wider den Singularsuccessor zu, wo h. p. gegen deren Autor statthat, während l. 25 §. 17 von dem Fälle ausgeht, da h. p. wider letzteren versagt ist und dafür gesorgt werden muß, daß er hinterher, durch Regress, nicht doch in die Lage komme, wie wenn er der h. p. unterlänge. Allerdings ist nirgends gesagt, „daß der b. f. possessor auch indirect keinen Schaden erleiden darf“ (W. Francke S. 304), im Gegentheil bezeugt, daß er zu Schaden kommen kann, nicht sowohl indirekt, als direkt, dadurch daß er, durch den Glauben Erbe zu sein verführt, das Seinige verausgabt, ohne daß dies der Erbschaft zu statthen kommt (Anm. 3); allein im gegenwärtigen Falle hat er nicht das Seinige, sondern pretia rerum bl. verausgabt, und soll erst, nach gegnerischer Ansicht, zu Nutz und Frommen der Erbschaft das Seinige verlieren. — Endlich muß man um der Ansicht, daß gegen den Singularsuccessor schlechthin vindicirt werden könne, Raum zu schaffen, entweder am Texte ändern (licet anstatt nisi... regressum... habent, — W. Francke, a. a. O. S. 308 fgg.), oder sagen: „nisi... habent“ non videtur esse Ulpiani (Mommse n), oder „nisi“ in dem außergewöhnlichen Sinne von veruntamē u. dgl. nehmen: Serafini (Nuova interpretazione del celebre fragm. di Ulpiano, l. 25 §. 17 D. h. p. 5, 3 u. Arch. giur. V. 20, 4. LGR. Francke a. a. O. S. 6. Gegen Serafini j. Joseph, M. Bierelij. Bd. 21 S. 121 und meine Anm. S. 125. — Diese letztere zugleich zur Abhängigkeit der syntaktischen und anderen Einwendungen von LGR. Francke.

20) Man wird davon ausgehen müssen, daß der mit Windikation belangte Käufer zunächst dem regrespflichtigen Auttor litem denunzirt, dieser aber, mit Berufung darauf, daß er dem Kläger nach dem Rechte der h. p. nichts schuldig sei, und auch durch keinerlei anderweite Klage schuldig werden dürfe, ebenso sehr gegen die Vertretung des Beklagten als wider den Regress prote-

judicium, wo das Erbrecht des Provokanten bestritten und dieser nicht im Besitze ist; ist er im Besitze, dann kann man ihn nicht zur petitio zwingen; da muß, wohl oder übel, der Theilungsrichter über das Erbrecht selbst und zuvor entscheiden; andernfalls findet, weil der h. p. kein anderes judicium voreiliglicher wäre als ein judicium divisorium, unsere exceptio statt²¹; — die Verbescheidung von Einzelfällen des b. f. (hereditatis) possessor oder des Erben gegen Erbschaftsschuldner oder Besitzer von Erbschaftssachen, während jene im Erbschaftsstreite befangen sind; sie setzt eine Activa legitimatio voraus, welche erst durch h. p. entschieden werden soll; nichtsdestoweniger greift hier exc. q. p. h. n. f. wenn der hereditatis petitor klagt, schlechthin nicht — wenn der b. f. possessor klagt, dann nicht statt, wenn Gefahr auf Verzug ist²²); — die Verbescheidung der Klagen, welche seitens der Erbschaftsgläubiger oder Legatare wider eine der beiden in h. p. befangenen Parteien angestellt werden; denn sie greift der mittelst h. p. festzustellenden Passiva legitimatio des Beklagten vor; gleichwohl ist auch hier exceptio q. p. h. n. f. schließlich dem Einen wie dem Anderen versagt worden²³): nur daß bei Klagen der Legatare

stirrt. Dem Praetor der diesen Protest billigte, blieb nichts übrig, als — um auch den Beklagten zu schützen — diejem die exceptio q. h. p. n. f. zu gewähren. So sehr als irgend einer zeigt gerade dieser Fall, daß den judiciis quae de h. p. sunt, durch kein anderes Urtheil wehe geschehen darf — daß die petitiones, welche der Erbe als Universalsuccessor seines Erblassers vorhat, sich nach dem Rechte der Universalitate richten müssen, nicht umgekehrt dieses durch das Recht der Einzelfällen gebeugt werden darf. — Den Zusammenhang der exceptio unsers Falles mit der litis denunciatio und ihrer Verweigerung zeigt auch die Zwischenfrage: quid tamen si is, qui vendidit, paratus sit . . . defendere hereditatem. —

21) I. 1 §. 1 D. fam. h. 10, 2 vgl. unten §. 408 u. Bd. I. S. 707 Anm. 3—5.

22) I. 49 D. h. t — b. f. possessor . . . audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant — petitor autem hereditatis citra metum exceptionis, in rem agere poterit. Die Stelle setzt übrigens voraus, daß zunächst diejenige Partei, welche sich im Besitze der Erbschaft befindet, mit den Einzelfällen vorgehe und der hereditatis petitor nur subjidiär zugreife: quid enim si possessor hereditatis negligat, quid si nihil juris se habere sciat? Anders Francke, der S. 374—378 das Gewicht auf den Unterschied von in personam und in rem actiones legt, und in den Klagen des b. f. possessor nur in pers. actiones erblikt.

23) Dagegen, daß dies erst durch I. 12 C. h. t. Justinian. Rechtens

der belangte Onerirte entsprechende Sicherstellung durch den Kläger²⁴⁾ verlangen kann, wenn er sofort zahlen will²⁵⁾, oder aber Litiskontestation mit Aufschub des Judiciums bis zum Ausgang des Erbschaftsprozesses gegen dureinstige Entschädigung des Legatars²⁶⁾ an die Stelle der exceptio q. p. h. n. f. tritt, wenn Beklagter das Vermächtniß, ganz abgesehen von seiner Vorfrage, bestreiten zu sollen meint²⁷⁾, und daß bei Klagen der Erbschaftsgläubiger der Belangte, wenn er im Erbschaftsprozeß unterliegt, von wegen der an jene geleisteten Restitution oder Zalung als der verurtheilte Beklagte Reventionsrecht, als unterlegener Kläger Ersatzanspruch noch in diesem Prozeß, oder wenn er hier versäumt wurde, mittelst negotiorum g. actio oder conductio ex lege hat²⁸⁾. —

geworden sei, s. nicht blos I. 6 D. h. t. sondern auch I. 8 §. 4 D. qui satisd. 2, 8, und Franke S. 96, (S. 105—107).

24) nämlich dahin, daß er dem vermeintlich Onerirten und Beklagten für den Fall, daß der Erbschaftsprozeß wider denselben ausschallen sollte, das ausgezahlte Legat mit 3 prozentigen Zinsen oder jährlicher Frucht zurückstatten werde: I. 12 §. 1 C. h. t. Justinian. vgl. I. 8 §. 4 D. qui satisd. cog. 2, 8 — item legatarius, ut caveat „evicta hereditate legata reddi“.

25) so daß cum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem (I. 12 §. 1 cit.) zu übersetzen. —

26) I. 12 §. 1 cit. — ut restitutio si competenter cum legitimis augmentis legatario vel fideicommissario accedat. —

27) I. 12 §. 1 cit. — vel si ipse malnerit litem contestari — Entgegen der Syntax wie dem Sinne des Textes bezieht die Glossie „ipse“ auf den Legatar. So sollte — zuerst nach einem Sc. und einem Resscripte Trajans — auch der Freiheitsprozeß aufgehoben werden, wenn während des Streites um die Erbschaft libertas ex testamento angesprochen wurde: I. 7 pr. D. h. t. hiezu I. 12 §. 2 u. § 2a C. h. t.

28) I. 12 §. 1 a—c. cit. Daß der Erbschaftskläger von den Erbschaftsgläubigern nur dann belangt werden könne, wenn er etwas aus der Erbschaft besitzt (Franke S. 97—S. 105), widerstreitet eben so sehr der I. 12 §. 1 C. cit. — si pro foenerata pecunia vel alia personali actione agatur contra possessorem vel petitorem — als der I. 4 §. 1 D. si cui plus 35, 3. Wenn in I. 12 §. 1 cit. vorher blos von den Klagen gegen den h. possessor vel ejus rei de qua agitur die Rede ist, so liegt der Grund darin, daß Justinian hier an restitutorische Klagen (depositi etc.) denkt, welche mit Aussicht auf Erfolg nur gegen den besitzenden Erben angestellt werden können (Vd. 2 §. 317 Anm. 61); in Betreff der Darlehen- und anderer nichtrestitutorischer Klagen wird ausdrücklich und ohne Einschränkung der petitior dem possessor gleichgestellt Außer der u. C. unrichtigen Auffassung von I. 12 §. 1 cit. wird Franke's Erörterung durch den (zwar „natürlichen“, aber juristisch unrichtigen) Satz

Übrigens gilt der Satz, ne praejudicium fiat hereditatis petitioni auch umgekehrt: der falsi accusatio darf h. p. nicht präjudiciren²⁹⁾; doch ist damit nur gemeint, daß das Urtheil in der h. p. nicht auch für die falsi accusatio gelte, nicht, daß der Beklagte seine falsi dictio zu einer exceptio gegen die her. petitio gestalten könne³⁰⁾. Einen Aufschub der Verhandlung bis zur Aburtheilung der falsi accusatio kann er allerdings bewirken; zuvor aber muß er item kontestiren, nach vorjustinianischem Rechte (§. 402 Num. 31) auch die cautio judicatum solvi errichten³¹⁾. Unbenommen auch bleibt es ihm, in der h. p. weiter zu verhandeln und die falsi dictio blos zur Verneinung des klägerischen Erbrechtes zu verwenden, — ohne daß hiemit das Recht zur Kriminalklage konsumirt würde; denn wem „de re familiari“³²⁾ beides zusteht, eine Civil- und eine Kriminalklage, der kann mit beiden auftreten, und ebensowohl mit der einen wie mit der anderen beginnen, und konsumirt keine durch die andere³³⁾.

„daß die Erbschaftsschulden aus der Erbschaft zu bezahlen sind“ (§. 99) irregelteit. Auch die Vorstellung, als ob der Erbschaftskläger, wenn er (ohne zu besitzen) den E.-Gläubigern belangbar sein sollte, Aufschub des Urtheils bis zur Entscheidung des Erbschaftstreites beghren dürfe, würde der l. 12 §. 1 cit. widersprechen, wenn sie die Franckes (§. 99—102) sein sollte.

29) arg. l. 23 §. 9 D. ad. leg. Ag. 9, 2 — praejudicium legi Corneliae fieri non debet. —

30) l. un C. quando civilis actio criminali praejudicet, et an utraque ab eodem exerceri possit 9, 31 a. 378. Wider die entgegengesetzte, aus l. 5 §. 1 D. h. t. abgeleitete Meinung von Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 231 fgg. und Rudorff, Reg. II. S. 349 s. Francke a. a. D. S. 64 fgg.

31) l. 5 §. 1 D. h. t. und dazu Francke a. a. D. S. 63 fgg. Dieser Aufschub ist unserem heutigen Rechte entsprechend, während er im späteren römischen Rechte (l. 2 C. Th. de falso 9, 19 l. 23 C. J. ad l. Corn. de fals. 9, 22 Justinian) beseitigt ist: Francke S. 74—79.

32) Zu welcher die Injurie nicht mehr gehört: l. 7 §. 1 D. inj. 47, 10.

33) Worte des generaliter definitum in l. un. C. quando civ. 9, 31 am Eingang; dazu der Schluß in spezieller Anwendung auf den anderen Fall da der Intestaterbe (auf Grund des Falsum) gegen den Testamentserben mit h. p. und später mit falsi accusatio auftaucht: — falsi crimen, de quo jam civiliter actum est, etiam criminaliter esse repetendum. Vgl. l. 7 §. 1 D. inj. 47, 10 — über Regel und Ausnahme. Heißt es in l. 4 D. publ. jud. 48, 1 Interdum evenit, ut praejudicium judicio publico fiat . . . , so bedeutet dieses Präjudiz blos den „factischen“ Vorausgang der Civil- vor der Kriminalklage (Francke S. 68).

§. 402.

Gegenstand des Petitionis — der Restitution, oder aber Restimation behufs Condemnation (quae veniunt in hereditatis petitionem¹⁾) sind, ihrer Gattung nach, alle die Dinge, die man besitzen oder als besitzend erachtet werden muß, um mit h. p. belangt werden zu können (§. 400 Anm. 28), mithin alles was hereditatis ist, sive jura sive corpora sint²⁾, nicht blos res hereditariae als die noch im directen oder publicanischen Eigenthum des Erblassers oder der hereditas jacens gewesenen Sachen³⁾, sondern alles was den Gegenstand der hereditatis possessio bildet⁴⁾. Zwar kommen in h. p. auch Sachen, welche der Beklagte zur Zeit der Klagestellung weder besitzen noch als besitzend erachtet werden konnte, wie die Erbschaftsfrüchte welche derselbe erst nach der Klagestellung bezicht oder beziehen sollte; allein ihrer Gattung nach sind diese Sachen wenn gleich nicht res hereditariae doch ex hereditate und von der Art, daß sie den Verklagten in h. p. verstrickt haben würden, wenn er sie schon vor der Klagestellung besessen hätte, oder als besitzend zu erachten gewesen wäre (§. 400 Anm. 26—34).

Dinge dieser Art muß der Gegner im konkreten Falle besitzen oder als besitzend erachtet werden, wenn er zur Einlassung auf h. p. soll gezwungen werden können (§. 400 Anm. 16—45);

1) I. 18 §. 2 D. h. t. Ulpianus lib. 15 ad Ed. — nunc videamus, quae veniant in h. p. — Die hereditas subj. Sinnes ist Grund (S. 215), nicht Gegenstand des Petitionis. Vgl. Windscheid §. 611 Anm. 3. gegen Arndts §. 611 Anm. 3.

2) I. 18 §. 2 cit.

3) Daß res hereditariae blos die noch im Eigenthum des Erblassers gewesenen Sachen heißen (Francke, S. 202 unten), beweist weder I. 20 §. 18 noch I. 19 pr. D. h. t.; das Gegenteil beweist der debitor hereditarius in I. 14 und I. 20 §. 3 ab init. eod.: ferner I. 27 pr. D. h. t. —

4) Erbschaftszwachs zwar post aditam hereditatem, aber ex ipsa hereditate: I. 20 §. 3 D. h. t. vgl. §. 400 Anm. 29, 30. — Erbschaftsersatzfüde (Surrogate — quasi hereditaria): I. 22 I. 25 §. 1 etc. §. 400 Anm. 31 — Erbschaftsanschaffungen: I. 20 pr. eod. §. 400 Anm. 32 — Erbschafts-Risiko's: I. 19 pr. eod. §. 400 Anm. 33. — Gegen Erstreckung der h. p. auf Sachen, welche der Erblasser lediglich im Besitz hatte, s. Windscheid §. 612 Anm. 1 und die dort Agff.

sie muß er noch besitzen, oder besitzen sollen, wenn Kläger nach Erweisung des Klagegrundes seinen Anspruch auf Herausgabe derselben soll aufrecht halten und der Beklagte in deren Herausgabe (Restitution) oder Präsentation soll verurtheilt werden können⁵⁾; um ihretwillen kann er verurtheilt werden, wenngleich er erst nach der L. C. in ihren Besitz kommt⁶⁾.

In Betreff dessen was der Beklagte nicht besitzt aber besitzen soll, besteht bis zur Erhebung des Streites ein großer Unterschied zwischen dem bonaे und malae f. possessor⁷⁾. Letzterer ist in der Lage, schuldhafter Weise schon jetzt machen zu können, nicht nur daß er nicht mehr besitzt was er bereits besessen (§. 401 Anm. 40—42, wohin auch fructus percepti l. 56 eod.), sondern auch, daß er in den Besitz dessen, was er besitzen könnte, gar nicht gelangt^{7a)}, und dafür aufkommen zu müssen, wie wenn er besäße, sei es auch, daß er dadurch ärmer wird⁸⁾; nur nicht reicher werden selbst auf des malae f. possessor Kosten soll der Erbe, wie sich bei den Gegenansprüchen aus Impensen gezeigt hat und bei den Anschaffungen, die der m. f. p. aus seinem Gelde für die Erbschaft gemacht hat, noch zeigen wird (§. 401 Anm. 7). Der bonaе f. possessor dagegen kann bis zur Streiterhebung und zwar bis er von dieser erfährt⁹⁾ den Besitz durch keinerlei Verschuldung verlieren (§. 400

5) I. 20 §. 6c. §. 9 l. 36 §. 3 D. h. t.

6) I. 4 l. 18 §. 1 l. 41 pr. D. h. t.

7) — fructus percipiendi: I. 25 §. 4 D. l. 1 C. h. t. Francke S. 283 fqq. Modification in Betreff Zinsengewinnes §. 490 Anm. 42 a. E. Francke S. 272 sq. — Eintreibung von Erbschaftsausständen: ab alio vel semetipso l. 25 §. 2 eod. Aber wie so ab alio? I. 31 §. 3 eod.: cum actionem non habuerit — ? S. dazu Francke, S. 277, die von diesem allegirten Basiliken, Schol. 5 zu lib. 42, 1 fr. 25 (Heimb. IV. p. 217), — und oben §. 360 S. 16 3. 1—8.

7a) die Identität des m. f. possessor und praedo s. I. 25 §. 3 eod. u. Francke S. 281. Mala fides superveniens: I. 25 §. 5 D. h. t.

8) arg. u. a. l. 18 pr. in f. D. h. t. wonach der m. f. possessor die verkauften Sachen restitutio[n] muß, trotzdem er den Kaufschilling nicht einbringt. Nur davon, daß h. p. auf den Kaufschilling gehe (Francke S. 202, 4) ist hier keine Rede; s. aber unter Num.

9) I. 25 §. 7 D. h. t. — post motam controversiam — I. 20 §. 11 eod. Petitam h. . . i. e. ex quo quis seit a se peti. Auch si scit quidem, nemo autem ei denunciavit . . . coepit . . . malae fidei possessor esse — zu der denunciatio u. der literis vel edictis evocatio

Anm. 41), und wenn binnen dieser Frist an Stelle der Erbschaftssache eine andere getreten ist (§. 400 Anm. 31), nur insofern als diese sich noch (mittelbar oder unmittelbar) in seinem Vermögen befindet, mit h. p. angegangen werden¹⁰⁾). Anders nach der Streiterhebung; durch diese wird er, heißt es sprüchwörtlich, zum malae f. possessor¹¹⁾). Damit will nicht gesagt

des St. J. Francke S. 238, — zu dem si seit nemo autem ei denuntiavit derselbe S. 239; zu dem aquo den. seit. 240.

10) I. 20 §. 6c cit. — usque no dimitaxat quo locupletiores ex ea re facti essent — Unter dieser Voraussetzung auch quæstus in honestus I. 52 eod. — Zu nem casus der I. 25 §. 10 vgl. und seinen 3 visiones J. Francke S. 297 fg. Anmerkung auf Gelbauingen: I. 39 vgl. Hat der b. f. p. verkauft, so muß er die Kaufschillinge herausgeben (Anm. 19); zwar ohne Rücksicht darauf, ob die verkauften Sachen noch existieren: (I. 20 §. 6b eod.), aber nicht ohne Rücksicht darauf, ob die Kaufschillinge noch existieren: I. 23 eod. — etsi haec (clausula S. C. nämlich -pretia quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent*) sit ambigua . . ita demum competit, si factus sit locupletior, was nicht der Fall, wenn pretium acceptum verloren, vergeudet (consumptum), verschenkt wurde (ibid. u. I. 25 §. 1 cf.) Ist noch nicht bezahlt, so prästiert er blos die Klage (I. 18 §. 1 l. 20 §. 17 l. 35 eod.); ist bezahlt, aber evictionshalber zurückgegeben, non videbitur ad eum pervenisse, nihil apud eum remanet (§. 18 eod.). — Anderseits muß, entsprechend dem omne lucrum auferendum esse tam b. f. possessori quam praedoni (I. 27 eod.) auch die ganze Bereicherung herausgegeben werden: mit dem Kaufschilling die Konventionalstrafe, mit der Sache die verwirkte Anzahlung (I. 23 §. 1 l. 25 pr. eod.). — Für Verschenktes ist der b. f. possessor nicht verantwortlich, wenn er dadurch gleich naturalen Anspruch auf Remuneration erlangt hat; wirtlich empfangene Gegengeschente muß er restituiren (I. 25 §. 11 eod.). — In Betreff der von ihm eingezogenen Strafen s. unten Anm. 34—36. — Entscheidend für das Dasein und den Umfang der Bereicherung ist die Zeit des Urtheils: I. 36 §. 4 eod.: d. h. der b. f. possessor braucht den casus auch post motam controversiam nicht zu tragen: Francke S. 354 fg. — Dass der mit utilis h. p. belangte b. f. emtor nur fructus extantes, nicht die Bereicherung überhaupt heraus geben müsse (Francke S. 167 fgg.) stützt auf dasselbe Bedenken, wie die Irrevokabilität seiner Usucaption (§. 400 Anm. 72) und wird durch I. 2 C. h. t. von welcher diese Frage nicht betroffen wird, nicht bestätigt. — Einen blos aus Anlaß der Erbschaft nicht aus der Erbschaft gemachten Gewinn (indebitum exegit), braucht auch der m. f. possessor nicht herauszugeben (I. 20 §. 18), gleichwie anderseits für einen blos aus Anlaß der Erbschaft erlittenen Schaden auch der b. f. possessor keine Vergütung bekommt: I. 25 §§. 12—16 D. h. t. §. 401 Anm. 3 Francke S. 249. S. 279—302. Aus der Zeit vor dem S. C. röhren Stellen her, in denen der Satz daß der b. f. possessor nicht über die Bereicherung hafte, noch nicht durchgedrungen ist, wie I. 48 cf. I. 30 l. 31 pr. D. h. t. Francke S. 373.

11) I. 25 §. 7 l. 20 §. 11 l. 31 §. 3 D. h. t.

sein, daß er durch Aufnahme des Streites in dieselbe Lage kommt wie wenn er schon zuvor malae f. possessor gewesen wäre, — sondern nur daß seine Verantwortlichkeit der des m. f. possessor von jetzt an gleich ist. Daß der m. f. possessor die Gefahr des nach der Streiterhebung eintretenden Zufalls trägt, hat seinen Grund noch in der Zeit vor der Streiteinlassung; weil er m. f. possessor ist, soll er sich nicht auf den Streit einlassen, oder aber dafür, daß er den Schaden nicht durch sofortige Restitution vom Kläger abgewandt hat, aufkommen¹²⁾; dem b. f. possessor dagegen darf ebensowenig als die Thatsache, daß er zuvor besessen, der Umstand daß er sich auf den Streit eingelassen und seinen Besitz behauptet hat, zum Nachtheil gereichen¹³⁾; mithin geht trotz der Streiteinlassung die Gefahr des Zufalls nicht auf ihn über¹⁴⁾. Wohl dagegen sind vom Augenblicke der Klagemittheilung an Verjährungen in der Person des b. f. possessor ebensosehr möglich, als in der des m. f. possessor¹⁵⁾; gemahnt, daß er kann restituiren müssen, muß er auch dafür sorgen, daß er restituiren kann¹⁶⁾ und zwar alles, worauf der Erbe Anspruch hat: alles was er zur Zeit der Streiterhebung an Erbschaftssachen besitzt oder noch vor dem Urtheil in Besitz bekommt (Ann. 6), was während des Prozesses denselben zuwächst, und, die fruchttragenden Sachen anlangend, nicht nur diese selbst, und die von ihm bezogenen, sondern auch die beziehbaren Früchte (fructus percipiendi)¹⁷⁾. Darin, daß es nunmehr auch beim

12) in oratione D. Hadriani: l. 40 pr. D. h. t. Bgl. Bd. 1 §. 100 Ann. 6.

13) l. 40 pr. cit. — nec enim debet . . propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum derelinquere. — l. 41 pr. in f. eod. Darnach sind die possessores in l. 54 §. 2 eod. als Beklagte zu denken: *Francke* S. 403.

14) l. 40 pr. cit. Bgl. Bd. 1 §. 100 Ann. 8. — Gegen die durchgreifende Gleichstellung der s. g. facta malae f. p. des b. f. possessor mit der m. f. possessio s. *Francke* S. 228, 2 und die dort Agff. (Savigny, *Wächter*, *Windischeid*).

15) l. 25 §. 7 cit. — coepit enim scire rem ad se non pertinentem se possidere is qui interpellatur. —

16) arg. l. 31 §. 3 eod. — si facere debuit nec fecit, culpae hujus reddit rationem —

17) arg. l. 25 §. 4 cf. l. 40 pr. D. h. t. — übrigens nicht auch

b. f. possessor nicht mehr blos auf das Haben oder die Bereicherung ankommt, sondern neben dem Haben ein Habensollen gibt, steht er von jetzt an dem m. f. possessor gleich^{17a)}. Aber entsprechend dem Umstände, daß er nicht schon in Folge der Streiterhebung, sondern erst in Folge richterlichen Erkennisses zu restituiren braucht, dauert anders als beim m. f. possessor sein Habensollen nur über den verschuldeten, nicht über den zufälligen Untergang hinaus.

Das was in h. p. kommt ist verschieden sowohl von dem Ding womit (Geld, Aktionen, Cautionen), als von dem Maße wie weit es allenfalls ersetzt werden muß, wenn es nicht selbst zur Restitution gelangt. In Betreff eben dessen was in h. p. kommt, besteht wieder ein Unterschied zwischen dem bonae und malae f. possessor zunächst für den Fall, daß dieser oder jener die Erbschaft oder Erbschaftssachen verkauft hat. Im SC. Iuventianum (Hadrianum)¹⁸⁾ ist vorausgesetzt, daß gegen den bonae f. possessor diesfalls der Kaufschilling in h. p. kommt¹⁹⁾; der soll als in locum rei hereditariae succedirend und also gewissermaßen als selbst hereditär geworden betrachtet werden²⁰⁾; entschieden aber ist in demselben SC., daß nicht auch Zinse aus dem Kaufschilling²¹⁾ — und daß auch die Kaufschillinge nur insoweit der b. f. possessor durch dieselben bereichert ist, zur Restitution oder Praestation kommen (Anm. 10);

Zinse aus den bezogenen oder zu beziehenden Früchten: l. 36 §. 4 l. 51 §. 1 eod. Über den Grund dieser Bestimmung vgl. Bd. 2 §. 244 S. 116 u. Francke S. 394 Anm. 1 Vgl. unten Anm. 21 und l. 1 §. 2 C. de his quib. ut indign. 6, 35.

17a) vgl. Francke, S. 276 unten.

18) l. 20 §. 6 D. h. t. Unterscheide vom SC. die oratio D. Hadriani in l. 22 u. l. 40 pr. eod. Francke S. 223.

19) l. 28 eod. — post SC. enim omne lucrum auferendum esse tam b. f. possessori quam praedoni dicendum est — als ob vorher nicht dasselbe Recht bestanden habe. Siehe dagegen aber l. 18 pr. eod. Francke S. 201 i. §. 6. cit. Auf den Fall der Restitution geht l. 20 §. 19 eod., — auf den da Eviction im Zuge ist l. 20 §. 20 eod. Francke S. 251 — auf den Fall, da der b. f. possessor wieder zurückkaufst, l. 22 eod. vgl. oben Anm. 10 (omne lucrum auferendum).

20) Worte aus der oratio Hadriani: l. 22 eod.

21) l. 20 §. 6a eod. Zu den similes causae s. oben Anm. 17, ferner Francke S. 230. Dieses gilt (für b. f. possessores) auch post

daz̄ dieselben hinwider ohne Rücksicht darauf, ob die verkauften Erbschaftssachen inzwischen untergegangen sind oder nicht, sollen eingeklagt werden können²²⁾. Die Jurisprudenz hält an dem Kaufschillinge als Restitutionsobjekt fest; hat der b. f. possessor mit dem Kaufschilling selbst wieder Außchaffungen gemacht, so kommt gleichwohl der Kaufschilling selbst in h. p., jedoch nur bis zur Bereicherung, wenn die dafür eingebrachte Sache weniger werth ist²³⁾. Wider den malae f. possessor dagegen kommen die verkauften Erbschaftssachen selbst in h. p.²⁴⁾. Denn die von ihm verkauften Erbschaftssachen fallen unter diejenigen, deren Besitz er gesessenlich aufgegeben hat, und um derentwillen er, wenngleich die Besitzentschlagung vor die Streiterhebung fiel, nach dem Buchstaben des SC. gerade so verurtheilt werden soll, „wie wenn er besäße.“ Was von dem anfänglichen malae f. possessor gilt von dem bonae f. possessor, nachdem er von der Streiterhebung Kenntniß bekommen²⁵⁾.

— So weit kann man sagen: gegen den malae f. possessor

motam controversiam: I. 1 §. 1 C. de his quibus ut indign. 6, 35 Sev. et Anton. jetzt malam fidem voraus, und ausdrücklich ist es in I. 20 §. 12 D. h. t der m. f. possessor, der Zins post motam controversiam schuldig wird. Aber der m. f. possessor hat nicht pretium, sondern rem ipsam, mithin keinen Zins weder ante noch post controv. motam zu präfizieren (Anm. 24)! Das macht auch Ulpian I. 20 §. 12 cit. gegen das Re script in I. 1 §. 1 cit. geltend; er vermag letzteres nur durch die Supposition zu rechtfertigen, daß im Interesse der Erbschaft verkauft sei, und also dem Erben zwischen den res ipsae und dem pretium die Wahl zu stehé. (Vgl. übrigens Anm. 28 u. 29). — Für Verzinsung der Kaufschillinge, welche durch nach der Streiterhebung erfolgten Verkauf erzielt sind, haftet auch der b. f. possessor: I. 20 §. 16 eod. Vgl. Anm. 15. Vgl. überhaupt Francke zu I. 51 §. 1 h. t.

22) I. 20 §. 6b. §. 17 eod. Zu dem deperditum und deminutum i. 1. 21 eod. — deminutum.. quod usucaptum est et ob id ex hereditate exiit — Motiv: I. 22 eod. (non facere lucrum) vgl. Anm. 19.

23) I. 25 §. 1 eod. — hactenus locupletior factus videbitur — u. dazu Anm. 10.

24) — non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in h. p. I. 29 §. 12 §. 2 eod. — was uns Francke zu I. 20 §. 12 §. 241 fg. zu wenig principiell zu lassen scheint. — Übrigens müssen, wo ipsae res in h. p. veniunt, diese Sachen wenn sie beim Käufer noch existiren, entweder in natura beigeschafft, oder nach Maßgabe des Würderungseides eracht —, wenn sie zu Grunde gegangen oder usucapirt sind, zu dem vollen Sachwerth präfiziert werden (I. 20 §. 21 I. 21 D. h. t.).

25) I. 20 §. 16 eod.

die Sache selbst (*res ipsa*); gegen den anderen der Preis. Indessen würde der Wortlaut des SC. die Lage des malae f. possessor in zwei Punkten günstiger gestellt haben, als die des bonae f. possessor, wenn dem nicht die Rechtsanwendung vorbeugt hätte; denn einmal würde der m. f. possessor dann, wenn die Sache nach der Veräußerung derart zu Grunde ging, wie sie auch beim Veräußerer zu Grunde gegangen wäre, frei geworden sein²⁶⁾, trotzdem er den Entgelt für dieselbe in Händen hatte, oder haben mußte, während der b. f. possessor den Kaufschilling ausdrücklich auch dann herauszugeben hatte, wenn und wie immer die verkaufte Sache zu Grunde ging; dann aber mußte der bonae f. possessor den Kaufschilling herausgeben, wenn er die verkaufte Sache gleich noch so sehr an Werth überstieg, während der malae f. possessor nach Maßgabe des SC. stets die Sache selbst, also möglicherweise weniger zu restituiren hatte, als er an Werthen aus der Erbschaft besaß. Beiden Unebenheiten trat man nun aber entgegen mit dem Saße, daß der malae f. possessor nicht besser daran sein darf als der bonae f. possessor²⁷⁾; der malae f. possessor muß ipsam rem praestire, wenngleich sie nach dem Verkauf zu Grunde gegangen ist und auch bei ihm zu Grunde gegangen wäre; wenn sie dagegen noch existirt, aber weniger werth ist, als der bedungene Kaufschilling, je nach Wahl des Klägers die Sache selbst oder den Preis restituiren²⁸⁾. Nur

26) Dies versteht sich nicht aus dem „condemnandos quasi possident“ (I. 20 §. 6c. l. 25 §. 2 D. h. t.), wohl aber aus dem „si eadem causa possessionis manusset“ in I. 36 §. 3 eod. Noch schwankend I. 33 §. 1 eod.: si (m. f. p.) necessarium hereditati (distraxerit servum), si quidem vivit ipsum praestandum, si decesserit fortassis nec pretium; sed non passurum judicem qui cognoscit possessorem pretium lucrari scribit, et verius est. Dieses Scriptum Julians fällt leicht noch in die Zeit vor dem St., wie denn Julians Digesten (die von Ulpian noch vor dem Commentar zum St. exscripta sind) allem Anschein nach vor das St. fallen (France S. 221 S. 244 unten S. 318) S. auch I. 30 eod.

27) I. 36 §. 3 cit. — non est dubium, quin non debeat melioris esse condicionis quam b. f. p. — ein Entscheid, der auf dem argumentum a potiori beruht, welches stark genug ist, selbst ein entgegenstehendes Gesetz zu überwinden.

28) I. 36 §. 3 cit. Paul — si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur; alioquin lucetur aliquid

wenn die Veräußerung oder Herausgabe im Interesse der Erbschaft erfolgt ist, braucht auch der m. f. possessor nichts anderes als den Erlös oder die Anschaffung zu restituiren^{29).}

In Betreff der Erbschaftssachen, welche nach der Streit-erhebung (post litem coptam) vom Beklagten veräußert werden, steht der bona f. possessor dem malae f. possessor gleich; die Veräußerung ist jetzt auch eine Verschuldung daß er nicht mehr hat (Ann. 15); gegen den einen und anderen geht das Petitum wenn Kläger will (Ann. 28) auf ipsa res und litis aestimatio mittelst jusj. in litem „sine ulla taxatione in infinitum“^{30).} In Anbetracht aber, daß infolge dessen nothwendige Veräußerungen (Ann. 29) unterlassen werden möchten, konnte der Magistrat auch ohne daß zuvor eine andere als die gemeine cautio judicatum solvi aufgerichtet worden wäre, die Erlaubniß zu Veräußerungen ertheilen^{31).} Im justinianischen Rechte ist

praedo. Mit demselben Wahlrecht schließt auch Ulpian ab in I. 20 §. 12 eod., nur daß gerade dieser Abschluß, im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden, Schwierigkeit macht. Indessen behebt sich dieselbe, wenn Ulpian das Wahlrecht für etwas ausgemachtes hält, im Vorhergehenden ipsas res nur als ein Recht des Klägers hingestellt haben wollte, und dazwischen hinein dem Gedanken als ob etwa Severus den malae f. p. dem b. f. b. gleichgestellt habe, mit der Bemerkung entgegentrat, daß dies gegen das SC. ginge, und daß Severus den Fall vor Augen gehabt haben möge, da der m.f.possessor Sachen verkauft, die verkauft werden müßten (vgl. I. 20 §. 16 I. 33 §. 1, i. auch I. 20 §. 1 §. 2 eod. und die folgende Ann.).

29) I. 20 §. 21 eod. — quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii (distraxit), non amplius venire quam pretium — I. 20 §. 1 — si hereditatis interfuit eum emi. —

30) I. 68 D. r. v. 6, 1.

31) Hierauf geht I. 5 pr. D. h. t. und deren Erklärung durch Grancé a. a. L. S. 18—30. Noch vor der cautio jud. s. und anstatt dieser konnte es zu einer cautio pro omni quantitate hereditatis vel rerum ejus restituzione kommen, dann nämlich, wenn noch vor dem Beginne des Streites, aber nachdem ein solcher (durch Anmeldung beim actus rerum) bereits in Sicht gestellt war, ein (jedenfalls seit einem Rescripte des A. Pius mögliches) magistratisches Veräußerungsverbot an den Beklagten von klägerischer Seite nachgesucht, nun aber zur Abwendung dieses Verbotes oder Wahrung der freien Hand der Beklagte zu jener Caution (satisf.) erböting war. — Übrigens stellt sich in I. 5 pr. cit. die prätorische Veräußerungs Erlaubniß als keine bloß edittale, sondern als eine defretale dar (se concessum edixit — permittere debet) und kann es demnach nicht auffallen, daß dieselbe eine causae cognitio voraussetzt, so daß Grancé nicht bloß die Syntaxis gegen sich hat, wenn er causa cognita

die cautio judicatum solvi³²⁾ durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot ersetzt^{33).}

Wie weit etwas in h. petitionem komme, ist besonders in Ansehung der Aktionen fraglich geworden, welche der Besitzer 1) als vermeintlicher Erbe geltend gemacht und durchgesetzt —, welche derselbe 2) aus Aulaz oder mittelst des Erbschaftsbesitzes in eigener Person erworben und durchgesetzt —, oder welche 3) der Erbe, nachdem sie als hereditariae actiones an ihn gelangt waren, nicht als solche sondern in Gestalt der hereditatis petitio eingeklagt hat (§. 400 Anm. 20). Überall hier entsteht die Frage, wie weit diese Aktionen in h. petitionem kommen, und zwar ad 1 und 2, ob mit ihrem ganzen Erfolge, ad 3 ob mit ihrer angestammten Ansage (cum sua natura). Entschieden aber ist, daß ad. 1) die von dem Besitzer als vermeintlichem Erben durchgesetzten hereditarischen Aktionen mit ihrem ganzen, sowohl pönalen als reipersekutorischen Erfolge zur Restitution kommen³⁴⁾; daß dagegen ad 2) nicht alles restituirt zu werden braucht, was der Besitzer mittelst der in seiner Person entstandenen Klagen erzielt hat: nur was davon in die Erbschaft gehört, nicht die darüber hinaus angefallenen Strafen³⁵⁾; daß endlich ad 3) die hereditariae actiones in dem Falle, da sie durch h. petitio geltend gemacht werden, ihre nicht in der

auntem zum Vorhergehenden ziehen will (S. 26 unten, vgl. S. 20 sq.). Allerdings spricht l. 33 §. 1 eod. von keiner Erlaubniß zur Veräußerung, sondern nur von einer Verschuldung wegen Nichtveräußerung nothwendig zu veräußernder Sachen; allein sie spricht auch von feiner lis copta, und hat also wohl die Zeit vor der h. petitio und einen malae fidei possessor vor Augen.

32) z. B. auch l. 5 §. 1 D. h. t.

33) Vgl. auch hierüber Francke a. a. O. (über Veräußerung einer res litigiosa S. 30 - 62) und aus Bd. 1 §. 134 Anm. 30 die l. 4 pr. §. 1 C. litig. 8, 37 mit §. 2 cf. pr. J. satisd. 4, 11.

34) l. 55 D. h. t.

35) So vielleicht l. 24 D. h. t. (ubi vi dejectus fuit) non debet restituere poenam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. zu übersetzen. Sie nec poena restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad judicium non venerit. Die poena ex eo commissa erklärt, besser als die Gloße und Cujaz, Francke S. 265 sq. durch den Hinweis auf Gaj. 4, 165.

obligatio wurzelnden, sondern erst im Prozeße anwachsenden
poenalen Zusätze abstreifen³⁶⁾.

Die Restitution kann auch hier durch Caution ersezt
oder auf ihr richtiges Maß zurückgeführt werden³⁷⁾.

Als eine Klage deren Grund auf keinen Dritten gestellt
ist (Bd. I §. 84), welche sich demnach gegen den jeweiligen
Besitzer wendet und da wo sie singulärerweise gegen einen Nicht-
besitzer geht, diesen so betrifft, „wie wenn er besäße“ (§. 400
Anm. 36–40), ist h. p. eine in rem actio³⁸⁾. Daß man sich
aber mit dieser Klage von wegen des Besitzes nicht nur von
vererbten, oder hereditate jacente zur Erbschaft gekommenen,
oder aus diesen entsprungenen, sondern auch von solchen Sachen
muß belangen lassen, welche man erst nach dem Erwerbe
der Erbschaft, von außen her, und zu eigen erworben hat, und
daß man auch sie herausgeben muß (§. 402 Anm. 4), ist ohne
Zuhilfenahme einer zwischen solchem Besitzer und dem Erben
entstandenen Obligation in Wahrheit nicht erklärbar, und findet
in der Ulpian'schen Bemerkung: petitio hereditatis, etsi in
rem actio sit, habet tamen praestationes personales³⁹⁾ —
den entsprechenden Ausdruck. In Ausnehmung dieser personales
praestationes ist h. p. schon früher nach Art eines bonae fidei

36) Vgl. l. 20 §. 4 D. h. t. — utputa est quaedam actio quae
infitione erexit: utrum cum suo incremento an vero in simpulum
venit, ut l. Aq. actio? etc. vgl. l. 36 §. 2 D. h. t. und l. 13 l. 14 D.
rei vind. 6, 1 mit l. 13 §. 1 l. 14 pr. D. servo corr. 11, 3 — ut
tantum veniat in h. p., quantum in hanc actionem (l. 1 pr. eod. —
in duplum judicium dabo) und Francke's sinnreicher Ergänzung zu l. 34
§. 2 D. o. e. a 44, 7: verius est remanere, quamquam in dup-
lum agi non poterit, quia simplo accedit et simplo sublatu locum
non habet (S. 348).

37) Vgl. Bd. I §. 170 Abs. 1 und oben §. 400 Anm. 15 §. 401
Anm. 24; ferner l. 57 D. h. t. — „ersezt“: von Seite des Beklagten,
insoferne er derzeit schuldloser Weise nicht restituiren kann, vielleicht aber
später es können wird (vgl. a. a. O. Anm. 21) — „auf ihr richtiges Maß
zurückgeführt“: von Seite des Klägers: z. B. l. 36 §. 2 l. 40 §. 3 D. h. t.
— Eine Ermäßigung nicht der Restitution sondern eine Art Redhibition
ist die Caution in l. 43 D. h. t.

38) so denn auch schon innerhalb der Vindicationen durch legis a. sacra-
mento ausgezählt (Gaj. 4 §. 17 in f.).

39) l. 25 §. 18 D. h. t. Als mixta personalis actio erscheint sie l. 7
pr. C. h. t. (Diocl.) entgegen der longi t. praescriptio.

judicium behandelt⁴⁰⁾, und endlich von Justinian den b. f. judiciis zugezäält worden⁴¹⁾.

Das Klagerecht ver h. p. geht weder durch Anerkennung des Testamente⁴²⁾, noch durch Anfechtung desselben mittelst falsi accusatio oder querela inofficiosi verloren⁴³⁾.

Querela inofficiosi testamenti.

§. 403.

J. de inofficio testamento 2, 18 D. eod. 5, 2 C. eod. 3, 28.

Dieses Rechtsmittel ist auch eine hereditatis petitio¹⁾: es enthält einen Streit um die Erbschaft und geht auf Restitution der Erbschaft²⁾. Während aber die gemeine hereditatis petitio darauf beruht, daß Kläger Erbe sei, wurzelt diese darin, daß Kläger Erbe sein sollte³⁾, gestaltet sich also zur Beschwerde (querela) über eine dem Kläger zugesetzte Injurie⁴⁾, ist darum Injurienklage und hereditatis petitio zugleich (§. 404, insb. Ann. 4 und 5) und zur Unterscheidung von der gemeinen als hereditatis petitio de inofficio oder ex causa s. nomine inofficiosi bezeichnet⁵⁾.

In der Beschwerde des Klägers daß er nicht Erbe sei,

40) l. 50 §. 1 eod. Übrigens lässt sich der Entscheid dieser und anderer Stellen l. 25 §. 18 l. 31 §. 1 §. 2 l. 38 l. 58 in f. eod. Grande S. 233 Ann. 27 S. 312; auch schon aus der arbiträren Natur der in rem actio erklären (vgl. Bd. 2 S. 431).

41) l. 12 §. 3 D. h. t.

42) l. 43 l. 44 D. h. t. vgl. oben §. 379a. bei. Ann. 6 u. 8.

43) arg. l. 47 D. h. t.; — l. 3 C. h. t. cf. l. 8 §. 12 D. inoff. 5, 2: In der „querela“ de non jure facto t. (l. 47 D. h. t.) dürfte h. p. mitinbegriffen sein.

1) l. 34 pr. C. l. 19 in f. l. 2^o D. h. t. arg. l. 5 §. 2 D. h. p. 5, 3 —.

2) l. 19 D. h. t. — hereditatem... vindicare — l. 21 §. 2 eod. — evicta hereditate — l. 16 §. 1 eod. — hereditatem cum fructibus restitui necesse est — Donellus, comm. de j. c. lib. 19 c. 4 gegen die Gloisse —

3) l. 3 D. h. t. Inoff. t. dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit —

4) l. 4 l. 8 pr. D. h. t. Nov. 115 c. 5 pr.

5) l. 34 pr. C. h. t. l. 20 pr. in f. D. b. p. c. t. 37, 4 cf. l. 3 C. h. p. 3, 31.

liegt das Verlangen (petitio), daß er es werde. In diesem Verlangen liegt mehr, als in dem nach dem Besitz oder der Restitution der Erbschaft. Darum ist, zum Unterschiede von der gemeinen h. p., die ex causa inofficiosi auch dem Erbschaftsbewerber möglich⁶⁾.

Die Realisirung dieses Verlangens geht über die Machtvollkommenheit des gemeinen Richters — der ebensowenig als der Magistrat Demanden zum Erben machen kann der es nicht ist⁷⁾ — hinaus⁸⁾. Außerordentliche Mittel müßten hier wie sonst⁹⁾ das Officium gegen das Ius zur Geltung bringen. Ein solches Mittel besteht nach dem vor uns liegenden Rechte darin, daß man der Inofficiosität den Anstrich des Wahnsinns (color insaniae) gibt¹⁰⁾; die Nichtigkeit des Testaments und Intestaterbfolge für den Querulanten, der diese zugleich mit Ansstellung der Querel in Anspruch nimmt¹¹⁾, ergab sich darnach von selbst¹²⁾. Die Vernichtung (Rescission) des Testamente lag hier wie sonst in der Aufstellung der Fiktion¹³⁾.

6) I. 8 §. 13 D. h. t.

7) §. 2 J. bon. p. 3, 9.

8) Bekker, Aktionen I. S. 276 findet darin, daß der Richter „Recht schaffe“ (also wohl auch einen Richterben zum Erben mache), „nichts unerhörtes“, und beruft sich zu dem Ende auf Adjudication und Condemnation. Allein diese beiden Vollmachten leitet der Richter aus der jurisdicatio (Gaj. 4, 42, 43 die jurisdicatio aber wahrscheinlich aus einer lex (Aebutia?) her. Zur Adjudication tragen auch die zum communi dividundo jud. provocirenden Eigentümer bei.

9) Mommsen, röm. Forschungen, I. S. 384.

10) pr. J. l. 2 l. 5 D. h. t.

11) nach Digesten und Codex in Gestalt der Aognition einer bonorum possessio litis ordinandae gratia (I. 8 pr. cf. I. 6 §. 2 l. 7 D. l. 2 C. h. t.) dann, wenn dem Querulanten bloß bonorum possessio zuständ (vgl. Leist, B. P. II, 2, S. 39 Francke, Recht der Rotherben S. 316. Vangerow §. 478 Anm. 2).

12) I. 19 D. h. t. — quasi furiosae judicium ejus ultimum damnetur — I. 17 §. 1 eod. — quum contra t. ut inoff. judicatur, t. factio nem habuisse defunctus non creditur — I. 6 §. 1 eod. — intestatum patremf. facit — I. 17 pr. eod.

13) Vgl. z. B. Gaj. 4, 38: — fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse — mit §. 80 eod. — rescissa capitis deminutione . . agitur und 3, 84: — utilis actio datur rescissa capitis deminutione. — Ob übrigens das Centumviralgericht als Volksgericht (vgl. B. v. Hollweg, röm. Civilpr. I. S. 60 Anm. 16 II. S. 54 unten) nicht die Macht direkter Cassation hatte, bleibt hier dahingestellt (vgl. I. 17 pr. D. h. t. — Centumviri . . quum facerent intestatum —)

§. 404.

Fortschreibung.

Im Einzelnen besteht

1) Die Voraussetzung der Querel

a) als einer Injurienklage darin, daß die Injurie vollendet, Querulant nicht blos in einem rechtsbeständigen Testamente enterbt, praeterirt, oder (als Geschwister) durch keinen Pflichttheil von der Querel abgeschnitten, sondern diese Kränkung auch durch Amtretung der Erbschaft zur fertigen Thatjache geworden sei¹⁾. Dem Aufschub des Entscheides kann der Querelberechtigte ein Ziel setzen (§. 387, 2); —

b) als einer in Gestalt einer Querel intendirenden hereditatis petitio darin, daß Besitz von der Erbschaft ergriffen sein muß. Wäre die Querel nichts anderes als die gemeine hereditatis petitio, so müßte der Erbschaftsbesitz stets beim Beklagten sein; nun aber dieselbe eine nicht auf hereditatem meam esse gestützte, vielmehr eine den Erwerb der Erbschaft durch Dritte voraussezende hereditatis petitio ist, so kann der Erbschaftsbesitz auch beim Querelberechtigten sein, und dieser seine Querel hier wie sonst (Bd. 2 §. 311 zu Ann. 22) auch in der Defensive, hier gegen die hereditatis petitio des Testamentserben vorbringen²⁾. Daß der im Besitz befindliche Querelberechtigte selbst klageweise gegen den nichtbesitzenden Testamentserben vorgehen könne³⁾, daß überhaupt Erbschaftsbesitz auf keiner Seite nothwendig, die Querel mithin als ein bloßes praejudicium möglich sei⁴⁾, ist nach dem Stande der justinianischen Kompilation nicht einzuräumen⁵⁾. Dagegen fehlt es nicht an Anhalt dafür, daß

1) I. 8 §. 10 D. h. t. — ante aditam hereditatem nec nascitur querela —

2) I. 8 §. 13 D. h. t. — in modum contradictionis querelam inducat.

3) Windscheid §. 584 zu Ann. 15 a.

4) Arndts, Pflichttheils- u. Notherbr. in Weiske's Rechtsl. Bd. 8 S. 99. Ann. 95. 96. G. Hartmann, über die querela inff. t. nach class. R. 1864 (akad. Progr.) u. dazu Schlesinger, Viertelj. Bd. 7. S. 478 unten. Windscheid, a. a. D. zu Ann. 14. Becker, Aktionen I. S. 272 fgg.

5) Die gegnerische Ansicht beruht auf der Vorstellung, daß die heredi-

der Pflichterbe auch gegen nichteingesetzte Erbschaftsbetreter, vorausgesetzt nur, daß sie pro herede oder pro possessore besitzen, die Erbschaft mit Erfolg herausverlangt^{5a}); als legitime

tatis petitio nicht in, sondern neben der Querel sei (Windscheid a. a. D. Ann. 13), vergleichbar dem judicium rescissorium, nach dem judicium rescindens bei der i. i. r. (Arndts, Ann. 96), — oder geht von der präjudicialen Art der entsprechenden legis actio aus (Hartmann a. a. D. Befter a. a. D.) Nun aber erscheint in unseren Quellen die Querel wohl als eine h. p. ex causa oder ex nomine de inofficio, dagegen nirgends als eine aus einem diesbezüglichen Judicate (I. 34 pr. C. I 19 I. 20 D. h. t. I. 20 pr. D. b. p. c. t. 37, 4); „eben so wenig finden sich positive Zeugnisse für eine besondere formula der querela inoff., sei es überhaupt, sei es speciell in der Richtung, daß sie als der condemnatio entbehrend auch auf einen Nichtbesitzer als Beklagten gepaßt hätte“ (Schlesinger a. a. D. S. 478 oben). Auch kommt die Querel nicht etwa mit besonderer Motivierung — weil Beklagter im Besitz sei —, sondern ohne diese Motivierung und dergestalt als h. petitio oder vindicatio vor, als ob h. p. mit der Querel ohne weiteres gegeben sei (z. B. I. 8 §. 8 I. 17 pr. I. 19 I. 21 §. 2 I. 27 §. 3 D. I. 22 pr. C. h. t. I. 3 C. h. p. 3, 31 — s. dagegen Windscheid a. a. D. zu Ann. 13: „Ist der selbe im Besitz . . . so ic“). Die I. 7 §. 1 D. h. p. 5, 1 wird richtiger dahin verstanden, daß der Pflichterbe gegen den nichtbesitzenden Erben zu querulieren nicht in seiner Macht hat (quoniam . . . erat in arbitrio ejus d. h. weil dies nur si possessor esset Licinianus in der Macht des Pflichterben lag — vgl. France exeg. dogm. Comm. zu D. 5, 3 S. 123 gegen Hartmann a. a. D. S. 21 Dr. F. Schröder, das Nothherbenrecht 1877, S. 401—403 S. 410, 2). In I. 19 D. h. t. werden die Ausdrücke de inoff. agere, und hereditatem (ab int.) vindicare, petere promiscue gebraucht (hiefür auch Schröder a. a. D. S. 405 unten u. fg.); dafür, daß in dem eingangs vorgelegten Falle die Querel zugleich h. petitio und gegen beide, den Extraneus und die Schwester, siegreich durchgesetzt war, spricht die Frage nach der der Schwester zu gewährenden außerordentlichen Hilfe (scriptae filiae quomodo succurrendum sit); das nun folgende Responsum enthält hierauf keine Antwort, sondern bloß die Auseinandersetzung, daß gegen die Schwester überhaupt keine Querel begründet (non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo inofficio), non recte vindicatur gewesen (I. 17 §. 1 eod.), (wogegen Schröder und die gewöhnliche Auslegung). Der Umstand, daß die Verjährung der Querel vom Augenblicke der Erbschaftsantritung durch den Testamentserben (nicht der Besitzerfreigabe, wie France a. a. D. S. 123 Abs. 3 annimmt) datirt, würde für die Gegner sprechen, wenn die Querel nur gegen den Testamentserben möglich wäre. Aus der legis actio endlich ist für die Querel des Justinianischen Rechtes so wenig zu folgern, als für die rei vindicatio, welche in der legis a. sacramento auch präjudicial war (vgl. Keller, röm. Civilpr. §. 16), im Justinianischen Rechte aber beides, die Controversie und die petitio vereinigt enthält (Bd. I §. 167 S. 650 a. C. §. 170 ab init.).

5a) I. 1 C. h. t. Windscheid a. a. D. zu Ann. 16; dagegen Arndts, Rechtsl. Bd. VIII. S. 99 zu Ann. 97. Mit Recht hinwider wendet sich Arndts a. a. D. Ann. 97 gegen Mayer, welcher (Erbe S. 209) mit

Bertheidiger des Testamento, so daß das hierüber gefällte Urtheil allgemein gälte (Bd. 1 §. 99 Ann. 18), sind solche Besitzer allerdings nicht zu betrachten⁶⁾.

Aus dem Gesagten erhellt auch schon, wer in unserer Querel

2) Beklagter sein könne; daß es nicht nur der Testamentserbe, sondern auch ein dritter pro herede oder pro possessor possessor, überall aber nur ein Erbschaftsbesitzer oder wer als solcher zu betrachten ist (§. 400 Ann. 35—45), sein könne. Hinzuzufügen ist nur, daß anstatt des Testamentserben auch dessen Erbe⁷⁾, Universalfideicommissar⁸⁾, überhaupt alle diejenigen belangbar sind, welche auf die gemeine hereditatis petitio sich einzulassen haben (§. 400 S. 217—229)⁹⁾. — Sind der Testamentserben mehrere, so sind nicht stets alle belangbar, dieweil sich nicht stets klagen läßt, daß Querulant Aller Portionen haben sollte¹⁰⁾; kann nur der eine oder der andere von ihnen belangt werden, so macht die Querel den Erblässer auch nur pro parte zum intestatus¹¹⁾.

3. Querelberechtigt sind die durch das Testament injurirten Personen: die vom Testamente abgeschen im konkreten

der gemeinen hereditatis petitio auszulangen glaubt, weil der dritte Besitzer, wenn er sich auf das Testament beriese, ex jure tertii excipire würde; denn einer gemeinen, lediglich auf Intestaterbrecht gestützten h. petitio gegenüber könnte derselbe wegen des innite liegenden rechtsbefändigen Testamento, sich verneinend vertheidigen. Wohl dagegen läßt sich der Prozeß so denken, daß Kläger als Intestaterbe auftritt und erst replikationsweise, wenn der Besitzer sich auf Existenz des Testamento beruft, die Beschwerde über Ignoratio vorbringt (Becker, a. a. D. S. 278 B. Windscheid a. a. D. zu Ann. 16.)

6) vgl. Becker u. Windscheid a. a. D.

7) heres: I. 10 C. h. t.; bonorum possessor: I. 16 §. 1 D. h. t.
I. 20 pr. in f. D. b. c. t. 37, 4.

8) I. 1 C. h. t.

9) so ausdrücklich der Fiscus, an welchen bona vacantia des Testators oder seiner Erben gekommen sind: I. 10 C. cit. Vgl. Arndts a. a. D. S. 98.

10) es sei nun, daß die Eingesetzten zum Theil selbst Intestaterben und nicht über ihren Theil eingesetzt sind: I. 19 I. 24 D. h. t., sei es daß ein Geschwister querulirt, und die ihm vorgezogenen Personen nicht durchweg turpes personae sind: I. 27 C. §. 1 J. h. t.

11) I. 24 cf. I. 25 §. 1 D. h. t. Vergl. unten Ann. 31—33.

Falle ordentlicherweise intestaterbberechtigten Descendente n und Ascendente n, seit Novelle 115 ohne Rücksicht darauf ob ihnen der Pflichttheil zugewendet ist oder nicht, genug daß ihnen die Ehre der Erbeinsetzung nicht zu Theil geworden, und sie von der Erbschaft durch keinen gesetzlichen, im Testamente ausdrücklich angezogenen und ihnen zu beweisenden Grund ausgeschlossen sind¹²⁾; consanguinische Geschwister dagegen noch immer nur dann wenn ihr Pflichterbrecht nicht durch Hinterlassung des Pflichttheils ausgeschlossen und wenn ihnen überdies eine unehrbare Person vorgezogen ist. Ihr Pflichterbrecht verwirken auch sie nur durch eine ihnen im Testament ausdrücklich vorgerückte, gesetzlich jedoch mit Ausnahme Eines Falles weder exemplificirte, noch auf gewisse Fälle beschränkte ihrerseitige Inofficiorität. Ihr Pflichterbrecht und ihre Querel wird neuestens durch Hinterlassung nicht blos des ganzen, sondern auch des theilweisen Pflichttheils ausgeschlossen; die diesfällige Verwandlung der Querel in eine suppletoria actio (§. 405) gilt auch für sie (§. 378 S. 110 unten u. fg.).

Innerhalb der Querelberechtigung findet eine Succession statt. Diese geht von der Querel als Injurienklage aus und hat eine gewisse Anspannung des Officium zur Grundlage¹³⁾. Ist dem Nächstberechtigten die Ehre der Erbeinsetzung erwiesen, so ist jenes erfüllt; kein fernerer Descendent oder Ascendent kann sich beschweren, daß ihm nicht gleiches widerfahren ist, ob der Eingezeichnete von seinem Rechte Gebrauch macht oder nicht. Glaubt dagegen der Testator den Nächstberechtigten übergehen zu sollen, so ist damit sein Officium auch dann nicht erfüllt, wenn eine rechte und gerechte Enterbung vorliegt; an die Stelle des Nächsten tritt nun der Nächstmächtste als Gegen-

12) §. 378 bei. S. 110. Über das ältere Recht vgl. §. 365 §. 359 a. E. §. 360 S. 18 fg.

13) Franke, das Recht der Nothberben, scheint zu einseitig von dem successiven Intestaterbrecht auszugehen (§. bei. S. 281 Anm. 1 — aber auch S. 280 Anm. 1), nach welchem es kaum erklärbar wäre, warum den folgenden Intestaterben die Querel nicht zusteht, wenn der erste eingezeichnet ist und ausschlägt. Vgl. Schröder, d. Nothberbnr. S. 459 unten.

stand officialer Wahrnehmung, und an die Stelle der Querel, die der Nächste nicht anstellen will, oder nicht anstellen kann, die des Nächstnächsten¹⁴⁾). Diese Succession ist so oft sich wiederholend zu denken, als der Grund zur ersten Succession sich wiederholt.

Innerhalb der Querelberechtigung findet auch Accrescenz statt. Diese geht von der Querel als einer hereditatis petitio aus, und hat die Theilung des Erbrechts, folgerecht auch des Pflichterbrechtes, zu seiner Grundlage. Wer ab intestato nur mit der partiaria hereditatis petitio (§. 400 S. 215 fg.) auf treten könnte, kann auch mit der Querel nur einen Erbschaftstheil vindiciren¹⁵⁾). Gleich der Intestaterbportion aber kann sich auch die Querelportion durch Accrescenz erweitern. Voraussetzung ist, daß auch die accrescirende Portion eine Querelportion sei. Wäre der Miterbe des Querelberechtigten selbst nicht zur Querel berechtigt, sei es daß er nicht gleichfalls Pflichterbe, daß seinem Pflichterrecht genügt, oder daß er recht und gerecht ausgeschlossen ist, so kommt es seinethalben zu keiner Accrescenz an die Querel¹⁶⁾); ist er dagegen zur Querel berech-

14) I. 31 pr. D. h. t. Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare . . . fiat successioni locus. Die Successio ist nicht eine in die Querel des Vorgehenden, d. i. keine transmissio; sonst wäre sie nicht möglich wo der Vorgehende non potest accusare; sondern eine des „Folgenden“ in eigenem Namen auf Grund der ihm selbst widerfahrenen Unbill: arg. I. 14 eod. — patre praeterito —. Daß in I. 34 C. h. t. die Enkel erst durch Transmission, nicht durch Succession zur Querel kommen, hat seinen Grund in dem Umstände, daß zur Zeit dieser Konstitution innerhalb der liberi noch keine successio graduum stattfand (Schröder S. 463), ein Pflichterrecht jener Enkel also nur für den selteneren, der Konstitution nicht vorstrebenden Fall zu berücksichtigen war, wenn sie unde cognati berufen waren (France S. 283 fg.)

15) I. 8 §. 8 I. 19 I. 16 pr. D. h. t.

16) Ist er nicht Pflichterbe z. B. frater uterinus, so mußte der Testator seinethalben nach Belieben testieren können (vgl. France Recht d. Mörtherben S. 274); — ist seinem Pflichterrecht genügt, und zwar durch Einsetzung genügt, so würde seine Ausschlagung zur Accrescenz an die testamentarischen Miterben führen — oder das Testament destitut machen und also ohne Querel zur Intestaterbfolge führen: arg. I. 19 D. h. t.; ist durch Hinterlassung des Pflichtrechts ohne Einsetzung genügt, so wird durch Ausschaltung der Vermächtnisse kein Erbtheil vakant; auch über den Theil des recht und gerecht Erbten muss der Testator wirksam verfügen

tiget, und kommt es nur deshalb nicht zur Querel, weil er nicht queruliren will, durch Tod oder Verjährung überholt wird, dann macht er seinem querulirenden Miterben „keinen Theil“, vielmehr accrescirt sein Theil dem Querulanten, oder was eins ist, dieser kann klagen und der Richter sprechen, wie wenn der Ausgefallene gar nie existirt hätte¹⁷⁾; so weit als das Testament inofficios ist, soll es hinfällig werden, wenn auch nur einer der mehreren Querelberechtigten rescindirt.

Die Querelberechtigung geht abgesehen von den Fällen, in denen Exceptionen und Praescriptionen gegen die Querel begründet sind (§. unten Nr. 4), weil Injurienklage, unter durch den Tod des Berechtigten: es wäre denn die Querel bereits vorbereitet¹⁸⁾, oder der Querelberechtigte ein Descendent des Testatoris gewesen und vor dem Antritt der Erbschaft gestorben; dort findet Vererbung der praeparirten¹⁹⁾, hier Transmission der noch unpraeparirten Querel auf die Decsidenten des Querelberechtigten²⁰⁾ statt; hier würde neuestens Succession in

können (Francke §. 274); der also Erbte zählt bei der Frage nach der Zahl der Intestaterben, sowie bei Bezeichnung des Theiles, auf den Querulant einzuschränken ist, mit: I. 8 §. 8 D. h. t. — an exheredatus partem faciat qui non queritur (d. i. der nicht queruliren kann); et utique faciet — I. 16 pr. eod. wo de parte = de parte sua = $\frac{1}{3}$ ist (Francke §. 275).

17) I. 23 §. 2 D. h. t. — constituit non agere, pars ejus alteri accrescit; idemque erit et si tempore exclusus sit — I. 17 pr. eod. — quasi . . . hunc solum filium in rebus humanis esse . . . crediderint —; qui repudiantis animo non venit ad accusationem inoff. t., partem non facit his, qui eandem queralam movere volunt. Des weiteren ist hier von Accrescenz nicht ausdrücklich die Rede, vielmehr der Andere ohne sie zur Klage auf das Ganze zugelassen, und der Consequenz, daß wenn nun der Repudiant rescisso testamento an der Intestaterfolge teilnehmen wollte, durch die auctoritas rei judicatae und die Fiction begegnet, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. Eine Accrescenz der Querel liegt aber doch auch dieser Klage auf das Ganze zu Grunde, und die Consequenz und die Nothwendigkeit ihr vorzubringen ist dieselbe, ob man von Accrescenz ausdrücklich spricht oder nicht. — Für Verjährung gilt folgerungsweise dasselbe was für Tod und Ausschlagung (Francke §. 271).

18) I. 6 §. 2 I. 7 D. h. t.

19) I. 6 §. 2 I. 7 D. h. t.

20) I. 34 pr. I. 36 §. 2b C. h. t. (§. oben §. 389 a. E.). Beide Stellen setzen den Tod vor Antritt der Erbschaft voraus, erstere zudem mit

die Querel platzgreifen, wenn die Transmission nicht schon zuvor eingeführt wäre²¹⁾.

4) Exceptionen entspringen 1) aus der Zuwendung des Pflichttheils gegenüber solchen Querulantem, deren Pflichterbrecht noch immer durch Zuwendung des Pflichttheils ausgeschlossen wird (§. 378 S. 111); dies auch dann, wenn dem Querulanten nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen ist (§. 405, 1). Der Zuwendung gleichgestellt ist die Thatshache, daß Querulant als impubes arrogatus des Testators einen Anspruch auf die quarta D. Pii hat; dieser gilt als Ersatz für den Pflichttheil²²⁾; — 2) aus Vergleich²³⁾, Verzicht²⁴⁾, Anerkennung²⁵⁾; 3) aus dem Ablauf des der Querel gesetzten von der Erbschaftsanstreitung an zu berechnenden Quinquenniums²⁶⁾; — 4) bei der Enterbung ohne gesetzlichen Grund aus der wohlmeinenden Absicht der Enterbung (s. g. exheredatio bona mente)²⁷⁾.

der Bemerkung, daß diesfalls der Enkel (ohne die Transmission von aller Hülfe verlassen sei. Letzteres ist klar in Betreff der gleichfalls angezogenen lex Velleja; in Betreff der gar nicht in Betracht gezogenen successio in querelam dagegen nur klar, wenn man bedenkt, daß zur Zeit der I. 31 u. I. 36 eit. innerhalb der Descendenten noch keine successio graduum bestand (vgl. oben Anm. 14).

21) Vgl. hiezu Windscheid §. 585 Anm. 9: damit verliert die eben konstatierte Controverse, ob I. 34 blos den Fall gewollt habe, da der Tod vor dem Austritt der Erbschaft erfolgt — an praktischer Bedeutung.

22) I. 8 §. 15 D. h. t. Gehört Querulant zu den Personen, welche vom Testator nicht blos den Pflichttheil, sondern Einsetzung fordern können, so kann ihre Querel durch die quarta D. Pii nicht ausgeschlossen sein. (S. 144).

23) Einhaltung von Seite des Erben vorausgesetzt (I. 27 pr. D. h. t.); am Testamentsrecht vermag die Transaction (quamvis res decisa sit) nichts zu ändern (I. 29 §. 2 eod. vgl. oben §. 379 a.). S. auch I. 35 §. §. 1 C. h. t. I. 3 pr. D. transact. 2, 15.

24) I. 15 §. 1 I. 23 §. ult. arg. I. 17 pr. eod. — vorausgesetzt, daß er nicht durch Drug von Seite des eingesetzten Erben erzielt ist: I. 21 pr. eod.

25) Grundsatz: I. 10 §. 1 I. 31 §. 4 D. I. 35 §. 2 C. h. t. Kasuistik: I. 8 §. 10 I. 12 pr. — §. 3 I. 23 §. 1 I. 31 §. 2 I. 32 pr. §. 1 eod.

26) I. 8 §. 17 I. 23 §. 2 D. I. 36 §. 2 C. h. t. — ut tempora .. ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant etc. cf. I. 8 §. 10 D. h. t. Ulp. — ante aditam hereditatem nec nascitur querela — Die Querel ist als temporalis actio (Bd. I §. 113) zu behandeln; nur ex magna et justa causa (i. i. restitutionis) ist noch nach Ablauf des quinq. die Querel möglich.

27) Eine solche exheredatio kommt vor: I. 18 D. lib. et post. 28, 2; sie schadet dem Exhereditirten nicht: I. 12 §. 2 D. bon. lib. 38, 2; Brinz, Pandecten III. 2. Aufl.

5) Das der Querel stattgebende²⁸⁾ Urtheil enthält

a) die pronunciatio, daß der Testator bei Errichtung des Testamentes nicht bei Verstand gewesen sei²⁹⁾, hierin von selbst eine Rescission des Testamentes³⁰⁾, hiemit einerseits eine Revol- virung des auf Grund des Testamentes erfolgten Erbschaftsantrittes und seiner Folgen³¹⁾, anderseits Intestaterbsfolge für den Sieger, der die Erbschaft entweder durch die Querel angetreten, oder als suus heres nunmehr ipso jure hat³²⁾. Vor ausgesetzt, daß das Testament seinen berufenen Vertheidiger hatte (Anm. 6), gilt dieses Urtheil allgemein (pro veritate accipitur Bd. 1 §. 99), bis zur Novelle 115 auch gegen die Legatare³³⁾, nach der Novelle noch zu Gunsten Dritter, wenn ein Unberufener die Querel durchsetzt – zu Gunsten Dritter, welche selbst nicht querulirt haben, vielleicht nicht queruliren konnten, aber ab intestato berufen gewesen wären, und jetzt, nachdem das Testament rescindirt ist, und das Urtheil über die mangelnde testamenti factio wie ein praejudicium gilt (Bd. 1 §. 99 Anm. 21), auch wirklich berufen sind³⁴⁾. Jpsō jure

sie ist von der Magistratur zu respektiren: I. 16 §. 2 §. 3 D. curat. fur. 27, 10 cf. I. 16 D. b. c. t. 37, 4 I. 25 C. h. t. Arndts, Rechtsl. III. S. 901. Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Com. Bd. 37 S. 391 - 465; gegen Francke §. 34 f. Schröder, Rotherbr. §. 42 A. Schmidt, d. form. Recht der Motherben S. 166 fgg. K. Schmidt, Ererbung aus guter Absicht (Arch. f. civ. Prax. Bd. 54, Nr. 18 — insonderheit mit Nachweisungen über das heutige Recht: S. 378 f. §. 5).

28) vgl. I. 10 pr. D. h. t. — si . . . contra testamentum . . . sententiam dederit . . . I. 8 §. 16 eod.

29) arg. pr. J. I. 2 I. 5 D. h. t.

30) I. 8 §. 16 D. h. t. — ipso jure rescissum est — libertates ipso jure non valent.

31) I. 21 §. 2 D. h. t. — perinde omnia observari debere, ac si hereditas adita non fuisset, et ideo et petitionem integrum debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere, et compensationem debiti I. 22 §. 1 C. h. t.; I. 8 §. 16 D. h. t. — legata soluta repetuntur I. 17 §. 1 I. 28 I. 29 pr. eod. Diese letztere Folge entfiel schon nach altem Rechte, wenn das Testament durch den heres scriptus nicht vertheidigt wurde: I. 17 §. 1 cit., und ist durch die Nov. 115 c. 3 in f. c. 4 in f. überhaupt entfallen.

32) I. 6 §. 1 D. h. t. — (victoria) intestatum patremfamilias facit vgl. I. 17 pr. eod.

33) Mit Nov. 115 c. 3 in f. c. 4 in f. vgl. I. 17 §. 1 I. 8 §. 16 I. 28 I. 29 pr. D. h. t.

34) I. 6 §. 1 D. h. t.

gilt dasselbe, wenn der Sieger querelberechtigt war und die Mitberechtigten die Querel aussießen³⁵⁾; allein in diesem Falle sollen die Mitberechtigten dem Querulanten „keinen Theil machen“ (der Querulant mittelst Accreßenz oder als ob er Alleinberechtigter wäre, die ganze Erbschaft haben — Ann. 16), und das Judicat den mit h. p. flaggenden Miterben als ein in diesem Sinn ergangenes entgegengehalten werden³⁶⁾. Wären die Mitberechtigten mit Recht und richtig von der Querel ausgeschlossen so kommt ihnen das Judikat auch ipso jure nicht zu statthen; denn dann machten sie dem Querulanten einen Theil (Ann. 16); gleich der Querel ist infolgedessen die Rescission des Testamens auf einen Erbschaftstheil beschränkt, und der Erblässer nur zu dem eingeflagten Theile intestatus geworden³⁷⁾. — Eine blos theilweise Rescission und Theilung der Erbsfolge in eine testamentarische und gesetzliche enthält das Urtheil auch dann wenn nur gegen Einen der mehreren Testamentserben geplagt³⁸⁾ oder gesiegelt wurde³⁹⁾; —

b) anknüpfend an die Pronunciatio einen Restitutionsbescheid, welcher dem in der gemeinen hereditatis petitio gleich und auch in den Quellen nur beigehend erwähnt ist⁴⁰⁾.

Der Sieg des Testamentserben macht den Querulanten des ihm testamentarisch Zugewendeten zu Gunsten des Fiskus unwürdig, wenn er wider besseres Wissen und in eigenem Namen processirt hat⁴¹⁾.

35) l. 17 pr. D. h. t. — quia resciro testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur.

36) l. 17 pr. cit. — quasi hunc solum in rebus humanis esse nunc — vgl. l. 16 pr. eod. — filia quae non egit. . in hereditate legitima fatri non concurrexit.

37) l. 16 pr. cit. filia quae . . non obtinuit, in h. legitima fatri non concurrexit. argg. l. 25 l. 24 l. 15 §. 2 l. 76 pr. D. leg. II. Auch darum wird betont, daß der Testator nicht in Wahrheit non sanae mentis gewesen sei: l. 2 D. h. t.

38) l. 25 §. 1 D. h. t.

39) l. 24 l. 15 §. 2 eod l. 76 pr. D. legat. II.

40) l. 16 §. 1 D. h. — universam hereditatem . . cum fructibus restitu necesse est.

41) l. 8 §. 14 l. 22 §§. 1—3 D. h. t. S. oben §. 396 zu Ann. 7.

Der Pflichttheil und die Pflichttheilsklagen.

§. 405.

Pflichttheil (*legitima portio*) nennen wir den Betrag¹⁾ der Zuwendungen, mit welchen der Erblasser seine Pflichterben bedenken muß²⁾, wenn er dieselben nicht enterben darf, oder wenn er sie enterben darf, aber nicht enterben will — wie die intestaterbberechtigten Descendenten und Ascendenten (S. 103) — oder wenn er anstatt ihrer eine unehrbare Person zum Erben einsetzt und ihnen nichts zu geben keinen Grund hat, — wie die consanguinischen Geschwister (S. 110 fg.).

Der Betrag bemüht sich trotz der Novelle 18 c. 1³⁾ nicht nach einem aliquoten Theile des Nachlasses, sondern nach einem aliquoten Theile der Intestaterbportion des Pflichterben⁴⁾, und zwar anstatt der alten Quart auf ein Drittel oder die Hälfte der Intestaterbportion, je nachdem diese mindestens $\frac{1}{4}$ des Nachlasses, oder aber weniger beträgt⁵⁾. Folgerecht kann gegenüber demselben Testator der Pflichttheil des Einen $\frac{1}{3}$,

1) Als aliquoten Theil selbst, es sei nun des Nachlasses oder der Intestaterbportion, darf man ihn nicht bezeichnen; einen solchen Theil beträgt er, kein solcher ist er.

2) Als *ἀραγόν τινα μοιγαρ προσώποις τισὶ ἀπορέμετιν* — erscheint er Nov. 1 pr. §. 2.

3) — tertiam propriae substantiae partem etc. —

4) Nov. 22 c. 48 pr. — augentes ab intestato partem omnino filii relinquendam — cf. I. 31 C. inoff. t. 3, 28 — legitimae portioni, i. e. quartae parti ab intestato successionis — Das Gegentheil würde dazu führen, daß unter Umständen der Pflichttheil größer wäre als die Intestaterbportion: wie wenn ab intestato neben einem consanguinischen 3 oder 4 uterini Geschwister berufen wären. — Vangerow §. 475 Anm. 1 Nr. 2. Windscheid §. 580 Anm. 3. — Von nicht pflichttheilsberechtigten Intestaterben heißt es einerseits partem faciunt ad minuendam legitimam, anderseits numerum faciunt ad augendam legitimam z. B. Seuffert, P. §. 653 Anm. 1. 2.

5) So seit Nov. 18 c. 1, und zwar in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficio lege decreta est. Gegen Julians epitome („in omnibus descendentibus personis.“) und Marozzoli über die Erhöhung der legitima nach Nov. 18, Zeitschr. f. Civilr. u. P. I. S. 254 fg. j. Francke R. d. Notherben S. 208 fg. G. C. Heimbach, Beiträge zur Erklärung einiger f. d. Praxis wichtiger Novellenstellen, Zeitschr. f. C. u. P. XIII. S. 397 cf. l. 35 in f. C. h. t.

der der Anderen $\frac{1}{2}$ sein⁶⁾). Letzter Dividend aber ist der Betrag der Erbschaft beim Tode des Erblassers⁷⁾, und zwar deren Betrag nach Abzug der Schulden und Leichenkosten⁸⁾, hinwiderum nach Einrechnung nicht nur alles dessen, was mortis causa aus dem Erbvermögen von irgendwem erworben ist⁹⁾, sondern auch der unter Lebenden auf den Pflichttheil erfolgten Schenkungen und Ausstattungen¹⁰⁾. — Was die Gestalt der Zuwendung anlangt, so kann der Pflichttheil nicht nur leßwillig hinterlassen, sondern auch unter Lebenden gegeben werden; letzterefalls muß aber die Gabe entweder durch ausdrückliche Bestimmung des Erblassers, oder durch die des Gesetzes als in den Pflichttheil fallend bezeichnet sein: durch Bestimmung des Erblassers die einfache Schenkung¹¹⁾; durch gesetzliche Bestimmung die anderweitigen Zuwendungen unter Lebenden¹²⁾, wie das bezüglich der dos, propter nuptias donatio, und militia der Fall ist¹³⁾. Das Vermögen aber, aus welchem die Zuwendung erfolgt, muß das des Erblassers sein¹⁴⁾, so daß von den leßwilligen Zuwendungen dasjenige was der Pflichterbe conditionis implenda causa bekommt, nicht in den Pflichttheil fällt¹⁵⁾, von Zuwendungen unter Lebenden ebensowenig

6) z. B. der des Sohnes, welcher mit 4 oder mehr Neffen pflichttheilsberechtigt ist; denn des Ersteren Intestaterbg. beträgt mehr, die der anderen weniger als $\frac{1}{4}$. So nach keiner ausdrücklichen Vorchrift, wohl aber nach dem Sinn der Novelle. Vangerow §. 475 Anm. 1 Nr. 4, die das. Agff. Seuffert, pratt. Pdr. §. 653 Anm. 3 und Windischheid §. 580 Anm. 4.

7) I. 6 C. h. t. und dazu Arndts, Rechtsl. VIII. S. 129.

8) I. 8 §. 9 D. h. t. Paul. R. S. IV. 5, §. 6.

9) wovon Arndts, Rechtsl. VIII. S. 129 Anm. 219 u. Pand. §. 593 g. (arg. I. 5 I. 12 C. ad leg. Falc. 6, 50) allein spricht. — S. dagegen E. A. Seuffert zu Seuff. P. §. 653 Anm. 8 u. dasselbst den Text zu Anm. 9a.

10) I. 25 pr. D. h. t. — conferri debere quod donatum est. —

11) §. 6 J. 1 25 pr. D. I. 35 §. 2 C. h. t.

12) I. 20 pr. in f. C. coll. 6, 20 — ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus ut hoc fieret, expressum est. Arndts P. §. 594 Anm. 3 gegen Puchta, Vorl. §. 489. Statt militia nun „fälschliche Aufstellung“. Seuffert P. §. 653.

13) I. 29 C. h. t.; I. 30 §. 2 eod.

14) I. 36 pr. C. h. t. — repletionem . . fieri ex ipsa substantia patris —

15) I. 36 D. m. c. d. 39, 6.

dasjenige was er durch Ausschlagung einer Erbschaft seitens des Erblässers als Substitut, oder durch Auslassung eines ihm mit dem Erblässer gemeinsamen Vermächtnisses, „utputa ususfructus“, durch Accrescenz erwirbt¹⁶⁾). — Was endlich die Modalität der Zuwendung anlangt, so muß sie glatt¹⁷⁾, frei¹⁸⁾, und ohne Abzug des Nießbrauchs¹⁹⁾ erfolgen.

Konsequenterweise nun griff ursprünglich gleichviel ob der Pflichttheil gar nicht, oder nur zum Theil, oder verfürzt und verkümmert hinterlassen war, querela inofficiosi testamenti platz²⁰⁾; denn die Hinterlassung des Pflichttheils begründete „Auschluss der Querel“²¹⁾, naturgemäß nur die vollständige

16) Vgl. die donatio inter virum et uxorem: l. 5 §. 16 §. 8 l. 25 D. don. i. v. e. u. 24, 1 und die Pauliana: Bd. 2 §. 345 Anm. 2 l. 36 pr. C. cit. — ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex jure accrescendi ut puta ususfructus; .. ea quidem omnia quasi jure adventitio eum lucrari. — Was der Pflichterbe als heres substitutus des pflichttheilschuldigen Vaters, oder als Erbe oder Legatär desselben durch Accrescenz erwirbt, erwirbt er nicht minder ex ipsa substantia patris, wie was er als heres institutus oder Legatär desselben erwirbt (vgl. Mayer, Erbr. §. 88 Anm. 12. Donellus, comm. j. c. lib. 19 c. 4 §. 35. E. A. Seuffert zu Seuff. P. §. 673 Anm. 7); dennoch faßt man die maßgebenden Worte der Stelle in dieser Allgemeinheit (Francke a. a. L. S. 231. Arndts, Rechtslegerikon, Bd. VIII S. 131 Anm. 128, Mühlensbruch, Forts. zu Gl. Comm. Bd 35 S. 296. Wang. §. 476 Anm. 2). Windscheid §. 581 Anm. 7 trägt unserem Einwande Rechnung, und deutet an Pupillarstitution, an den dem Eigenthum anwachsenden Nießbrauch u. Alluvion. Allein vom Pupillarstitutionen kann man nicht allgemein sagen, daß er aus dem Vermögen des Vaters nichts bekommt (§. 374 S. 90); der Alluvion aber fehlt es nicht nur an der Herkunft ex subst. patris, sondern auch an der Zuwendung; soll überdies auch die Größe der Zuwendungen nach der Todeszeit des Erblässers bemessen werden (Windscheid §. 581 a. E.), so kommt die Alluvion entweder ex substantia patris (wenn sie vor dessen Tod stattgefunden hat, oder sie kommt gar nicht in Betracht, wenn sie nachher platzgreift. All das gilt auch vom heimfallenden Nießbrauch. Vgl. übrigens auch den Zuwachs in der hereditatis petitio: S. 220).

17) ohne dies und conditio: l. 32 l. 36 §. 1c. C. h. t. — ut quarta pars (ei) pura restituatur —

18) von Auflagen: l. 32 cit.

19) Nov. 18 c. 3, Arndts Rechtsl. Bd. VIII S. 134.

20) vgl. Arndts, Rechtsl. VIII S. 133 Nr. 12.

21) gewissermaßen also einen Exemptionegrund gegen die Querel: vgl. l. 8 §. 8 D. h. t. — quarta debitae portionis sufficit ad excludendum querelam — Paul. R. S. IV, 5 §. 6: quartae portionis portio liberis .. praestanda est, ut ab inoff. querela excludantur — §. 10 l. 23

und vollkommene Hinterlassung, und bis auf Justinian beharrte man auf dieser Konsequenz. Nun aber sollte zuvörderst

1) wegen unzureichender Größe (minor quantitas) des pflichttheilshalber Hinterlassenen nimmermehr die Querel, sondern nur eine Klage auf Ergänzung statthaben²²⁾. Eine solche s. g. suppletoria oder ad supplendam legitimam actio war in besonderen Fällen schon vordem möglich²³⁾; ist sie nunmehr überall und allein zulässig, so liegt darin jedenfalls ein Beitrag zur Aufrechthaltung der Testamente entgegen dem Pflichterbrechte²⁴⁾, vielleicht auch Anlehnung an den letzten Willen und Annahme stillschweigender Anordnung durch den Testator²⁵⁾. Allein die Natur einer Vermächtnisklage²⁶⁾ (bei der Kläger den Legataren nicht vorgeinge) dürfen wir ihr gleichwohl nicht einräumen; ebensowenig die einer Erbschafts- oder Vermächtnisklage, je nachdem es sich um Ergänzung einer Erbportion oder von Vermächtnissen handelt²⁷⁾; vielmehr ist der Erblasser in Ansehung des Pflichttheils von jeher pflichtschuldig, und aber anstatt der Vindicta, welche (in Gestalt der eine Injurienklage in sich begreifenden Querel) vordem auch bei blos theilweiser Richterfüllung dieser Pflichtschuldigkeit platzgriff, nunmehr überall eine reipersekutorische Forderung, eine auf der Erbschaft ruhende Schuld²⁸⁾ mit condictio (ex

§. 1 eod. l. 29 C. h. t. l. 7 C. inoff. don. 3, 29 — mit l. 2 pr. D. exc. 44, 1 exceptio est dicta quasi quaedam exclusio etc. und dazu das „summo vere“ querelam l. 5 l. 6 C. inoff. don. 3, 29. Vgl. oben §. 378 Anm. 17.

22) vgl. l. 32 mit l. 30 pr. §. 1 l. 31 C. h. t.

23) auf Begehrer des Pflichterben (der sich damit begnügte) Paul. R. S. IV, 5 §. 7 — jure desiderat. Vinnius, comm. ad Inst. h. t. §. 3 nr. 1., — oder wenn der Testator eventuell Ergänzung angeordnet hatte: arg. l. 30 pr. l. 36 pr. C. h. t. — et si non adjiciatur viri boni arbitratu repleri filio — Nach l. 25 pr. D. h. t. endlich hätte es den Anschein, als ob die Erben auch ohne Anordnung des Testators zu solcher Ergänzung schreiten und damit die Querel abschneiden könnten, wenn dies nicht auf Interpolation beruhte (Francke S. 330).

24) l. 30 cit. — omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes etc.

25) l. 30 pr. l. 36 pr. cit. §. 3 J. h. t — licet non fuerit adjectum etc.

26) Arndts, a. a. O. S. 138. Windscheid §. 582 Anm. 6.

27) Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2 §. 179. Puchta P. §. 489 a. C. cf. Vinnius l. cit. nr. 4

28) vgl. Windscheid §. 584 zu Anm. 2.

lege nova)²⁹⁾ begründet. Mit dieser Forderung geht der Erbe den gemeinen Erbschaftsgläubigern nach³⁰⁾, den Vermächtnisnehmern dagegen vor. Sie steht ihm gegen die Testamentserben, jedoch wider diejenigen, welche selbst pflichttheilsberechtigt sind, nur unbeschadet des diesen gebührenden Pflichttheils zu³¹⁾. Durch eine Verfügung des Testators, daß der Pflichterbe mehr als das Hinterlassene nicht bekommen solle, wird sie nicht ausgeschlossen³²⁾; in Ansehung der Vererbung und Verjährung folgt sie dem gemeinen Forderungsrechte³³⁾, die Annahme des Hinterlassenen enthält keinen Verzicht auf die Ergänzung³⁴⁾. — Aber nur für den Fall da der Pflichttheil nicht ganz hinterlassen ist, besteht nunmehr eine Pflichttheilsforderung; für den Fall, da auf ihn nichts hinterlassen ist, besteht immer noch die Querel. In der Person der Descendenten und Ascendenten ist diese für diesen Fall nur möglich, wo sie zwar eingesetzt, aber gleichwohl mit nichts bedacht sind³⁵⁾; mit irgend etwas bedacht, haben auch sie blos eine Restforderung. Dagegen steht u. E. ihnen allen seit Nov. 115 die Querel wegen Praeterition oder unrechter und ungerechter Ererbung zu (§. 378).

2. Gegen Verkümmерung des Pflichttheils durch Bedingungen, Fristen, Auflagen und Abzüge wird seit I. 32 C. 3. 28. Justinian. (31. März 529) anstatt der Querel und jedweder Klage von Rechtswegen, durch Umgangnahme von jenen Zuthaten, geholfen³⁶⁾. Diese Abstraction findet aber nur insoweit statt, als es

29) Vinnius l. cit. — *tutius fortassis erit, admittere conditionem; quod etiam crebrius placuit.*

30) I. 8 §. 9 cit. — *deducto aere alieno et funeris impensa —*

31) — nicht unbeschadet der diese treffenden Intestaterbportion: Arndts, a. a. D. S. 140 (gegen Mühlenbruch und Francke), Windſcheid §. 584 (gegen Schröder).

32) Die Anlehnung an den Willen des Testators befindet sich nur unter den Notiven, nicht im Texte des Gesetzes. — Vgl. Windſcheid §. 582 Anm. 6 Nr. 2) andere Rechtfertigung (gegen Arndt, Puchta, Steppen, Schröder).

33) Windſcheid §. 584 Anm. 5.

34) I. 35 §. 2 C. h. t. — insonderheit auch nicht auf den Fall hin, da das Minus sich erst durch Eviction ergibt: I. 36 §. 1 §. 1a C. h. t.

35) vgl. I. 17 §. 3 D. h. i. 28, 5 — si ita scripsisset asse expleto: „ex reliqua parte heres esto“. —

36) I. 32 in f. C. h. t. — ita res procedat, quasi nihil eorum testamento

zur Vervollständigung des Pflichttheils nothwendig ist³⁷). Ist das Hinterlassene durch einen Endtermin (Bedingung ic.) beschränkt, jedoch über den Pflichttheil hinaus so viel hinterlassen, daß der in der Zwischenzeit zu erzielende Fruchtertrag den Pflichttheil ersezt, so liegt eine Verkürzung des Pflichttheils durch dies nicht vor und wird von ihm nicht Umgang genommen³⁸). — Woferne der Testator den Pflichttheil bedingt, betagt, belastet, schmälert, hingegen aber mit solchen Schranken mehr als den Pflichttheil hinterläßt, hat der Pflichterbe so viel als auf den Pflichttheil trifft von Rechtswegen sofort und unbeschränkt, das Mehrere beschränkt; in der Macht des Testators aber liegt es den Erwerb dieses Plus überdies von der Bedingung abhängig zu machen, daß der Pflichterbe auch die Beschränkung des Pflichttheils anerkennt³⁹).

3. Der Verkürzung durch die falcidische Quart ist dadurch begegnet, daß diese gegen Vermächtnisse, welche auf den Pflichttheil gelegt sind, bis zur Deckung derselben dem Erben nicht zusteht⁴⁰.

additum esset. cf. l. 36 §. 1 d C. h. t. Die Nov. 18, c. 3 enthält (gegen die ususfructus deductio) blos ein Verbot, aber (seit l. 5 pr. C. leg. 1, 14 a. 439 — Bd. 1 §. 20 Umm. 5) ein perfectes.

37) So nach Analogie dessen was durch l. 36 §. 1 e.—e. betreff des dies verfügt ist: quartae quidem partis restitutionem jam nunc celebrari non exspectato . . temporis intervallo, reliquum autem quod post legitimam portionem restat, tunc restitui quando testator dispossuit.

38) So l. 8 §. 11 D. h. t. Von den Einwendungen, welche hingegen erhoben werden, scheint keine zu verfangen: nicht die aus l. 6 pr. C. ad SC. Treb. 6, 49 (Arndts a. a. O. S. 134 Umm. 239); denn die Nichteinrechnung der Früchte in die Treb. u. Tiale. Quart ist hier ausdrücklich auf das Kindesverhältniß beschränkt (§. 3 eod. Schröder S. 371), — nicht die, daß die Frucht nicht ex substantia des Erblassers (l. 36 §. 1 C. h. t.) sei (Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm Bd. 35. Windscheid §. 582 Umm. 2); denn die Frucht S. 324 fg. steht hier nur als Repräsentant des Werthes, den die seinerzeit hinauszugebende Sache für den Hono-virten hat, und diese ist ex substantia; — auch das gravamen, von welchem Schröder S. 371 (vgl. l. 36 §. 1a C. h. t.) spricht, dürfte nicht begründet sein, wenn der Pflichterbe in dem mit einem Endtermin hinterlassenen Gute einen so großen Werth in Händen hat, daß er den Pflichttheil ausmacht.

39) s. g. cautela Socini — Runde, progr. de usu longaevo cautelae quam vocant Socini, ante ipsum (Mariannum) Socinum († 1556) Cassel. 1776. Glück, VII. S. 86. Arndts, Rechtsl. VIII. S. 135 fg.

40) damit der Erbe nicht hinterher verliere was er jetzt vorenthalbt:

4) Von einer Verkürzung des Pflichttheils kann man noch vor der leßtwilligen Disposition des Erblassers und zwar dann reden, wenn dieser in der Absicht um den Pflichttheil zu kürzen und also die Querel oder die Pflichttheilsklagen zu vereiteln⁴¹⁾ sein Vermögen durch Schenkungen bei Lebzeiten verringert. Ein Recht darauf, daß der Erblasser spare, hat auch der Pflichterbe nicht⁴²⁾; allein verschieden von Freigebigkeit sind Veränderungen, welche die Beraubung Dritter zum Zwecke haben, und als solche stellen sich Schenkungen jenes Schlages dar. Nach dem Vorgange eines die theilweise Revocation verordnenden Rescriptes von Alex. Severus⁴³⁾ findet sich denn auch alsbald ein Rechtsmittel, welches dem Verkürzen „nach Art der querela inoff. t.“ gegen inofficiose Schenkungen, gegen solche aber sowohl bei der Intestat-, als bei der leßtwilligen Erbsfolge, auftkommen soll⁴⁴⁾. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist die schon erwähnte Absichtlichkeit⁴⁵⁾, ein gewisses Maß und

I. 36 §. 1 eit. in f. Daneben zeigt sich auch hierin eineforderungsartige Qualität des Pflichttheils.

41) I. 1 C. de inoff. donationibus 3, 29 — ad eludendam inoff. querelam — I. 8 pr. eod. — intervertendae quaestionis inoff. causa —

42) I. 2 D. si quis a par. manum. 37, 12 — iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

43) I. 87 §. 3 D. leg. II. und dazu die Anwendung von Paulus §. 4 eod.

44) I. 1 C. inoff. don. 3, 29 „juxta formam super inoff. t.“ I. 2 eod. — ad similitudinem inoff. querelae auxilium tibi oequitatis impertiet — I. 4 eod. — adversus immoicas donationes ad instar inoff. t. — I. 6 I. 8 pr. eod. Auch bei der Intestaterbsfolge: z. B. I. 2 I. 6 I. 7 I. 8 pr. eod.

45) S. die Anm. 41 eitt. II. u. dazu I. 8 § 1 C. eod — si idem consilium et eventus comprehendatur — dazu I. 87 §. 3 D. leg. II. Fragm. Vat. §. 271 §. 280 Basil. 41, 4 nr. 5. Allerdings sagen manche Stellen von dieser Absicht nichts (I. 2 I. 3 I. 6 I. 7 C. inoff. don. 3, 29) und nimmt man darnach überwiegend das Gegentheil an (Windscheid §. 586 Anm. 10); allein wo der Erblasser zu Gunsten des Einen so maßlos veräußert, als es in diesen Stellen überall der Fall ist, darf man vermuthen, daß er den Anderen wissenschaftlich und gesellschaftlich entzogen haben wollte, was er jenem zuwandte, (E. A. Seuffert, zu Seuff. Pand. §. 664 Anm. 5 Schröder, S. 518) und also das Erforderniß der Absichtlichkeit vielmehr stillschweigend vorausgesetzt, als erlassen erachtet (so nebst E. A. Seuffert und Schröder schon früher Krit., exeg. prakt. Abh. Nr. 5 S. 125. Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 36 S. 74 fgg.) Für diese auch in der Minderheit befindliche Ansicht spricht

der gewisse Erfolg der Verkürzung. Das gewisse Maß besteht in einem Übermaß der Schenkung⁴⁶⁾), dieses darin, daß die Schenkung nicht einmal mehr so viel Vermögen übrig läßt, als zur Hinterlassung des sich zur Zeit der Schenkung berechnenden Pflichttheils nothwendig wäre⁴⁷⁾; oder aber durch Auflösung der Einen übermäßigen Schenkung in eine Mehrzahl von mäßigen Schenkungen denselben Erfolg unterschlägt⁴⁸⁾. Trotz des Übermaßes der Schenkung fehlt es aber am Erfolg⁴⁹⁾, wenn das Vermögen des Schenkgebers bei dessen Tode in seinem vorigen Umfange wiederhergestellt ist⁵⁰⁾. — Ließe die Schenkung zwar eben den Pflichttheil übrig, der Testator aber diesen nicht in seinem ganzen Umfange, sondern nur etwa zu $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{2}$ an den Pflichterben gelangen, so wäre im Sinne der Konstitutionen zwar nicht die querela inoff. donationis,

außer den eingangs citt. II. weiterhin positiv die Analogie der actio Fabiana und Calvisiana, sowie der Pauliana (E. A. Seuffert a. a. D. Schröder S. 520 fg.), — ferner der Umstand, daß in einem Falle entschiedener Unabsichtlichkeit (agnatio postumi) der Schenker selbst noch rescindiren kann und sowohl nach dem Buchstaben der I. 5 eod. (ut filii . . . debitum bonorum subsidium consequatur) als nach dem Schol. Calocery Ducis zu Basil. 41, 4 nr. 5 (liberi . . . nullum auxilium habentes — ed. Heimb. IV. S. 157) selbst noch rescindiren muß, wenn dem Pflichterben geholfen werden soll. Auch i. i. r. (aus der Person des Schenkens), kann dem Pflichterben zufliehen, und die querela inoff. d entbehllich machen (I. 4 C. eod.) Inofficiertheit ist allerdings ohne Bewußtsein möglich (I. 27 §. 4 D. inoff. t. 5, 2 Francke S. 506), allein ob in unserem außerordentlichen und späten Rechtsmittel unbewußte Inofficiertheit genüge, eben fraglich.

46) „immodica, immensa donatio, liberalitas etc. z. B. I. 87 §. 4 cit. I. 2 I. 3 I. 4 I. 9 C. h. t. 3, 29 „Ershöpfung des Vermögens“ I. 1 I. 2 I. 4 I. 5 I. 6 I. 7 I. 8 eod. Nov. 92 c. 1.

47) I. 1 I. 2 I. 7 C. eod. — patrimonium . . . ita exhausit, ut . . . quod ad excludendam inoff. t. querelam sufficeret, non habeas — Fragm. Vat. §. 271 Nov. 92 c. 1 pr — necessarium habeat in distributione hereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios quos ea honoravit, faceret —

48) Bgl. den Plural donationes in I. 1 I. 9 C. inoff. don. 3, 29 und Arndts a. a. D. S. 166 Ann. 398 gegen Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 36 S. 120a. Bgl. Schröder §. 63. Windscheid a. a. D. Ann. 6.

49) I. 8 §. 1 cit. — consilium et eventus —

50) Arndts a. a. D. S. 166 fg. Windscheid a. a. D. Ann. Gegen Arndts macht E. A. Seuffert a. a. D. Ann. 11 wohl mit Recht geltend, daß auf die Veränderungen in der Zwischenzeit zwischen der übermäßigen Schenkung und dem Tode des Schenkens nichts ankomme.

wohl aber die suppletoria actio bis zur Herstellung des ganzen durch die Schenkung übrig gelassenen Pflichttheils begründet. — Ihrer Art nach ist auch diese Klage rescissorisch⁵¹⁾, und weil ad instar querelae inoff. t. (Ann. 44) auf Wahnsinn des Schenkens gebaut; insoweit in der That eine Querel, also kein bloßes praejudicium, sondern zugleich petitio, darum wider jeden dritten Besitzer möglich⁵²⁾ und aus denselben Gründen wie ihr Vorbild erlöschend⁵³⁾. Und gleichwie ein Testament nicht nothwendig in seinem ganzen Umfange, sondern nur insoweit inofficios und darum rescissibel ist, als das Testaterbrecht reicht und pflichtwidrig auf die Seite gesetzt ist, so ist auch die Schenkung nur insoweit inofficios und rescissibel, als sie den Pflichttheil untergraben hat⁵⁴⁾. Trotzdem die querela inoff. donationis unter Umständen auf bloße Ergänzung des Pflichttheils geht, hat sie gleichwohl die Natur der querela inoff. t., nicht die der suppletoria⁵⁵⁾. —

Der maßlosen donatio ist die maßlose dos, der querela de inoff. don. die de inoff. dotibus zur Seite gestellt⁵⁶⁾. Letztere richtet sich, wenn sie stattfindet, durchweg nach jener⁵⁷⁾, findet

51) s. schon das „revocari“ in I. 87 §. 3 §. 4 cit., dann I. 7 C. h. t. (3, 29)

52) vgl. §. 404 Ann. 7 Glüd, Comm. VII. §. 176 u. die das. Agff. gegen Bang erow §. 482 Ann. I. 4. Schröder §. 504. Windscheid §. 586 Ann. 12. Diese gegentheilige Ansicht stützt sich auf Stellen, die nichts sagen (z. B. Schröder a. a. D. Ann. 4) — auf eine Qualität der Klage (als Forderungsklage), welche mit einer Kopie der querela inoff. t. in Widerspruch steht, — auf eine Qualität ihres Vorbilds (als eines bloßen Präjudiciums), welche wir nicht anerkennen könnten (§. 404 Ann. 4. 5.).

53) s. oben §. 404 Ann. 23—26. Untergang durch Anerkennung: I. 6 C. h. t. 3, 29. — durch nachträgliche Minderung des Pflichttheils (von $\frac{1}{2}$ zu $\frac{1}{3}$): E. A. Seuffert zu Seuff. P. §. 664 Ann. 11a. Vgl. Windscheid v. a. D. Ann. 14.

54) Auf eine bloß theilweise Rescission geht sofort I. 87 §. 3 cit. aus; hierauf nicht sowohl I. 5 C. h. t., welche keine absichtliche Untergrabung des Pflichttheils (der postumi) enthält, als I. 7 (ut quartae partis dimidium etc.) I. 8 pr. — pro ratione quartae partis —) Nov. 92 c. 1 pr. — complete . . secundum . . mensuram. — So auch die herrschende Meinung: Bang. a. a. D. II.

55) Die Einführung der suppletoria ist darum ohne Einfluß auf die querela inoff. d. geblieben — wogegen noch meine Pandd. 1te Aufl. S. 852 in med.

56) I. unica C. de inoff. dot. 3, 30 : c1 c. 2 C. Th. eod. 2, 21.

57) „ — unsere Klage ist eigentlich mit der querela inoff. don. ein

aber manchmal trotzdem ein ganzes Vermögen in dotem gegeben ist nicht statt⁵⁸).

Anstatt in eigener actio kann diese Querel auch in familiae herciscundae judicio ausgetragen werden⁵⁹).

Über den erst auf kaiserlichen Konstitutionen beruhenden Pflichttheil des in der Unmündigkeit Arrogirten und der armen Wittwe, sowie die diesbezüglichen Klagen s. oben §. 385.

Possessorische Klagen.

§. 406.

1) Läßt sich nicht behaupten, daß die bonorum possessio nebst interdictum quorum bonorum noch im justinianischen Rechte aufgehoben oder neugestaltet sei (§. 362)¹), so

und dasselbe Rechtsmittel — „France, S. 537 — eigentlich (weil dos keine eigentliche donatio) doch nicht. Vgl. übrigens Mühlenbruch a. a. D. S. 131 fgg. Schröder S. 547 fgg.

58) so wenn eine Mutter ihr ganzes Vermögen in zweiter Ehe zur dos gibt und nun in Gemäßheit der l. 6 C. sec. nupt. 5, 9 id quod plus (d. i. über einen Kindestheil dem Manne) . . . datum fuerit tanquam non . . . datum sit, ad personas liberorum (d. i. der Kinder erster Ehe) deferirt wird, — oder wenn die dos an die Kinder als Erben zurückfällt (l. unic. §. 6 C. rei ux. act. 5, 13), — oder ihrem Anspruch durch Collation Genüge geschieht (France S. 538, Mühlenbruch a. a. D.). Nach all dem muß l. unicua C. h. t. von einem Fall verstanden werden, da der Mann die dos luxirte — nunmehr von einem da sie ihm zubedungen ist (l. unic §. 6 cit). Schröder, S. 550.

59) l. 2 C. h. t. 3, 29.

1) Beweise für eine noch im vorjust. Rechte vollzogene Neugestaltung des interdictum q. b. möchte man darin finden, 1) daß es schon a. 374 als „beneficio celeritatis inventum“ bezeichnet (c. 22 C. Th. appell 11, 36), scheinbar also mehr durch provisorischen Charakter als seinen Klagegrund (bonorum possessio) ausgezeichnet wird; — 2) daß der Interdictenkläger bereits nach l. 1 C. interd. q. b. 8, 2 „ad hereditatem vel b. possessionem (se) admissum“ beweisen muß, scheinbar also bereits jetzt das Interdict auch dem Civilerben eingeräumt ist; — 3) daß in §. 3 J. interd. 4, 15 zwar immer noch der pro herede vel pro possessore possidens Beklagter auch im i. q. b. ist, als pro herede possidens aber nurmehr derjenige bezeichnet wird, qui putat se heredem esse, nicht auch derjenige qui heres est, während doch die Besiegung selbst desjenigen der heres ist, den Nerv des alten Interdictes bildet (Gaj. 4, 144); — 4) daß nach §. ult. J. b. p. 3, 10 die b. p. agnitio noch durch Justinians Vorgänger von der magistratischen Mitwirkung entbunden, und auch dadurch eine Ver-

erscheint dieses Rechtsmittel doch sofort bei den Glossatoren als ein anderes, denn das alte. Sie belassen es zwar zunächst (als directum) immer noch dem (wahrscheinlich nur in den Quellen vorfindlichen) b. possessor, gewähren es aber utiliter dem heres²⁾. Von der Person des heres aus hätten sie es nimmermehr in seiner alten Bedeutung — als Besitzverschaf fung selbst gegen den heres — aufrecht erhalten können, wenn ihnen (die den echten Gajus nicht kannten) dieselbe je geläufig gewesen sein sollte; sie gestalteten es nun aber überhaupt zu einem Possessorium, durch welches (unter Vorbehalt definitiven Beweises im Petitorium — hereditatis petitio) auf Grund bloßen Wahrscheinlichkeitsbeweises erworbenen praetorischen oder civilen Erbrechts der Erbschaftsbesitz erstritten werden sollte³⁾. An dem restitutorischen, universalen und förperlichen

mischung des Unterschiedes von hereditas und b. p., sowie der Gegensätzlichkeit des i. q. p. zur h. p. verwirkt sei. Indessen founte man ad 1) im Hinblick darauf, daß die Frage nach dem jus hereditatis von dem i. q. b. ausgeschlossen war, letzterem immerhin das beneficium celeritatis beimesse, — ad 2.) angeföhrt des konkreten Falles der l. 1 eit., in welchem ein präterirter Sohn agnoscitur hatte und mit dem i. q. p. aufrat, den ihm auferlegten Beweis daß er Sohn sei dahin formuliren, daß er (als suus b.) zur hereditas, oder (als Emancipirter wenigstens zur b. p. zugelassen sei, ohne damit sagen zu wollen, ja zu können, daß hereditatis acquisitio zum i. q. b. ausreichend sei; — ad 3) „qui putat se heredem esse“ ist ein keinesfalls deckender Ausdruck für den pro h. possidens (§. 400 zu Num. 49), darum den der pro h. besitzt und heres ist, nicht ausschließend; — ad 4) s. oben §. 362 Num. 4.

2) verführt durch l. 1 C. h. t. vgl. oben Num. 1 ad 2. und daß Gegenstück der directa u. utilis h. p.: A z o n i s summa in C. h. t. — Est autem sciendum, quod i. q. b. directum et utile inter alia omnia i. i. universale est: et datur directum ei, qui possessor est; utile vero datur ei qui succedit ex jure civili ex testamento vel ab intestato, ut l. 1 C. et l. 1 D. h. t. Sic et directa hereditatis petitio datur heredi, utilis autem datur b. possessor. Cf. Azon. comm. ad C. h. t. Accurs: ad C. h. t. Damit, daß sie daß Interdict quellenmäßig dem b. possessor beließen, ist nicht gesagt, daß sie diesen in Wirklichkeit auch noch hatten.

3) A z o n i s comm. ad. C. h. t. l. 1 — die ergo quod primo intentetur iudicium possessorium, post petitorium — vel die, quod interdicto q. b. summatim cognoscitur utrum aliquis sit heres b. possessor — — dachen wird auf l. 24 D. r. v. 6. 1 verwiesen und also daß i. q. b. auch in dasjelbe praeparatorische Verhältniß zur b. p. gebracht, in welchem die poss. JJ. zur rei vindicatio stehen. So ist das i. q. p. nun Possessorium, Provisorium und Praeparatorium zugleich. (Vgl. das Zugeschriftniß von Savigny, Int. q. b. verm. Schr. II. S. 279

Charakter dieses Interdictes⁴⁾ zu ändern lag kein Grund vor, und wurde nichts geändert⁵⁾; ebensowenig an der Person des Beklagten; war diese schon nach altem Rechte dieselbe wie bei der h. petitio⁶⁾, so muß sie es bei dem nunmehrigen praeparatorischen Verhältnisse des J. zur h. petitio umso mehr sein. Nur durch unverzüglichen Beweis seines besseren Anspruches auf die Erbschaft vermag Beklagter den Vorbeweis des Klägers zu entkräften⁷⁾. Dasselbe muß bezüglich der prozeßhindernden Einrede, daß die Sachen nicht zu dieser Erbschaft gehören, angenommen werden⁸⁾.

2) Das s. g. remedium ex l. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo (6, 33) ist durch die Glossatoren aus einer Besitzeweiung in den Nachlaß mit etwa nachfolgender (eine hereditatis petitio in sich schließenden) contradicatio⁹⁾ in ein vorn-

Anm. 1 an Thibaut). Dafür, daß der Wahrscheinlichkeitsbeweis hier nicht „halber Beweis“ sondern vollständiger Beweis mit Ausschluß des Gegenbeweises sei („Prima-Facie-Cognition“), Windisch ebd. §. 617 Anm. 5 nach Briegleb, summa Processe S. 205—224 u. l. 1, läßt sich l. 1 C. h. t. nicht anführen; denn dieses Descript steht noch auf dem Boden des römischen, vollständige Erweiterung der b. p. erheischenden, den Gegenbeweis nicht ausschließenden Interdictes. (Vgl. oben Anm. 1 ad 2). Wie das i. q. p. verlaufe, wenn ein angeblicher b. possessor gegen einen angeblichen heres flagt, möchten die Glossatoren um so weniger verfolgen, als ihnen b. possessores außerhalb des Corpus Juris wohl nicht vorkamen.

4) l. 1 §. 1 D. h. t. l. 2 eod . . . tenentur . . . tantum corporum possessores. Restitutorisch ist es seiner Form, adipiscendae possessionis seinem Zwecke nach (l. 1 §. 1 cit.)

5) Azo, Summa ad C. h. t. in f. corporalia venire in interdictum quae defunctus habebat tempore mortis —

6) l. 1 pr. D. h. t. — quod de his bonis pro h. aut pro p. possides —

7) So dürfte die Summa Azonis ad. C. h. t. in fin: — licet . . . dixerim, corporalia venire in interdictum, quae defunctus habebat tempore mortis: si tamen possessionem in continentia paratus sit probare et res ad se pertinere, non restituet eas: ut diximus supra de edicto D. Hadr. tollendo — cf. Acc. zu l. 1 C. h. t. „petitorius“ — zu verstehen sein. Bloßer Eigentumsbeweis, etwa mittelst Eröffnung, kann ebensowenig gemeint sein, als ein Singulärerwerbstitel (Bd. 1 §. 159 Anm. 43, 44. und hier oben Anm. 6). Possessio kann nicht der bloße Besitz, sondern muß das Recht auf den Besitz (vielleicht das durch longa possessio? vgl. unten Anm. 14) sein.

8) Vgl. oben §. 400 Anm. 47 und 52.

9) l. 3 C. h. t. Justinian. 531 — mittatur quidem in possessionem . . . Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in judicio com-

herein kontradictorisches, jedoch immerhin blos possessorisches Rechtsmittel verwandelt worden¹⁰). Zur Begründung desselben gehört die Produktion eines äußerlich fehlerfreien Testamens^{10a}), welches, wenn von Seite des Besitzers keine Kontradtion erfolgt, noch immer die Grundlage einer bloßen missio ist (vgl. oben §. 395 I. 1). Wie bei der römischen nachfolgenden contradictio ist auch bei der heutigen voraufgehenden der Gegner zum Beweise besseren Rechtes zugelassen¹¹); bei der heutigen voraufgehenden muß dieser Beweis aber ein „unverzüglicher und evidenter“ sein¹²). Als besseres Recht muß Erbrecht gedacht werden¹³); der Einwand aus Erstzung muß als prozeßhindernde Einrede betrachtet werden¹⁴) — Zu dem

petenti causae in possessionem missionis et subsequente contradictionis ventilentur; et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit —

10) Azo (gloss. zu l. 3 cit. „ostenderit“) denkt sich die contradictio schon nach l. 3 cit. als mit dem Missionsverfahren in Verbindung, und ist darum (weil ja sonst zu Missionen nur 2 Personen gehören, Petent u. der Richter) in Bewunderung — et est mirabile, quia hic non est judicium, quia sufficit duarum personarum actus. petentis et judicis. Aliud est in interdicto q. b. quia . . . est ibi actor et reus . . . At hic est dicendum sicut in Carboniana bon. possessione (bei deren Ertheilung auch ein Gegner auftreten kann — s. oben §. 395 I. 2 a). Vgl. Accurs. zu „contradictor“ und den „Cajus“ —

10a) l. 3 cit. — quod in prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit — (non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suaue formae parte vitiatum)

11) l. 3 cit. — ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit —

10) So Azo. Summa ad h. tit. §. 2 in fin. und die Glossa zu l. 3 cit. „contradictor“ — nach Analogie von l. 3 §. 13 D. ad ex. 10, 4 L. 3 S. 4 D. Carb. ed. 37, 10 l. 3 S. 1 D. ut in poss. Legas 36, 1

11) Wegen den Besitzer aus Singulärturverhältnis ging (denn die missio nicht (l. 3 cit. — mittatur . . . in possessionem earum rerum quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur — und dazu die glossa Azonis in h. l. „legitimo modo“ — non intelligi quod diceret se successisse defuncto —) — d. h. der Besitzer konnte sich gegen den missus wehren, ohne daß dieser mit seiner in factum actio wider ihn durchdrang (vgl. l. 1 §. 2 D. ne vis fiat ei qui in poss. m. est 43, 4); eine der missio vorhergehende contrad. Verhandlung fand auch diesfalls nicht statt.

14) Während Justinian l. 3 cit. das annale tempus der hadrianischen missio abschafft, gibt er der (damals mit der usucatio noch nicht verschmolzenen) longi temporis praescriptio Raum: — nullum ei temporis ob-

heutigen interdictum quorum bonorum verhält sich unser remedium als eine Species, welche durch die Klagebegründung (Produktion eines Testamente), und dadurch ausgezeichnet ist, daß sie in Ermangelung einer Gemeinschaft zur einfachen Besitzbelehrung werden kann.

Familiae herciscundae judicium.

§. 407.

D. familiae herciscundae 10, 2 C. eod. 3, 36.

Voraussetzung dieses Judiciums ist, daß ihrer Mehrere miteinander geerbt und infolgedavon noch irgend etwas miteinander gemein haben; Lösung dieser Gemeinschaft bildet seinen Zweck; Adjudikationen, Kondemnationen und Absolutionen, überdies richterliche Befehle sind das Mittel zur Erreichung des Zweckes. Was im Einzelnen

die Voraussetzung anlangt, so besteht diese hier 1. in gemeinsamer Erbschaft¹⁾. Die durch die gemeinsame Erbfolge gemeinsam gewordenen Sachen (res communes) können den Miterben zum Anlaß einer communi dividendo actio dienen; Grundlage des f. h. j. ist die Erbgemeinschaft, welche durch die res communes und die mit diesen zusammenhängenden Obligationen begrifflich nicht erschöpft wird und darum trotz aller etwa voraufgegangenen Sachtheilungsklagen noch fortbestehen und zum f. h. j. führen kann²⁾. Denn wodurch immer die Miterben infolge des Erbschaftserwerbes aneinander gebunden sind: auch durch solidarische Erb-

staculum objiciatur: nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere. Nur scheint hier an Geltendmachung der langen Zeit erst bei der nachfolgenden contradicatio gedacht, wo dann Inanspruchnahme derselben auch durch den missus möglich ist: Si enim vel ex una parte, vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrit, manifestissimum est non solum missionem sed etiam principale causam esse sopitam. Übrigens vergl. hiezu Bd. 1 §. 159 S. 623.

1) hereditas communis, anstatt der res communis des comm. div. jud. (Bd. 1 §. 176): l. 25 §. 4 D. h. t. Si inter me et te Titiana hereditas communis sit — cf. l. 54 l. 57 eod. und daß „a communione discedere volo“ in l. 51 §. 1 eod.

2) l. 44 pr. D. h. t.

schäfts-Schulden³), durch theilbare und getheilte, aber nebst einer Poenaltipulation kontrahirte Erbschaftsschulden⁴), durch Auslagen welche Einer in Sachen der Erbschaft und aber auf keine Erbschaftssachen gemacht, und machen gemügt hat⁵), durch Urkunden, deren Theilung unmöglich, deren Unterkunft und Benützung erst zu regeln und zu sichern ist⁶), durch Collations- und Praeceptionsrecht⁷) — nicht blos durch körperliche Sachen und dingliche Rechte der Erbschaft⁸) und die daraus quasicontractlich entsprungenen Obligationen⁹) kann, wenn aller andere Verband

3) insoferne jedem, der in solidum belangt und verurtheilt praestirt, alle anderen pro parte regreßpflichtig sind: l. 25 §. 10 §. 11 D. h. t. — oder Einer durch sein Thun die Haftung Aller in Schuld verwandeln und Allen pro parte regreßpflichtig werden kann: l. 25 §. 12. cf. l. 44 §. 5 in f. eod. Die solidarische Activ fordert unterliegt zwar der durch die XII T. gesetzten Theilung auch nicht (per l. XII t. non dividitur, quia non potest — cf. l. 6 C. h. t. : allein insoferne Jeder in solidum flagen, aber Condemnation und Praestitut nur pro parte verlangen kann, sind durch diese Solidarität die Miterben nicht mehr aneinander gebunden: l. 25 §. 9 eod. Vgl. übrigens Bd. 2 §. 233 I. 1. b. insb. Anm. 12; a. Anm. 9 u. 10.

4) l. 25 §. 13 eod. — quia nihilum protestat ad poenam evitandum partem suam solvere, und dadurch die Möglichkeit von Regreßansprüchen in Sicht ist — vgl. Bd. 2 §. 232 Anm. 5.

5) l. 25 §. 15 eod. — omnino quae pro parte expediri non possunt si unus cogente necessitate fecerit (so daß neg. g. actio nicht zusteht — Bd. 2 §. 321 Anm. 31 vgl. Anm. 11), z. B. cautio legatorum nomine: ibid. — funus (daß der Miterbe auf obrigkeitslichen Befehl und zur Zeit da er bereits Erbe war, bejorgt hat): l. 49 eod. — alleiniger Vollzug einer den Erben gemeinsam gemachten richterlichen und untheilbaren Auflage (statuam ponere): l. 25 §. 8 eod. Auch der Fall da Einer durch Zahlung des Ganzen der Bewirkung einer Poenaltipulation vorbeugt (l. 25 §. 13 cit.) — nicht die durch Nichtzahlung der Anderen verwirkte Strafe pro parte zahlen muß (Anm. 4) ist hieher zu ziehen.

6) l. 4 §. ult. — l. 6 D. h. t. l. 92 D. leg. III.

7) l. 20 pr. D. h. t.; — Gaj. 2, 127. l. 4 pr. l. 20 §. 1 §. 2 l. 25 §. ult. l. 28 l. 42 l. 46 l. 51 pr. D. l. 2 C. h. t.

8) Ceterae res praeter nomina (l. 4 pr. cf. l. 6 C. h. t.) — nämlich das Eigenthum (praedia nostri patrimonii), Superficies und Emphyteuse, bonae fidei possessio (l. 10 D. h. t. zur b. f. p. vgl. auch l. 9 eod.), ususfructus (der den Erben an vermachten Sachen belassen, oder einem servus h. vermachte wurde — l. 14 §. 1 — l. 16 pr. D. h. t., Pfandrecht (l. 29 eod.) — nicht die (vom den praediis unzertrennlichen) Praedialservituten; dagegen auch hier (vgl. §. 400 Anm. 26—34) nicht blos die ererbten und hereditate jacente in die Erbschaft gekommenen, sondern auch die nach Antritt der Erbschaft (z. B. durch partus, alluvio) zugewachsenen Sachen (l. 11 l. 12 pr. §. 1 l. 16 §. 3 D. h. t.); derselben bedingt angehörige Sachen (l. 12 §. 2 eod. — cum sua causa).

9) l. 44 pr. eod. — causae ex his rebus pendentes — Bd. 2 §. 323. 2.

gelöst ist, die Erbgemeinschaft noch fortbestehen¹⁰⁾. — 2. Direct ist f. h. j. nur auf Grund der Erbgemeinschaft¹¹⁾ möglich; utiliter erstreckt sie sich auf die quarta D. Pii und auf die Praeception der dos, wenn der Praeceptionsberechtigte nicht Miterbe ist¹²⁾.

Der Zweck des Judiciums ist überall Lösung¹³⁾ der Erbgemeinschaft, hat aber a potiori — weil Condominium die nächste und gewöhnliche Folge des Coheredums zu bilden pflegt — den Namen der „Erb schafts-Theilung“¹⁴⁾. Zunächst und überwiegend hat also das f. h. j. ein Geschäft, wie solches die Parteien selbst und „ohne Richter“ auszurichten vermöchten¹⁵⁾ — kein Erkenntniß — zum Zweck, so denn auch keinen Streit um das Miterbrecht der zur Theilung provocirenden Personen, oder um die Erbschaftsqualität der zur Theilung in Anspruch genommenen Sachen auszutragen. Was nicht zugesandtenermaßen zur Erbschaft gehört¹⁶⁾, muß der Theilungsrichter von hier abweisen¹⁷⁾; bei bestrittenem Erbrecht auf f. h. j. einzugehen, würde dem Erbrecht praejudiciren¹⁸⁾. Nothgedrungen — weil Provolant, dessen Erbrecht bestritten ist, sich im Besitze befindet und also zur hereditatis petitio nicht verwiesen werden kann; hinwider der Erbtheilungsprozeß ohne wirkliche Erbgemeinschaft der Parteien nichtig sein würde¹⁹⁾

10) l. 44 pr. cit. — de ceteris vero in integro sit f. h. j.

11) anscheinlich jedoch sowohl der honorarischen (der bonorum possessio, der ex SC. Trebelliano etc. — l. 24 §. 1 D. h. t.), als der civilen.

12) l. 2 §. 1 eod.; — l. 1 §. 9 D. dot. prael. 33, 4 cf. l. 46 D. h. t.

13) j. das „negotium distrahere“ in l. 51 §. 1 eod.

14) l. 2 pr. eod. Per f. h. a. dividitur hereditas — trotzdem diese nur in f. h. j. mögliche hereditatis divisio der Theilung der res corporales in comm. div. j. entgegenge stellt wird: l. 4 pr. D. c. d. 10, 3.

15) S. die divisio sine judice l. 36 D., die divisio conventione facta mit possessio secuta l. 15 cf. l. 17 C. l. 57 D. h. t. l. 35 D. pact. 2, 14.

16) der Miterbe z. B. pro emtore, vel pro donato besitzt — l. 25 §. 7 D. h. t. —

17) . . . in f. j. venire negat — l. 25 §. 7 cit.

18) §. 401, II l. 1 §. 1 D. h. t. l. 1 §. 2 D. Si pars her. 5, 4: — si controversiam sibi non faciunt hereditatis, fam. h. experiri eos oportebit.

19) l. 36 D. h. t. — quod non est f. h. j., nisi inter coheredes

— muß allerdings der Theilungsrichter selbst erkennen²⁰); allein dieses Erkenntniß geht dem Theilungsverfahren voraus²¹) und bildet einen obwohl nothwendigen, dennoch fremdartigen Zusatz zu demselben²²). — Gleich der hereditatis petitio (der einfachen und der ex causa inofficiosi) und dem interdictum quorum bonorum ist auch f. h. j. eine Universalklage. Gleich jenen ist es „wegen der kleinsten Sache“ möglich; was immer noch von der gemeinsamen Erbsfolge her zwischen den Miterben gemeinsam²³) ist oder hängt (Anm. 3—10), genügt zur Nieder-

acceptum — ein Sach, der weder durch den Ausschluß der condictio des ex causa judicati Gezalten, noch durch l. 37 eod. entkräftet wird; gegen nachfolgende hereditatis petitio kann der Richterbe, dem nichtigerweise adjudicirt ist, auf Anerkennung des Erbrechts durch Provocation zum f. h. j. sich nicht berufen: l. 37 cit. dagegen Puchta, P. §. 511 not. d. a. E.

20) I. 1 §. 1 D. h. t. — quod si possideat etc.

21) I. 1 §. 1 cit. — cognoscat an coheres sit; nisi enim coheres sit (d. h. wenn er nicht als solcher befunden werden sollte), neque adjudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

22) Als ein mit dem f. h. j. verbundenes Judicium über hereditatis petitio wird es nicht erachtet werden dürfen; dazu fehlt es nicht nur an der petitio, sondern wenigstens früher auch an der centumviralis auctoritas des Richters; auch daran daß dieses Zwischenurtheil über die Erbrechtsfrage endgültig entschied, darf nach all dem und darum weil von einer bloßen cognitio (statt pronunciatio, sententia) judicis die Rede ist, gezweifelt werden.

23) ungetheilt: Anm. 1—10, 15 — unverloren: I. 8 §. 1 §. 2 D. h. t. — unveräußert: I. 54 eod. Dadurch daß einer von zwei Miterben seinen Anteil an der Sache veräußert, tritt auch der des anderen aus der Erbsgemeinschaft und dem künftigen f. h. j. aus (etiamsi remanet in pristino jure, hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exit de communione). Dasselbe gilt wenn von mehreren Miterben alle mit Ausnahme von einem veräußern: I. 54 cit. Schwierigkeit macht I. 25 §. 6 eod. — aut heres ante judicium f. h. acceptum partem suam alienavit etc., insofern hier die nicht veräußerte pars dem f. h. j. vorbehalten, und nicht etwa als Anteil mehrerer Miterben, sondern als pars testatoris erscheint (ad officium judicis pertinet, ut eam partem quae testatoris fuit, alieni jubeat tradi — vgl. unten 4, d). Dieselbe löst sich, wenn heres einer von mehreren Miterben ist; hier bleiben die unveräußerten Theile in communione, zwar nuc der Miterben, welche ihre Theile nicht veräußert haben, aber gleichwohl Gegenstand des f. h. j. welches nachher zwischen ihnen und dem Veräußerer stattfindet, und in welchem jene nicht veräußerten Theile weil partes pro indiviso, nicht adjudicirt, sondern nur jussu judicis alieni, allenfalls auch dem Veräußerer, tradirt werden können. Pars testatoris heißen diese partes coherentium entweder durch Attraction der beiden voraus genannten Fälle, oder aber weil sie „in pristino jure hereditariaeque“ (I. 54) verblieben sind. S. übrigens die Glossa zu „alicui“ — Cujac. obs. XXII c. 40 §. 6 Vulgo existimatur esse difficilis . . tamen . . nihil eo facilins, nihil elegantius. Schult. Sm. ad. h. l. Glück, Comm. XI, S. 53.

sezung des f. h. j.²⁴⁾; allein Universalsuccession liegt auch dieser Klage zu Grunde²⁵⁾, und alles was unter den Miterben gemeinsam ist in sich aufzunehmen und auseinanderzusezzen, ist ihre natürliche Aufgabe. Nur ausnahmsweise ist f. h. j. öfter als einmal möglich²⁶⁾. Darnach lag der Gedanke, daß f. h. j. nur unter allen Miterben stattfinde, nicht zu ferne²⁷⁾; allein Folge ward ihm nicht gegeben²⁸⁾; anders als in der Societät (Bd. 2 §. 335 Anm. 46. 56) kann man im Coheredum und in der Communio auf Trennung von nur Einem der mehreren Genossen provociren²⁹⁾. — Nur auf Eine Gattung von Sachen erstreckt sich f. h. j. schlechthin nicht, wenn gleich sie gemeinsam sind: auf die loca religiosa³⁰⁾; Personalservituten (wie z. B. der den Erben an einer wegvermachten Sache vorbehaltene Ujusfructus) brauchen nicht zur Theilung zu kommen (Anm. 35, 36); andere kommen in f. h. j., aber nicht um vertheilt, sondern um zerstört³¹⁾, oder an ihren rechtmäßigen Herren befördert zu werden³²⁾

24) Namentlich auch sufficit communionis causa quae praecessit, quaeque hodie duraret, si res non intercidisset — l. 31 D. h. t. nicht als ob untergegangene Sachen noch als existirend und commun fingirt würden, sondern in dem Sinn, daß eine aus einer res communis (z. B. durch Lösung eines Pfandes) einmal begründete Obligation unabhängig von dem Fortbestand der Sache fortduert.

25) In dem Si inter me et te T. hereditas communis est (Anm. 1) ist zwar nicht die intentio (arg. Anm. 18—22), wohl aber die Voraussetzung (Demonstratio, Designatio?) oder der tiefere Grund ausgesprochen, ohne welchen kein f. h. j. denkbar ist (Anm. 19). Vgl. Lenel, præt. Ed. §. 80, a. 2.

26) — causa cognita: l. 20 §. 4 D. h. t. — nicht etwa schon darum, weil einzelne Sachen übersehen worden sind; denn Si quaedam res indivisae relictæ sunt, communis d. de his agi potest. Es könnten aber Dinge übersehen worden sein, die durch kein comm. div. j. zu erledigen sind (s. die ceterae res in l. 44 pr. D. h. t. u. Anm. 3—10).

27) noch Ulpian 1 2 §. 4 eod. hält das Gegentheil für „nicht zweifelhaft“ —

28) l. 2 §. 4 eit. — inter pauciores heredes ex pluribus (f. h. j.) accipi posse —

29) wiewohl der Erfolg der actio dahin gehen kann, daß der Provokat in der Gemeinschaft mit den Uebrigen bleibt, und Provokant aus derselben ausgeschieden wird — vgl. Anm. 59.

30) — in judicium non deduci, eorumque jus singulis heredibus in solidum competere — l. 30 in f. D. h. t.

31) mala medicamenta et venena — libri prohibiti l. 4 §. 1 eod.

32) l. 4 §. 2 eod. — si quid ex peculatu, vel ex sacrilegio adquisitum erit, vel vi, aut latrocino, aut adgressura, hoc non divide-

Die Mittel der Auseinandersetzung anlangend, dienen 1) die Adjudicationen hier wie in communi d. j. zur Theilung und Vertheilung der körperlichen Sachen und dinglichen Rechte der Erbschaft³³⁾. Da die Gemeinschaft, welche zur Lösung gelangen soll, in Ansehung der körperlichen Sachen zu ideellen Theilen besteht, darf das f. h. j. weder diese belassen, noch zur Adjudication von abermals ideellen Theilen führen; stets muß diese die Sache entweder ganz, oder pro diviso zuschlagen (Anm. 33). Ganz kann eine Sache auch mehreren von den Miterben zugeschlagen werden; sie muß es, wenn die Sache mehreren präceptionisweise vermacht ist³⁴⁾. Der gemeinschaftliche Iusfructus, der ohne unterzugehen von der Person nicht abzukommen vermag, kann dem Rechte nach weder pro diviso getheilt, noch Einem ganz zugeschlagen, um ebendeswillen in der bisherigen Gemeinschaft belassen werden³⁵⁾; eine blos faktische, nach Raum oder Zeit zu regelnde Theilung aber nimmt der Richter auf Verlangen der Parteien, nachdem diese sich gegenseitig sichergestellt, mittelst Befehls, nicht Adjudication, vor³⁶⁾. Pfänder, die dem Erblasser bestellt sind, bleiben solidarisch den Partialforderungen unterstellt, in welche die Pfandschuld durch den Erbgang auseinandergegangen ist, und entziehen sich, woferne auch nach dem f. h. j. jedem der Erben sein Forderungsteil verbleiben soll, denn auch der Adjudikation³⁷⁾; es kann die Pfandsforderung aber Einem der

tur. Darnach nicht blos die geraubten &c. Sachen selbst, sondern auch der daraus gemachte (mit condictio, actio quod metus, vi bon. rapt. etc. zu verfolgende) Erwerb.

33) Bd. 1 §. 176, 1; also auch hier theils zur körperlichen Theilung unter alle oder einige Erben, theils zur Ueberweisung je einer ganzen Sache an einen einzelnen Erben: 1. 22 §. 1 §. 2 l. 47 D. h. t. Zu dem Effecte der Adjudication vgl. 1. 44 §. 1 eod.

34) 1. 22 §. 1 eod.

35) 1. 14 §. 1 l. 15 eod.

36) 1. 16 pr. eod. Die Adjudication beträfe das Recht selbst; die Adjudication des Iusfructus in 1. 16 §. 1 §. 2 eod. ist Neugründung, nicht Theilung eines vorhandenen. Die Sicherstellung ist nicht nur auf den Missbrauch, sondern auch auf die Veränderungen zu beziehen, welche der Tod (oder cap. dem.) des einen oder anderen Iusfructuaris im Rechte, und darnach auch im Faktum des Iusfructus mit sich bringt.

37) Eine Adjudikation pro diviso wäre gegen das Interesse, welches die Gläubiger und Erben an der Solidarität des Pfandes haben (Bd. 2

Erben ganz überwiesen werden wollen (Anm. 39), und dann³⁸⁾ kommt es zur Adjudikation des Pfandes an Einen³⁹⁾; ja stillschweigend enthält die Adjudication des Pfandes an Einen auch die Ueberweisung der Forderung an Einen⁴⁰⁾. Superficies und Emphyteuse können zweifelsohne dem Einen oder Anderen ganz zugeschlagen werden⁴¹⁾. Prädialservituten können selbständig ebensowenig als zur hereditatis petitio (§. 400 Anm. 18) in f. h. j. kommen⁴²⁾; Auflage von jura in re kann mit der Adjudication verbunden sein (Bd. 1 §. 197 Anm. 1 §. 354 a. E.). — 2) Condemnationen und Ab-

§. 356 Anm. 1). Ist das Pfand ein Faustpfand, so wird ähnlich wie bei Urkunden (Anm. 60), ein jussus judicis in Betreff seines Verbleibs nothwendig. 38) nicht überhaupt, wie man aus l. 29 D. h. t. init. herauslesen möchte —

39) l. 29 D. h. t. Bd. 2 §. 356 Anm. 13, 14. Durch die Condemnation, welche den Adjudicatar entschädigungshalber trifft, hat dieser seinem Mit-erben dessen Recht gewissermaßen abgekauft und damit sowohl sich als den Miterben gegen die Klage des Schuldners sichergestellt und eine Sicherung des selben durch cautio indemnem fore (adversus eum qui pignori dedit) überflüssig gemacht (sowohl sich selbst: ut et is qui obtulerit). Umgekehrt muß, wenn der Adjudikatar wider den Schuldner klagt, dieser es sich gefallen lassen, daß ihm seitens des Adjudicatars das Pfand ganz zurückgegeben (der ganze Schuldbetrag abgefordert) werden will (si . . . velit totum reddere); denn einmal war es nicht freier Wille des Adjudicatars, daß er die ganze Forderung samt Pfand an sich genommen (non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit; adjudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria); dann aber ist der Gläubiger in Pfandsachen als Vertreter des Schuldners zu denken, und behufs Deckung dessen, was er nothwendig aufgewendet, selbst zu eigener Klage berechtigt (quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset; et ejus quod propter necessitatem impedit, etiam ultro est actio creditoris). S. übrigens Bangerow, Bd. 1 6. Aufl. S. 915 sq.

40) Das Gegentheil würde das Rechtsverhältniß noch mehr verwickeln als dies, Zeuge der l. 29 cit. schon außerdem der Fall ist. Umgekehrt enthält die Ueberweisung einzelner Forderungen stillschweigend die des ganzen Pfandrechts: l. 14 D. distr. p. 20, 5.

41) Die Quellen enthalten hierüber nichts. Die bei Emphyteusen mögliche Theilung pro diviso erregt Bedenken, weil sie dem Eigenthum vorzugreifen scheint. Allein thut dies nicht ebenso die durch den Erbgang bewirkte Theilung pro indiviso?

42) Sie sind vom Schicksal des Grundstückes abhängig, daß sich einfach entscheidet, wenn dieses Einem ganz adjudicirt wird (l. 47 pr. D. h. t. — eum sequi integrum actionem, cui totus fundus adjudicatus fuerit —), mannigfaltig, wenn pro diviso adjudicirt wird (trotz des aut pro quaenque parte adjudicatus erit — ibid): Bd. 1 §. 199 Anm. 19 — 28.

solutionen dienen hier wie in comm. div. j. zur An- oder Überkennung der von den Miterben unter einander erhobenen, theils aus den einzelnen gemeinsam gewesenen Sachen⁴³), theils aus der Erbgemeinschaft überhaupt⁴⁴) quasikontraktlich hergeleiteten Ansprüche. Diese Ansprüche sind ihrer Natur nach theils von allen anderen Miterben gegen den Einen (der dolo, culpa fecit, oder perceptit), theils von dem Einen (der impedit) gegen alle Anderen gerichtet, so daß bei Vermeidung der Nichtigkeit die Condemnation entweder an alle Andern oder von allen Anderen, — die Absolution entweder des Einen von allen Anderer, oder aller Anderer von dem Einen erfolgen muß⁴⁵). In diesen Condemnationen und Absolutionen ist das f. h. j. rein richterlich; — 3) blos Condemnationen dienen zur Ausgleichung der Adjudikationen, insoferne die Sachen dem Einen oder Anderen ganz oder über seinen Theil adjudicirt werden⁴⁶). An sich ist durch jede Adjudication einer ganzen Sache an den Einen (oder Einige — Ann. 34), eine Condemnation an alle anderen, und also auch für diese Condemnation das Postulat der Allseitigkeit begründet⁴⁷); allein anstatt zu gegenseitigen Condemnationen kann es zur Compensation, denkbarerweise also zum Wegfall aller Condemnationen, oder zu nur einer oder einigen Condemnationen, auch nur an Einen oder Einige der Miterben kommen⁴⁸); an Absolutionen aber ist hier überhaupt nicht zu denken. Diese Condemnation hat geschäftliche statt richterliche Funktion; — 4) Befehle (ein in dem im-

43) Ann. 9 §. 3. B. l. 25 §. 17 cf. §. 16 §. 18; l. 18 §. 3 §. 5 §. 6 l. 25 §. 15 Si ... servum h. defenderit — l. 31 l. 44 §. 3; l. 19 l. 51 pr. l. 52 §. 1 D. h. t.

44) Ann. 5.

45) l. 27 D. h. t. In hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium persona facienda sunt — non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere. Vgl. Ann. 47.

46) arg. l. 55 eod. — potest judex in unius personam totam condemnationem conferre et adjudicare omnes res — l. 29 eod. — is cui (pignus) adjudicabitur, . . . pro parte coheredi erit damnandus —

47) S. oben Ann. 45 die l. 27 D. h. t.

48) l. 52 §. 2 eod. — posse (pensatione ultro citroque condemnationis facta eum solum. cuius summa excederet ejus duntaxat summae quae ita excederet, damnare) —

perium mixtum gelegenes, auf den *judex* übertragenes jubere) dienen a. mit zur Theilung und Wertheilung der Masse, insferne dazu die (der *adjudicatio* unzugänglichen) Erbschaftsforderungen und Schulden zweckmäßiger in solidum vertheilt als in ihrer Gethilftheit belassen werden⁴⁹⁾; denn ihre „Attribution“ oder „Assignation“⁵⁰⁾ kann in nichts anderem als in der (allenfalls durch einen Cautionsbefehl zu unterstützenden) Anweisung zur Cession, Defension, allenfalls Expromission bestehen⁵¹⁾; — b. zur Berichtigung der Präceptionsvermächtnisse, wenn Erbschaftsforderungen den Voraus bilden; denn das officium judicis geht hier auf einen Liberations- oder abermals auf einen Cessionsbefehl⁵²⁾; — c. als Cautionsbefehle: zur Sicherstellung der von den Miterben aus dem Theilungsverfahren gegeneinander erworbenen präsenten oder eventuellen Ansprüche auf Cession, Defension, Expromission, Liberation (Anm. 51. 52)⁵³⁾, oder ihrer aus untheilbaren Erbschaftsobligationen eventuell entspringenden gegenseitigen Regressansprüche (Anm. 3. 4)⁵⁴⁾, oder ihrer etwaigen künftigen gegen-

49) l. 3 D. h. t. — ad off. judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solidi, aliis alia adtribuat; quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet —

50) l. 3 cit. l. 14 D. distr. p. 20, 5 l. 3.

51) l. 3 cit. — Nec tamen . . haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeat, sed ut sive agendum sit partim suo, partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiendi, tamen et his libera potestas est. suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt.

52) auf einen Liberationsbefehl, wenn es sich um eine Forderung an den Legatar selbst handelt: hier muß der Richter bewirken, ne ab eo coheredes exigant (l. 42 l. 20 §. 1 §. 2 §. 6 D. h. t.), was er mittelst Caution, aber auch durch Anweisung zu sofortigem pactum d. n. p., oder zur Acceptilation erreichen kann; — auf einen Cessionsbefehl bei Forderungen an Dritte (officio j. actiones ei praestari debebunt: ibid.), der wieder durch Caution gedeckt werden kann. — Ohne Präceptionslegat kommen die Erbschaftsschulden eines Erben nicht in f. h. j. l. 51 §. 1 eod.

53) z. B. l. 20 §. 5 D. h. t. — Si uni ex heredibus onus aeris alieni injungitur citra speciem legati, officio judicis f. h. cognoscens suscipere eum id oportere . . indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit. l. 20 §. 2 eod. — cavebit, defensum iri coheredes etc.

54) l. 25 §. 10 D. h. t. — quia singuli in solidum tenentur, officio judicis cautions interponi debere, ut si quis ex his conventus

seitigen Regressansprüche wegen Eviction der ihnen adjudicirten Sachen⁵⁵⁾ und anderer derart schwebenden Forderungen⁵⁶⁾; zur Sicherstellung der Collation⁵⁷⁾, prätorisch gesprochen: zur Collation (§. 410); — d. zur Ueberweisung eines ideellen (darum nicht adjudicirbaren) Sachtheils⁵⁸⁾ aus Anlaß einer Erbschaftstheilung unter blos einigen Miterben (Ann. 28)⁵⁹⁾; — e. zur Ordnung des Besitzes und Gebrauches der gemeinsamen Urkunden⁶⁰⁾; — f. zum Verkaufe von Erbschaftssachen, wofür dies zur Entrichtung von Prälagen notwendig wird⁶¹⁾. Mit all dem sollen die sicherer Befehle genannt, nicht alle möglichen er schöpft sein. —

Das „arbitrium dividenda hereditatis“⁶²⁾ braucht nicht überall erst durch den Richter, überhaupt einen Dritten⁶³⁾ gefällt, sondern kann auch durch den Erblasser selbst, durch die Eltern nicht blos in ordentlichen Testamenten und Codicillen, sondern auch in einem „imperfekten Testamente“ vorgekehrt werden⁶⁴⁾. Solch eine letzwillige Theilung „prävenirt“ die

litis aest. praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. §. 11 §. 12 — prospiciendum est coheredibus . . . ne unius factum ceteris damnosum sit — §. 13 Idem juris est . . . si sub poena promissa sit . . . prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat, „per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur“, aut ut caveat „se ei qui solidum solverit, partem praestaturum“ §. 14 Idem observatur in pignoribus solvendis . . .

55) I. 25 §. 21 eod.

56) 3. B. I. 47 pr. eod. — si dum res in arbitrio sit, de jure praedii controversia sit etc. Sieher auch die Caution behufs Urkundenbenützung: I. 5 D. h. t.

57) 3. B. I. 20 pr. eod.

58) I. 25 §. 6 eod. — ut eam partem quae testatoris fuit, aliui jubeat tradi.

59) deren keinem irgend etwas adjudicirt werden kann, weil dem nicht nutheilenden nichts adjudicirt werden kann (Bd. I §. 176 zu Ann. 13 — 15).

60) I. 4 §. 3 — I. 6 D. h. t.

61) I. 26 — jubere rem hereditariam venire — cf. I. 28 I. 25 §. ult. eod. cf. Paul. R. S. III 6 §. 1. Gaj. 2, 220.

62) I. 8 pr. C. inoff. 3, 28 I. 21 C. h. t.

63) I. 57 D. h. t.

64) Den Erblasser überhaupt §. I. 11 C. I. 20 §. 5 D. h. t. Das s. g. testam. parentum inter liberos s. oben §. 60, c. Die supremi judicij divisio des Vaters in I. 20 pr. D. h. t. erfolgt sine scriptura, also mündlich an die Söhne, erwirkt dadurch den Schein eines Geschäfts unter Lebenden und muß entgegen von simplices donationes, als letzwilliges

richterliche⁶⁵⁾; das f. h. j. kann, wenn dem Pflichttheil und der Falcidischen Quart⁶⁶⁾ Rechnung getragen und die ganze Erbmasse vertheilt ist, nur zur Bestätigung, sonst auch zur Be richtigung und Ergänzung derselben dienen⁶⁷⁾. Stets besteht die letzwillige Theilung in Vorvermächtnissen, auch wenn keiner der Erben quantitativ vor den Anderen etwas voraus haben soll. Wo letzteres der Fall ist, setzt der Pflichttheil und die Falcidische Quart eine Schranke⁶⁸⁾. Als eine certarum rerum institutio qualificirt sich dieselbe überall, insoferne wir in den Formalien der divisio parentum inter liberos noch ein Testa ment erblicken⁶⁹⁾. Außer durch diese vermächtinweise wirkenden Vorschriften des Testators ist der Theilungsrichter bei sei ner geschäftlichen Funktion⁷⁰⁾ nur durch das Maß der Erb theile, durch Zweckmäßigkeit⁷¹⁾ und sein Gewissen⁷²⁾ gebunden.

§. 408.

Die f. h. a. zeigt Verwandtschaft mit der hereditatis pettio in Ansehung 1) des Objects (quae veniunt in judicium), indem zumeist dieselben Dinge, welche dort zur Restitution und Präsentation gelangen (S. 219 — 221), hier zur divisio im weitesten Sinne des Wortes kommen¹⁾; — 2) der Subjecte, in

Geschäft erklärt werden. Auch l. 16 C. h. t. und l. 21 §. 1 C. h. t. stehen noch auf dem Boden des keinerlei Form für dieses supremum judiciumfordernden Rechtes. Im übrigen s. die Ruth. zu l. 21 §. 1 C. test. 6, 23 Nov. 28 c. 7 u. Nov. 107 c. 3.

65) l. 21 C. h. t.

66) l. 21 cit.

67) Die Adjudicationen in welchen der Theilungsrichter dem Willen des Vaters folgen muß (l. 21 in fin. cit.) begreifen die bereits vom Vater vertheilten Sachen in sich. Vgl. l. 32 D. h. t.

68) l. 10 l. 21 C. h. t.

69) Daß Nicht-Eltern das arbitrium divid. hereditatis nur testamentarisch (nicht auch codicillarisch) ausüben können, scheint aus der Er schwerung desselben Arbitriums unter Kindern hervorzugehen.

70) d. i. in Ansehung des quantum adjudicari oportet u. der damit zusammenhängenden Condemnationen.

71) l. 21 D. comm. div. 10, 3 — quod omnibus utilissimum est —

72) l. 4 §. 1 D. h. t. — boni . . et innocentis viri officio eum fungi oportet —

1) Regel und Ausnahme liegt in den Worten: quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in f. h. judicio non deducuntur (l. 51

dem abgesehen von den Fällen der utilis familiae h. a. (§. 407 Anm. 12) das Erbrecht, freilich nicht sowohl den Grund als die Voraussetzung des f. h. j. bildet, und also hier wie dort bloße Singularsuccessoren activ wie passiv ausgeschlossen sind²⁾. Um eben deswillen aber, weil in Uebereinstimmung mit seinem Zwecke, das f. h. j. im Erbrechte nicht blos seinen Grund, sondern seine Voraussetzung hat, und die Eigenthümlichkeit seines Zweckes den Proces zum duplex judicium, mithin jede Partei zum Kläger wie Beklagten macht³⁾, Provocat also nicht minder als Provokant Erbe sein oder als Erbe erkannt sein muß, bevor es zum f. h. j. selbst kommen kann (§. 407 Anm. 16—22), reicht hier die Berufung auf den bloßen Besitz oder der Titel des pro possessor possessor so wenig zur Activ- als Passivlegitimation hin⁴⁾; hierin beruht der Unterschied zwischen h. p. und f. h. a. mit allen seinen Folgen (Anm. 1).

Gleich den übrigen Theilungsflagen ist auch diese nicht nur doppelseitig (duplex), sondern auch gemischt (tam in rem, quam

§. 1 in f. D. h. t.); als Beispiel (velutini) für die Ausnahme erscheint der Fall si ego debitor hereditarius sim; denn hier j. f. h. non consequeris id, quod defuneto debui; per hereditatis petitionem consequeris. Dies kann jedoch nur von dem Falle gemeint sein, da ein Nichterbe in die Erbschaft schuldet; der kann, indem er „als Erbe“ die Zahlung verweigert, h. petitione belangt werden (§. 400 Anm. 19), während f. h. j. gegen den Nichterben überhaupt unmöglich ist (§. 407 Anm. 19). Wie die eigentlichen Erbschaftsschulden können auch die Verhüldungen, welche durch Nichterben, es sei nun dolo oder culpa, an der Erbschaft begangen werden, wohl in h. p. (§. 222—223), nicht dagegen in f. h. j. kommen. Die Verhüldungen, welche in f. h. j. zur Præstation kommen, sind durchweg Verhüldungen von Miterben (I. 25 §. 16 arg. I. 45 §. 1 D h. t. und überhaupt oben §. 407 Anm. 9, 43—45); — namentlich auch ein Fruchtbezug kann Anlaß und Gegenstand für h. p. werden, während f. h. j. nicht an ihn hinaureicht: weil der Percipient m. f. possessor, nicht Miterbe war (vgl. I. 44 §. 3 D. h. t. — *quos heres capit* —). Sichtlich gehen alle diese Ausnahmen auf den nun folgenden Unterschied in der Passivlegitimation zurück.

2) §. 407 Anm. 419.

3) I. 44 §. 4 D. h. t. vgl. Bd. 1 §. 89, bes. zu Anm. 4.

4) Wer der Gegenpartei nicht Erbrecht zugestehst, denkt an keine Provocation zum f. h. j.; dazu provocirt zwingt er zu vorgängiger Einklagung oder Beweisung des Erbrechts (§. 407 Anm. 16—22).

in personam)⁵⁾, und in Ausnehmung ihres persönlichen (quasi-contractlichen) Inhalts auch bonae fidei⁶⁾.

Collation.

§. 409.

Geschichtliches.

D. de collatione bonorum 37, 6. D. de dotis collatione 37, 7. C. de collationibus 6, 20.

„Gleichheit“ hieß der Grund, aus welchem Emancipirte und die diesen Gleichgestellten (§. 360 Ann. 19) neben den Hauskindern zur b. possessio contra tabulas und ab intestato unde liberi berufen, folgerecht dann aber auch zur Einwerfung ihres Vermögens verpflichtet wurden¹⁾. Wurden Emancipirte neben den Hauskindern zur Succession in das Hausegut (Patrimonium) zugelassen, „wie wenn“ sie beim Ableben des Vaters noch Hauskinder gewesen wären²⁾, so mußte auch das Vermögen, welches sie seit der Emancipation erworben hatten, so behandelt werden, als ob es innerhalb der väterlichen Gewalt erworben, also zum Patrimonium gehörig wäre: das ist die formale Seite des Ebenmaßes, nach welchem das Edict vorging³⁾. Sollten Emancipirte Anteil bekommen an einem Vermögen, welches schon bei Lebzeiten des Vaters den Hauskindern gehörte (§. 365 S. 42 fg.), so mußten die Hauskinder Anteil bekommen an dem Vermögen, welches umgekehrt den

5) Bd. 1 §. 84 zu Ann. 24–26.

6) §. 28 J. act. 4, 6 Bd. 2 §. 224; arg. 1. 14 §. 1 l. 24 pr. D. comm. div. 10, 3. Vgl. Venet, ed. perp. S. 164 „den Schluß der Formel sc.“.

1) §. 9 J. her. quae ab int. 3, 1 — praetor naturali aequitate motus dat eis b. p. etc. — l. 1 pr. D. h. t. 37, 6. Hic titulus manifestam habet aequitatem —

2) §. 9 J. cit. „perinde ac si“ in pot. parentis mortis tempore fuissent — Stärkere Ausdrücke der Fiktio s. Ann. 3. Vgl. §. 360 zu Ann. 17 S. 18.

3) l. 6 §. 1 D. b. p. 37, 1 — propter aequitatem . . rescindit eorum capititis diminutionem — cf. l. 5 §. 1 D. si tab. test. null. 38, 6 — quamvis capititis diminutio per Edictum nulli obstet — c. 9 C. Th. bon. proscr. 9, 42 . . per rescissionem capititis praetorio vocabuntur edicto (380).

Emancipirten gehörte und ohne die Emancipation einen Bestandtheil des Patrimoniums gebildet haben würde⁴⁾; sonst würden diese vor den Hauskindern einen Voraus gehabt haben: das ist die sachliche Seite der der emancipatorum collatio zu Grunde liegenden Aequitas⁵⁾.

Eigenen Vermögens waren von altersher nicht blos die Emancipirten, sondern auch Hauskinder fähig: die Haustochter nämlich in Ansehung der dos. Diese gehört indem und trotzdem sie rechtsförmlich im Vermögen des Mannes ist, der Frau,

4) I. 1 pr. D. h. t. 37, 6 — cum enim Praetor . . . participes . . . faciat . . . bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant — ; „und ohne die Emancipation xc.“ (bedeutende injuriarum actio, bona castrensa) Arndts, Einwerfung, in Weiske's Rechtsl. Bd. 3 S. 815 fg.

5) Wohl zu einseitig betont das „Hauptwerk“ über „das Recht der Collation“ (Fein, Heidelb. 1842) die formale Seite der aequitas, indem es davon ausgeht, „daß eine solche fingirte Fiction wirklich die Grundlage der b. p. unde liberi bildet“, und so zu dem Schluße kommt, daß das Collationsobject selbst als ein Stück der hereditas aufgefaßt werden sei; denn „wenn der Emancipirte als suis heres gedacht wurde, so müßte auch das Collationsobject als res hereditaria aufgefaßt werden“ (S. 11 u. 12 vgl. denselben §. 28, ferner S. 291 unten u. fg. S. 334 unten). So weit finden wir in den Quellen selbst die Fiction nicht getrieben; um nicht in die von Fein (S. 23) selbst perhorreirten, u. ll. von Leist, Forts. d. Gl. Comm. Buch 37 u. 38, Absch. III S. 284 verfolgten Consequenzen zu versallen, müßte man mit derselben noch vorher halt machen. Ueberhaupt kann die Fiction nur die Form worin, nicht der Grund woraus die Collation eingeführt wurde, gewesen sein. Als Ausgangspunkt derselben müssen wir die Thatjache denken, daß die honorum possessio ursprünglich nur Personen gegeben wurde, die ohnedies Erben (heredes, s. g. Civilerben) waren oder in concreto sein konnten (§. 359 zu Anm. 3a S. 11; §. 360 S. 18), die b. p. contra tab. und die b. p. unde liberi also nur den sui heredes; dehnte man diese auf andere liberi aus, so mochte man nach römischer Eigenheit diese Ausdehnung ebenso wie die der Actionen mittelst Fiction an das Bestehende anknüpfen. So wenig nun als bei den ficticiae actiones in der Fiction der Grund der Neuerung, z. B. in der Fiction der IJucacion der Grund zur Aufstellung der Publiciana lag, so wenig war fingirte Suität der Grund für die emanc. collatio. Auch scheint es nicht der Praetor, sondern erst die Jurisprudenz gewesen zu sein, welche die editale Collationsvorschrift ficticiisch zurechtlegte (vgl. Lenel, ed. perp. §. 144). In der That, dadurch daß er Emancipirten b. p. verlieh, rescindire der Magistrat die Folgen der c. deminutio und stellte er Emancipirte dem suis hh. gleich; dies stellten Juristen so hin, als ob derselbe in Wörtern fingirt und rescindirt habe. — Gegen die Urigirung der Fiction auch Leist a. a. O., wider dessen Bemerkung (S. 203 Anm. 99) die Replik erlaubt sein dürfte, daß die Collationsobjecte jedenfalls erst durch die Collation (nicht durch die Fiction) res hereditariae zu werden vermöchten.

ist und heißt ohne Unterscheidung adventicischen oder profectischen Ursprungs „Frauengut“, nicht etwa blos unter der Bedingung und für die Zeit des Rückhalles, oder blos um der künftigen Forderung willen, sondern schlechthin, unbedingt und in dinglicher Weise⁶⁾. Dieses Sondergut der Haustochter ist vom Prätor gleich dem Vermögen des Emancipirten der Collation unterworfen worden⁷⁾, gleich diesem für den Fall, da dieselbe mittelst b. p. contra tabulas und unde liberi sich mit anderen Hauskindern in das väterliche Erbe theilt⁸⁾. Daß dotis collatio auch da plazgreifen solle, wo die Dotirte von der b. possessio keinen Gebrauch macht, sich also nicht unter die Herrschaft des prätorischen Edictes begibt, und nur ihres civilen Erbrechtes sich bedient, ist durch ein Reskript von Ant. Pius entschieden⁹⁾. Länger blieb die Collation der Dos an emanzipierte Geschwister in Frage; als sie endlich bejaht wurde, geschah dies mit Einschränkung auf die dos profecticia¹⁰⁾. In ihrer ursprünglichen Anwendung, d. i. gegenüber den in der väterlichen Gewalt verbliebenen Miterben besteht die dotis collatio so ununterschieden in Auszehrung ihrer Herkunft¹¹⁾ und so unabhängig von ihrer Fälligkeit¹²⁾, als die dos schlechthin und unbedingt Sondergut der Haustochter ist; nur wenn die dos recepticisch, und um eben deswillen nach ihren wichtigsten Folgen nicht Frauengut¹³⁾ ist, entfällt auch ihre Collation¹⁴⁾.

6) Außer l. 75 D. j. d. 23, 3 und der rei uxoriae actio (C. 5, 13) vgl. einstweilen daß ipsius filiae proprium patrimonium in l. 3 §. 5 D. min. 4, 4 cf. l. 16 D. relig. 11, 7, und überhaupt meine Pand. 1te Aufl. § 264.

7) l. 1 pr. D. h. t. 37, 7.

8) l. 4 C. h. t. cf. l. 1 §. 8 l. 3 D. h. t. 37, 7.

9) l. 1 pr. D. cit. Über den Zusammenhang dieser Constitution mit einem ähnlichen Vorgang bei der eman. coll. s. Franke, civil. Abh. S. 187.

10) l. 4 C. cit.

11) l. 4 C. cit.

12) l. 5 C. h. t. arg. 3. B. l. 1 §. 6 §. 8 D. h. t. l. 20 pr. D. fam. h. 10, 2.

13) so namentlich der rei uxoriae actio entzogen (l. un. §. 13 C. rei ux. act. 5, 13), nicht Schenkung an die Frau (l. 31 pr. C. j. d. 5, 12), niemals lucrum mariti (Ulp. VI, 5), wohl auch im Evictionsfalle dem Regressie der Frau (l. 23 D. evict. 21, 2 l. 75 D. j. d. 23, 3) entzogen —

14) l. 1 §. 1 D. h. t.

Also waren emancipatorum und dotis collatio von demselben Schlag; beide durch den Gegenzug eines von der Hausgemeinschaft abgezweigten und eines in dieser begriffenen Vermögens veranlaßt; beide Kindern und an Kindesgut obliegend, nur daß in der Person des Emancipirten bona, d. i. jedweder Erwerb, in der der Haustochter blos die dos Kindesgut, — auch der Emancipirte, nur natura und jure praetorio (rescissa capitatis deminutione) noch „Kind“, die Haustochter in allem übrigen Kind und nur in Ansehung der dos gewissermaßen emancipirt¹⁵⁾ war. Wesentlich auch ist für beide, daß das Patrimonium nicht einseitig als Vermögen des Vaters, sondern als Haus- und Gemeingut der im Hause begriffenen „freien Hänger“, mithin als etwas gedacht werde, das den Haustkindern schon bei Lebzeiten gehörte und die Collationsobjecte als Sondergut erscheinen läßt; denn außerdem ist die aequitas beider Collationen nicht genügend erklärbar¹⁶⁾.

15) Diese (in meiner ersten Pandektauflage §. 170, S. 721 noch verkannte) ohne Anerkennung des ehefräulichen Dotaleigenthums unmögliche Auffassung der dotis collatio findet im wesentlichen ihren Ausdruck in der von Fein §. 186 citirten Recension der Unterholzner'schen Dissertation de collat. Altdorf 1809 (Heidelb. Jahrb. f. Jurispr. 1810 S. 94) und bei Fein selbst in der Behauptung, „daß der Praetor bei der collatio dotis die sua im praktischen Resultat ganz wie eine emancipirte Tochter behandelt“ und daß er dies am wahrscheinlichsten darum gethan habe, weil es ihm „unbillig erschien, der Sua den Genuß der Vortheile der b. p. zu gewähren, ohne sie den Nachtheilen zu unterwerfen, welchen sich die übrigen bonorum possessores unterwerfen müßten, nämlich der Einverlung des ihr eigenen (!) Vermögens.“ Nur in der Collation selbst weicht Fein der Consequenz des Dotaleigenthums aus, indem er nur eine bedingte oder unbedingte actio oder bedingtes oder unbedingtes nomen conferit läßt (§ 411). Nicht wesentlich anders als Fein dachte sich die Sache doch auch schon Donellus (s. dagegen Fein S. 185), fernerhin Francke (civ. Abhh. S. 192 unten —), der die Consequenzen des ehefräulichen Dotaleigenthums strenger zieht (S. 190 unten) als Fein (S. 178 S. 166), — und Rindts (Rechtsl. S. 824) wiewohl auch er nur ein auf eventueller Rücksforderung beruhendes, darum kein unbedingtes, mithin kein wahres Dotaleigenthum der Frau annimmt).

16) wiewohl die Hausgütergemeinschaft eben jetzt erst wieder verworfen wird von Hofmann und Regelsberger, Literaturz. Allenthalben bewendet die Erklärung der collatio emancipatorum auf der „Härte“, die sich ergäbe, wenn die Emancipirten ihren Erwerb für sich behielten, indeß die Sui alles dem Vater und also für den Nachlaß erwarten. Allein wie wenn die Sui nichts erworben hätten? Statt dessen lassen wir die Sui sagen: wollt ihr Theilnahme an unserem Gut, so gestattet uns dieselbe

Eine Collation, welche nach der bisher geschilderten Art den Gegensatz von Gemein- und Sondergut zur Voraussetzung hatte, verlor ihren Boden, als das Hausgut sich in Sondervermögen zu zersezzen begann; er war untergraben, als die Hauskinder als solche keinen anderen Erwerb mehr für den Vater machten, als der mittelst des väterlichen Vermögens gemacht wurde¹⁷⁾, das Patrimonium nunmehr sachlich wie wörtlich Vermögen des Vaters und nichts weiteres bedeutete, und die bona adventicia der Hauskinder von den bona emancipatorum und der dos der Haustochter sich nur noch dadurch unterschieden, daß sie regelmäßig im Nießbrauch und in der Verwaltung des Vaters standen. Dieser Nießbrauch selbst läßt sich viel mehr aus dem neuen Sondergutsystem, als aus der alten Hausgutgemeinschaft erklären¹⁸⁾; eine Fortdauer der collatio emancipatorum in Gestalt einer bloßen Collation des Nießbrauches, sowie des etwa vom Vater Empfangenen¹⁹⁾, wäre nur begründet gewesen, wenn dieselbe ihren Grund nur in dem Erwerbe gehabt hätten, den die sui dem paterfamilias zuführ-

an dem eurigen (Anm. 4). Aus demselben Gesichtspunkte kam es bis auf Pius Antoninus (Anm. 9) zu keiner dotis collatio, wenn die Haustochter von ihrem Erbrecht ohne den Praetor Gebrauch machte; denn damit machte sie den übrigen suis nicht erst jetzt Concurrenz, sondern behauptete sie nur was ihr schon zuvor gehörte; ein beweglicher Grund daß sie nicht nebstdem irgend etwas zum voraus haben könne, lag hierin nicht, dagegen die bonorum possessio war etwas, das sie nicht zuvor schon hatte, an deren Verleihung sich die Auflage der dotis collatio knüpfen ließ, und an deren Verleihung der Praetor sie wirklich knüpfte, wenn die Tochter h. p. gegen den Willen des Vaters (contra tab.) oder ab intestato als Kind und neben ihres gleichen (sui hh.) verlangte; er der Praetor setzte es auf seinem Gebiete durch, daß die dos ohne den ausdrücklichen Willen des Vaters (praelegatum dotis) keinen Voraus der Tochter bildet, daß die sua, wenn sie anders als secundum tabulas am Hausgut partzipieren wollte, umgekehrt auch die dadurch Gejmälerten an ihrem Sondergut teilnehmen lassen müsse. Was der Praetor auf dem Gebiete der bonorum possessio durchgesetzt hatte, übertrug Pius Ant. auf die hereditas, in Gestalt eines den arbiter familiae h. bindenden Rescriptes (l. 1 pr. cit. vgl. § 407 S. 282 Z. 3 u. 4).

17) l. 6 C. bon. quae lib. 6, 61 — ex ejus substantia — pr. J. per quas pers. 2, 9 — ex re patris —

18) — als einen Beitrag des nun mit eigenem Vermögen ausgestatteten Kindes zu dessen Unterhalt und Erziehung betrachten; das Verwaltungsrecht aber ist ein Ausbruch jener Potestät, die stets einseitig des Vaters ist.

19) vgl. Francke, a. a. O. S. 214 S. 241. Arndts, a. a. O. S. 816.

ten, nicht in dem Rechte, das ihnen noch vor dem Tode des Vaters, und ohne Rücksicht ob etwas oder nichts durch sie erworben worden, an allem Erwerbe zustand, der innerhalb des Hauses stattfand (Anm. 16).

In der That ist an die Stelle der alten, in den Digesten noch ausschließlich vertretenen Collation eine neue, die der „Descendenten“ oder die „Profecticien“ = (man nennt sie auch „Versorgungs“ =) Collation getreten. Jetzt ist nicht mehr blos der väterliche Nachlaß, sondern ebensowohl der mütterliche, überhaupt der der Ascendenten das Object in welches Einwertsung stattfindet; hat ja doch jener seine hausgüterliche Eigenheit verloren und sich folgerichtig auch notherbrechtlich mit dem mütterlichen Nachlaß ausgeglichen (§. 365 §. 368). Gegenstand der Collation ist jetzt nicht mehr, was das Kind von irgendwoher, sondern nurmehr etwas das es aus seiner Descendenz, von dem gemeinschaftlich beerbten Ascendenten her hat. Hauptfächlich besteht es in Gaben, die zur Ausstattung oder Versorgung des Kindes zu dienen bestimmt sind: derartige Gaben sind die Eltern ihren Kindern schuldig; ohne besondere Verfügung soll sie keines zum Vorraus haben, oder was eins ist, ein jedes conferiren. Der Unterschied von Hauskindern und Emancipirten kommt nurmehr insoweit in Betracht, als es das neue Princip fordert oder zuläßt.

Der Beginn dieser Umbildung datirt, was die erhaltenen Constitutionen ansangt, von l. 17 C. h. t. Leo A. Erytrio P. P. Datum 5 Cal. Mart. Marciano Cons. a. 467²⁰⁾.

20) Daß bereits l. 4 C. h. t. Gord. A. Marion. (a. 240) — His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit — den Anfang mache (z. B. Leist, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 37 u. 38 Abth. III. S. 268, S. 280 f. S. 238. 48 vgl. auch meine Pand 1.te Aufl. S. 721) ist kaum zu billigen. Noch war die Zeit des Umschwungs im Hausgüterrecht und damit im Collationsrecht nicht gekommen; daß dem Emancipirten nur das profecticia conferirt werden solle, ist ohne denselben erklärbar. Sollte die Haustochter mit dem Emancipirten mehr theilen als der Haushof? sollte sie nicht ebensowohl ihr Sondergut dem Emancipirten, als dieser das seinige ihr mittheilen? das waren die Zweifel. Sie soll dem Emancipirten ihr Sondergut (dos) dann mittheilen, wenn es einen Abgang an dem (auch von den Haussöhnen zu conferirenden) Haugut darstellt, d. i.

Darnach soll die Tochter sowohl ihren emancipirten, als den in der Gewalt verbliebenen Geschwistern, überhaupt allen mit dem Recht der Intestaterbfolge²¹⁾ ausgestatteten und mit ihr krafft dieses Rechtes erbenden Miterben ihre von dem gemeinschaftlichen Erblasser aus gegangene dos, ob dieser nun Vater oder Mutter oder ein sonstiger Ascendent sei, conferiren. Was von der dotirten Tochter, Enkelin &c., soll auch von den mit donatio propter nuptias bewidmeten Söhnen, Enkeln &c. gelten. Bezuglich der Emancipirten ist eigens bestimmt, daß sie (in den Nachlaß dessen der sie emancipirt hat) einzuwerfen haben, was ihnen, der herrschenden Gewohnheit nach, von ihrem Emancipator bei der Emancipation oder nachher gegeben wurde. Zur dos und donatio propter nuptias gesellt sich dann, nach dem Gesichtspunkte der Einrechnung auf den Pflichttheil (§. 405 Anm. 13), der Erwerb aus einer von dem gemeinschaftlichen Erblasser empfangenen militia²²⁾, und die einfache Schenkung, wenn ein Anderer eine dos, oder donatio p. nuptias (militia?) und keine einfache Schenkung empfangen und der Donatar sonst nichts zu conferiren hat²³⁾.

Die Aufhebung der alten emancipatorum collatio lag nicht im Buchstaben, wohl aber im Sinne bereits der Leoninischen Constitution²⁴⁾; die an ihre Stelle trat, war entspre-

profecticisch ist; das war die Lösung des Zweifels, oder Durchhauung des Knotens.

21) l. 17 cit. — *jus intestatae successionis* — ob es nun ab intestato, oder contra tabulas als b. p., oder als querala inoff. t. plagi greife —

22) l. 20 pr. C. h. t. Justinian. (529).

23) l. 20 §. 1 eod.

24) Diese Constitution handelt zunächst von der dotis collatio, am Schlüsse aber auch von der emancipatorum collatio. Jene gestaltet sie so, daß sich die dotis collatio alten Stils nicht mehr daneben denken läßt; von dieser spricht sie so, daß (dem Buchstaben nach) die alte noch neben ihr bestehen, aber auch ausgeschlossen sein kann: ersteres dann, wenn man das Gesagte (daß der Emancipirte nur das anlässlich der Emancipation vom Emancipator Empfangene einwerfen soll) unter Bezugnahme auf die im Vorhergehenden behandelte Collation der dos auf den Fall einschränkt, da der Collation des Emancipirten eine Collation der dos gegenübersteht; letzteres dann, wenn man das Gesagte allgemein, auch für den Fall, daß der Emancipirte

chend dem neuen Collationsprincip, eine Collation der mit der Emancipation herkömmlich verbundenen Ausstattung des Emancipanden oder Emancipirten²⁵⁾; als Collation der um

nur Haussöhnen gegenübersteht, gelten läßt. Für diese allgemeine Bedeutung des Schlusssatzes spricht 1. die Gleichmäßigkeit der Behandlung der beiderlei jäh innerlich ja doch so nahe verwandten Collationen. Wie das und donatio propter nuptias wird auch das „herkömmlich aus Anlaß der Emancipation Empfangene“ (ut adsolet fieri) als Ausstattung des Kindes gedacht worden sein; 2. die Unzömmlichkeit, welche bei der engeren Bedeutung aus dem Fall entspringt, da der Emancipirte mit einer dotirten Tochter und Haussöhnen konkurriert: soll er der Tochter wegen nur etwas, der Söhne halber alles conferiren? 3. die ausdrückliche Bestigung des Zweifels, ob Hauskinder irgend einen adventicischen Erwerb conferiren müssen, durch die justinianische l. 21 C. h. t.; hätte die emancipatorum collatio noch im allen Umfange fortbestanden, so hätte man die Collation des Adventizgutes nicht so unbedingt verneinen dürfen. Daß l. 17 in f. so kurz spricht, darf bei der Verweisung auf den tenor praecedentium legum nicht bestreiten. — Frühere Gesetze, in denen die Collation von Emancipirten, und zwar wie in l. 17 als eine Collation des bei der Emancipation Empfangenen vor kommt, sind c. 8. 9. C. Th. bon. proser. 9. 42. Leist, S. 271 Nr. 54 u. vgl. dazu die super ceteris emancipatis statuta in l. 18 in f. C. h. t. Sie sprechen in Einem gegen die allermärts vorkommende Verdächtigung des Textes in l. 17 in f. cit. (vgl. darüber Leist S. 269 fg. S. 274). — Ist all das richtig, dann gab es seit l. 17 cit. seitens der Emancipirten namentlich auch keine Collation des Nießbrauches mehr, den sie an ihrem Vermögen vor den Hauskindern voraushatten. Denn auch die Emancipirten hatten nach l. 17 in f. cit. nurmehr einen gewissen prospectischen Erwerb zu conferiren. (S. dagegen Francke, S. 214. 241. Arndts S. 816 fg. Fein § 30 — hin wider Leist, welcher dieser Nießbrauchsollation (S. 244, 50) namentlich mit dem Einwand entgegtritt, daß der Emancipirte in Gemäßheit derselben über die bona, die er beim Tode des Erblassers hat, zurück- und hinausgreifen müßte (S. 249. 51).

25) l. 17 in f. cit. und die Erörterung zu derselben in Ann. 24. Vgl. Leist, S. 264: „Es ist sehr begreiflich, daß dieses den Emancipirten in seine Selbstständigkeit begleitende Vermögen (z. B. peculium non admittunt — l. 31 §. 2 D. donat. 39, 5 l. 17 C. eod. 8, 54) leicht die Bedeutung einer Ausstattung des Kindes für seine fortan aus eigenen Mitteln zu beschaffende Ausstattung annehmen müsse. Nichts deßwider behandelt Leist die in l. 17 in f. cit. vorgeschriebene Collation der Emancipirten weiterhin als „Schenkungsollation“, während sie die vom Vater empfangenen und bis zuletzt nicht wiederrufenen Schenkungen principirten (l. 18 pr. C. fam. h. 3, 36. B. d. Pforden, Abhh. aus d. Pandr. S. 187 fgg. Leist, S. 258 u. dessen Ann. 73 zu der widerstrebenden l. 13 C. h. t. 6, 20), der blos cognatiache Descendent dieselben bis auf l. 20 § 1 C. h. t. Justinian nur infolge ausdrücklicher Verfügung des Ascendenten zu conferiren brauchte (S. 275, 278), habe der Emancipirte die bei und nach der Emancipation empfangenen Schenkungen schlechthin conferiren müssen (S. 263, 53; S. 371, 54), und diese Collation sei als collatio emancipatorum bis zuletzt, u. zwar auch über die Novellen 115 u. 118 hinaus stehen geblieben (S. 279, 56). Allein die hiefür zunächst

der Emancipation willen (gewissermassen zur separata oeconomia) erfolgten Ausstattung gibt es eine collatio emancipatorum allerdings auch noch nach den Novellen 115 u. 118²⁶⁾. Bekam der Emancipirte vom Vater was auch der Haushofn bekommen konnte und conferiren mußte — propter nuptias donatio, militia —, so mußte er auch das conferiren; allein das war keine Emancipirten-Collation mehr, und keine, die er blos in den väterlichen Nachlaß schuldig wurde. Ebenso verhält es sich mit den einfachen Schenkungen; diese muß auch er nur bedingt conferiren.

Aequitas muß als das Princip auch dieser neuen Collation gedacht werden²⁷⁾; ihre Anwendung ist aber hier eine ganz andere als dort. Während sie dort auf Ausgleichung einer Schmälerung geht, welche sich erst durch die Beerbung ergibt, wird hier einer Verkürzung entgegengearbeitet, welche sich bei Lebzeiten des Erblassers ergeben hat. Dieser Unterschied im Objecte hat einen im Subjecte, der Collationsberechtigung nämlich, zur Folge. Um den Grundsatz der alten Collation: *Ei confertur cui auffertur*²⁸⁾ — für antiquirt zu

angezogene l. 17 in f. cit. spricht wenigstens nicht ausdrücklich von „Schenkungen“; Leist selbst nennt das was der Emancipirte hier in ipsa emancipatione bekommt, eine „Ausstattung“; die Quellen auf welche er sich weiter beruft (S. 265 β. l. 1 C. h. t. 1. 25 pr. D. inoff. 5, 2) fallen in eine Zeit, in welcher der Emancipirte Schenkungen allerdings conferiren mußte, aber nicht nur die des Vaters, und nicht blos Schenkungen, sondern sein ganzes Vermögen. Dem Vorzuge, den Leist dem Haustind einräumen will (S. 286. S. 289), ist dadurch genügt, daß dieses dem rigor juris entgegen für sich behalten darf, was ihm der Vater geschenkt hat; daß es der Emancipirte, der ja erbrechtlich dem sungs (ganz anders als die vor Nov. 118 um die Terz zurückgesetzten cognatisschen Descendenten — s. noch l. 19 C. h. t.) längst gleichgestellt ist, nicht behalten dürfe, ist zur Auszeichnung des Haustindes nicht nothwendig, und wäre privilegium odiosum des Emancipirten.

26) Hierfür sprechen dieselben Gründe, welche Leist (S. 279, 56, bes. S. 284) gegen Wangerow u. Windscheid geltend macht; nur, daß unsere Emancipirten-Collation zum Unterschiede von der Leistschen nicht nur die Novellen überdauert hat, sondern — nachdem die Ausstattung selbst zur Emancipation geworden (em saxonia, separata oeconomia — Bd. I §. 49) auch in die deutsche Praxis übergegangen ist.

27) S. die aequa lanx in l. 17 C. cit.

28) l. 1 §. 2 §. 3 D. h. t. 37, 7 l. 1 §. 5 D. h. t. 37, 6. Wo in stirpes succedit wird, bleibt die Portion der Einen Linie dieselbe, ob an der anderen Mehrere oder Wenigere teilnahmen, wogegen die Theile

erachten, bedarf man keines neuen deutschrechtlichen Gedankens²⁹); unser heutiges Collationsrecht ist wesentlich das neuere römische.

§. 410.

Die Verpflichtung zur Collation hat die Gestalt eines Modus¹⁾, mit welchem der Erbschaftserwerb unter gewissen Voraussetzungen ursprünglich durch den Praetor, später durch kaiserliche Constitutionen, heute nach recipirtem justinianischem Rechte verknüpft ist.

Nur der Erbschaftserwerb durch Descendenten, welche Intestaterbrecht (§. 409 Anm. 21) haben, ist nach wie vor mit dem Modus der Collation belastet; neuestens aber auch der Erwerb von testamentarischen Erbschaften²⁾, insoweit und insoweit er durch intestaterrberechtigte Descendenten erfolgt³⁾. Als intestaterrberechtigt sind nach wie vor nur diejenigen zu den-

dieser letzteren Portionen kleiner oder größer werden. Daher ei conferatur etc.

29) In diesem Sinne sind meine Band. 1te Aufl. S. 726 fg. zutreffend berichtiget von Leist, S. 382 Anm. 84. S. indeß auch schon Arndts S. 836 fg., Fein, S. 278 u. die daselbst Anm. 190 citirte Mehrheit der Autoren. Die s. g. anticipirte Erbfolge oder Abschichtung ist überall wo mit ihr kein Erbverzicht konkurriert, nur die besondere Fassung für die That-sache, daß im voraus empfangen ist, was man, im Fall der Erbfolge, nicht voraus haben soll. Als ein solcher Empfang sind seit l. 17 cit. gewisse Ausstattungen der Descendenten betrachtet; sie fürzen den Nachlaß, damit die Erbportionen aller, und nehmen also dem Sache ei conferatur cui auffertur seine Bedeutung; folgerecht sind schon nach neuem römischen Rechte alle (ordentlichen) Miterben collationsberechtigt. —

1) l. 3 pr. D. h. t. 37, 6 (Julian.) Praetor non sub condione collationis b. p. c. t. promittit, sed demonstrat, quid data b. possessione fieri oportet cf. l. 2 §. 9 eod. l. 11 C. h. t. (wo statt legi datae collationis „legi datae b. possessionis zu lesen sein dürfte) l. 5 §. 1 D. ut legat. 36, 3. Schulting, jurispr. antej. zu Ulp. fragm. tit. 28 §. 4 not. 12. Damit ist ausgesprochen, daß wenn der Collationspflichtige b. p. ohne vorgängige Collation agnoscirt, sein Erwerb nicht richtig ist; hinwider nicht ausgeschlossen, daß der Prätor — um den Modus in dieser Art zu erzwingen — die b. p. versage, wenn vor ihrer Agnoscitur Collation begehrt und nicht vollzogen wird. Nur so können, wenn überhaupt, l. 8 D. h. t. Papin. Ulp. fragm. 18, 4. Paul R. S. V. 9 §. 4 mit l. 3 pr. cit. in Uebereinstimmung gebracht werden (vgl. Fein §. 20, Leist S. 223 Anm. 34).

2) Nov. 18 c. 6.

3) Vgl. Windisch eid. §. 610 Anm. 8 u. die daz. Uffg.

ten, welche es, abgesehen von einem Testamente, auch im konkreten Falle sind⁴⁾, und nur diejenigen welche es jure communi sind⁵⁾.

Von zwingender Natur⁶⁾ ist diese Auflage nicht mehr; der Erblässer kann ihr in beliebiger, wenn nur unzweideutigen Weise derogiren⁷⁾. Bei testamentarischer Erbsfolge wird seit

4) Darauf kann man für den Fall der Collation bei testamentarischer Erbschaft zweifeln. Allein Nov. 18 c. 6 verordnet nur, daß dem Collationsrechte durch Testamentserrichtung nicht mehr derogirt werde; in betreff der Collations-subjecte bleibt es beim Alten. Gegen diese „gewöhnliche Meinung“ s. Fein S. 375; hinwider Windscheid §. 610 Anm. 5 u. die dort Agff.

5) Also nicht die naturales liberi (Fein, a. a. D. S. 266, Leist S. 366 u. die dort Agff.) und nicht die arme Chefrau (vgl. §. 385. Fein S. 283, 5). Von außerehelichen Kindern (Windscheid a. a. D. Anm. 2) gilt das Gesagte nur in Ansehung der väterlichen Erbschaft und auch da nur wenn keine legitime Descendenz oder Wittwe da ist (§. 383 zu Anm. 14 u. 20. 24—26), sie also nur unter sich zu conseruire hätten (Windscheid a. a. D.). Der Grund ihrer Ausschließung liegt aber darin, daß ihre Erbberechtigung eine singuläre und also nicht in weitere Berechtigungen auszuweiten ist (Bd. 1 §. 25 Anm. 6).

6) — *jus publicum, quod privatorum pactis mutari non potest* — Bd. 1 §. 24, 2.

7) Gewöhnlich macht man diesbezüglich keinen Unterschied zwischem dem älteren u. neueren Rechte (S. namentlich Fein S. 400 B). Allein so gewiß es auch ist, daß der Erblässer der Collation von jeher vorbeugen konnte, so entschieden wird doch anzunehmen sein, daß er dies nur durch Errichtung eines Testamentes konnte; in dieser und nur in dieser vermuhte der Erblässer dem *jus intestatae successionis* und seiner Modalitäten zu derogiren. Eben so leicht als dem auf die b. p. contra t. und unde liberi gelegten modus hätte der Erblässer durch einen beliebigen Willensausdruck dem Rechte der Emancipirten auf b. p. e. t. und unde liberi selbst derogiren können. Allerdings enthält schon I. 39 §. 1 D. fam. h. 10, 2 (Fein S. 401) eine Ausschließung der Collation ohne Testament; allein nicht nur erfolgt dieselbe durch einen Codicill, sondern auch in Gestalt einer *divisio inter liberos* und nur unter der Voraussetzung si nihil *indivisum reliquisset*; eine derartige codicillarische *divisio parentum inter liberos* (§. 369 c. S. 60) hat nicht nur von jeher bindende Kraft gehabt (§. 407 Anm. 64 fgg.), sondern wird auch von jeher einem Testamente gleich geachtet worden sein — wie denn Justinian Nov. 18 c. 7 keine neue Sache, sondern nur eine neue Form für das i. g. *testamentum parentum inter liberos* einführt. — Anders gestaltete sich die Dero- gation, als die Collation aus einem Modus auf gesetzliche Erbsfolge zu einem Modus auf Vergabungen unter Lebenden wurde. Wie diese Vergabungen selbst formlos erfolgen konnten, mochte man auch die Entbindung von ihrem Modus in jedweder Form hinnehmen. Wenigstens wird das (sowohl auf Intestat- als test. Erbsfolge bezügliche — Fein S. 400 B) „*nisi expressum designaverit ipse se velle non fieri collationem*“ der Nov. 18 c. 6 heute ziemlich allgemein von beliebigem, wenn nur unzweideutigem Willensausdruck verstanden (Windscheid a. a. D. Anm. 9. Fein, S. 400 B).

Novelle 18 c. 6. der Wille daß conferirt werde praejumirt, während vordem das Testameni als Derogation des gesetzlichen Collationsrechtes galt und der Testator eigens verfügen mußte, wenn er etwas der gezeitlichen Collation ähnliches statuirt haben wollte⁸⁾.

Gegenstand der Collation ist heute noch die vom gemein-
schaftlichen Erblässer empfangene Dos, anstatt der donatio
propter nuptias durch die Praxis unsere „Widerlage“⁹⁾, über-
haupt die „Heiratsausstattung“¹⁰⁾, und anstatt der militia
„alles was den Kindern zur Einrichtung einer gesonderten
Wirthschaft, also namentlich bei Eingehung einer Ehe zu deren
Ausstattung“ gegeben wird (subsidium paternum)¹¹⁾. Be-
züglich der einfachen Schenkungen hat sich keine von I. 20 §. 1
C. h. t. (§. 409 Anm. 23) abweichende sichere Praxis gebildet.
Um ebendesswillen bilden Schenkungen von Todeswegen — das
Gegenstück der „einfachen“ Schenkungen — kein Collations-
object¹²⁾, während umgekehrt remuneratorische Schenkungen
immerhin „einfache“ Schenkungen sind und also der I. 20 §. 1
cit. unterstehen¹³⁾. — Aller Gegenstand der Collation versteht
sich jetzt nach der Zeit des Empfanges¹⁴⁾. Konsequent

8) Anm. 7. I. 1 C. h. t. Nov. 18 c. 6 — si . . testati nihil di-
centes de eis (collationibus), locum non fieri collationibus — Gegen-
stand, Person, und Umfang der Collation beruhte hier auf der Bestimmung
des Testators, darum in einer Art Vermächtnisses.

9) Arndts, P. §. 529.

10) Leist, S. 425. 85. Seuffert, P. §. 588 Anm. 3.

11) Arndts, Rechtsel. III S. 839 unten. Leist S. 425—429 wo-
hlebt Zusammenstellung der im Teuff. Nach biefür enthaltenen Zeugnisse.
Dafür daß diese Praxis in I. 17 C. h. t. selbst eine Stütze hat, vgl. gegen
Windscheid §. 610 Anm. 18 meine Anmerkungen 25 u. 26 zu §. 108.
Groß ist übrigens die Zahl der hier einschlägigen, und in der Praxis viel-
behandelten Fragen: wie die nach den Studienkosten, Promotionskosten, Buch-
händlerechnungen, Hochzeits- und Dispensekosten, Militärloskauf; sie werden
unter Beleuchtung der Praxis als Nonconferenden registriert von Leist
S. 438. 87.

12) Bgl. Wangerow §. 562 a. C. wogegen Windscheid §. 610
Anm. 16 und die dort Agff. (Franke, Arndts, Fein, Leist).

13) Fein, S. 223, 2. Windscheid a. a. O. Anm. 16 (mit Aus-
nahme der Sch. für Lebensrettung) — Leist S. 405.

14) nicht mehr nach der der Habe, die der collationspflichtige Erbe
beim Tode des Erblässers hatte, d. i. bona quae moriente patre habu-
erunt (Ulp. 28, 4 I. 2 C. si ut om. 2, 40.I. 6 C. h. t.), weder was sie

kann darauf, ob das vorausversorgte Kind das Empfangene durch Unfall oder Schuld verloren, nichts ankommen; die Verordnung der Novelle 97 c. 6 §. 1, daß die noch in väterlicher Gewalt befindliche, dotirte Haustochter unter Umständen anstatt der Dos blos die *actio de dote* zu conferiren braucht, stellt sich als eine Singularität dar, welche die Regel bestätigt, und aber heute, vermöge der *emancipatio saxonica* (Bd. 1 §. 49), antiquirt ist. Der in der Gewalt befindlichen ist die selbstherrliche, jedoch minderjährige Tochter durch die Novelle (*si quidem suae potestatis et perfectae aetatis mulier est*) gleichgestellt¹⁵⁾.

nachher, noch schlechthin was sie jemals vorher, seit der Emancipation erworben, sollten die Emancipirten conferiren (l. 1 pr. arg. l. 2 §. 2 D. h. t. 37, 6 l. 15 C. h. t. Fein, §. 9); „ihre dos“ d. i. soweit sie zu derselben Zeit noch dotirt war, nicht so viel dos sie jemals erworben hatte, sollte die Haustochter einwerfen (l. 12 C. h. t. — *dotem . . . quam mortis tempore communis patris habuit* — arg. l. 1 §. 6 D. h. t. 37, 7). Dagegen bringt es u. E. nicht erst die in unserer „Abschichtung“ liegende „anticipirte Erbfolge“ (Leist, S. 344, 2), sondern schon Sinn und Gedanke der neueren römischen Collation (S. 293 Abs. 1 S. 294 Anm. 29) mit sich, daß das Kind so viel conferire als es seiner Zeit bekommen, nicht so viel als es jetzt noch davon hat. In l. 20 pr. C. h. t. — *ut lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat . . . conferatur* (Leist S. 345 Anm. 49) liegt vielmehr ein Zeugniß für, als gegen unsere Behauptung.

15) Die hier geltend gemachte Consequenz beruht zunächst auf dem Begriffe des Empfanges, der jede Berücksichtigung des darauf folgenden Habens ausschließt, ja denn auch jede Frage, ob dasselbe beim Tode desselben noch vorliegt, oder aus was immer für einem Grunde aufgehört hat. Die äußere Bestätigung findet sich in l. 12 C. comm. utriusq. jud. 3, 39 a. 530 — *ut tantum habeat . . . quantum ejus fratres a patre sunt consecuti* — in der Nov. 97 c. 6 pr. welche speciell in Ansehung der dos unsere Consequenz als „*in plurimis judiciis*“ gezogen bezeugt, und als durities bezeichnet, allein nichtsdestoweniger nicht wesentlich beugt — endlich in den von Zimmerman, Arch. f. civ. P. Bd. 51 S. 403 Anm. 37 zusammengestellten „im Sinne unbedingter Anrechnung der dos“ redenden Stellen des römisch-byzantinischen Rechtes. Gleichwohl lehrt man — abgesehen von Zimmerman a. a. D. §. 2 §. 3 mit dem wir vollständig zusammentreffen, von Leist insofern er a. a. D. unsere Consequenz wenigstens als deutschrechtlich begründet annimmt, und von Seuffert insofern er §. 588 Anm. 7 dieselbe wenigstens theoretisch für begründet zu erachten scheint — das Gegentheil (Windischeld §. 610 Anm. 24 u. die dort und bei Zimmerman a. a. D. Agff. Höhler, ges. Abhh. S. 155 §. 8), aber, was das römische Recht anlangt, auf Grund von Quellen, welche wie l. 1 §. 23 l. 2 §. 2 D. h. t. 37, 6 dem alten Collationsrecht angehören, oder wie Nov. 97 c. 6 vom Standpunkt des alten Collationsrechtes, und darum unrichtig, angesehen werden.

Bei Bemessung des Collationsobjectes kommt auch die Mehrung des Vorempfanges nicht in Betracht¹⁶⁾; das Collationsobject ist kein Ding welches etwa wie peculum und hereditas Ab- und Zugang erfahren kann. Kein Wachsthum des Vorempfanges ist es, wenn der Collationspflichtige Verzugsinteresse schuldig wird¹⁷⁾, oder das Collationsobject Früchte oder Zinse trägt und diese vom Tode des Erblastes an in die Masse geworfen werden müssen¹⁸⁾; denn die Verzugs-Praestation ist gleich der von sonstigen Verschuldungen¹⁹⁾ ein Ersatz, keine Mehrung, und was in die Erbschaft eingeworfen wird, wird ebendadurch (§. 409 Anm. 5 a. E.) aus einem Conferendum zur Erbschaftssache²⁰⁾. Erst von dieser Umwandlung an und nur nach den Regeln des familiae h. j. (§. 408 Anm. 43) können Auslagen auf das Eingebrachte von den Miterben mitzutragen sein²¹⁾. — Stets bildet das was der Collations-

. 16) vgl. dazu Windscheid a. a. D. Anm. 22. Leist, S. 477 „Früchte und Zinse aus der Zeit vor dem mortis tempus sind nie zu leisten“.

17) vgl. I. 5 §. 1 D. h. t. 37, 7 Filia . . . moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre — Dafür daß Früchte und Zinse nur ex mora und zwar nicht schon ex re wie Andere meinen, vgl. I. 5 §. 1 D. h. t. 37, 6 und die zahlreichen älteren und neueren, bei Fein S. 322 Anm. 263 cit. Autoren, während Windscheid a. a. D. die mora hier nicht technisch zu nehmen geneigt ist.

18) ein Ding, das z. B. von Windscheid, a. a. L. (vgl. auch Fein S. 309 §. 54) anstatt der mora u. ihrer Folgen gesetzt wird, während beide auseinandergehen, indem z. B. das vorempfangene Baargeld so wenig als das im Nachlaß befindliche sofort mortis tempore zinsentragend wird, dagegen Ursache von Verzugszinsen werden kann.

19) Nov. 97 c. 6 — sibimet culpam inferat, cur mox viro inchoante male substantia uti non percepit (?) et non auxiliata est sibi — cf. I. 2 §. 2 l. 1 §. 23 D. h. t. 37, 6. Für Praestation nur der diligentia quam suis mit Recht Windscheid a. a. D. Anm. 24. Vgl. hier oben Bd. 2 §. 267 Anm. 33.

20) so denn mit seinen etwaigen Früchten und Zinsen so nothwendig wie die ursprünglichen Erbschaftssachen vom Todesstage an sämtlichen Erben gehörig. Bgl. Leist S. 476, 93. β. (halbwegs auch Fein S. 334 unten), der anderseits der Mora keinen Raum zu bieten scheint. Umgekehrt wird uns bei Zimmermann S. 412 nur die Mora klar.

21) Windscheid, a. a. L. zu Anm. 23 nimmt nach Fein §. 57 eine Mittragung auch von früheren Verwendungen an — konsequent, wenn man die Habe, grundlos, wenn man den Empfang konserieren läßt. I. 2 §. 2 l. 5 §. 1 D. h. t. 37, 6 l. 5 §. 1 D. h. t. 37, 7 gelten heute noch insoweit das Ermessen des Theilungsrichters ein boni viri arbitratus sein

pflichtige empfangen hat, den Gegenstand der Collation, sowie der Empfang den Zeitpunkt, nach dessen Preisverhältnissen das Empfangene zu bewerthen ist, wenn dieses nicht in heutigem Gelde bestund, nicht in natura conferirt wird, und durch keinen bindenden Voranschlag geschätzt ist²²⁾. — Das Empfangene muß ganz eingeworfen werden, jedoch so, daß Conferent um der Collation willen nicht ärmer werden darf als er zuvor war²³⁾. — Ob man „den Stamm oder die Person als Träger

soll. Aber was in Betreff der Verwendungen zu arbitriren, und ob dabei der Gesichtspunkt der alten Collation oder ein neuer geboten sei, lassen die ctt. II. offen.

22) Abgesehen von dem Falle, da anstatt der dos nur actio de dote zu conferiren ist (Anm. 15) würde nach Zimmermann a. a. D. § 2 überall nur der Werth des Empfangenen zu conferiren sein, der Collationspflichtige also weder in natura zu conferiren brauchen, wie man früher allgemein annahm (a. a. D. S. 397 Anm. 27 und wovon namentlich auch noch Windisch a. a. D. Anm. 29 ausgeht), noch die Conferenden ohne Einwilligung der Miterben in natura einwerfen dürfen, woferne sie nicht in baarem Geld oder sonstigen Fungibilitäten bestehen (S. 398), während man in neuerer Zeit gewöhnlich (S. 398 Anm. 28) dem Collationspflichtigen zwischen dem Einwerjen in Natur oder dem Einrechnenlassen des Werthes die Wahl läßt. Nach dieser letzteren Ansicht müßten die Miterben „Kleidungsstücke, Weiß- und Bettzeug“ in dem Zustande hinnehmen, in welchem sie sich nach beliebig langem Gebrauche befinden (S. 399). Die Nov. 97 c. 6 und die Justinianische Praxis (Schol. zu nro 38 u. 22 Basil. 41, 7) sprechen nur von Einrechnung des Werthes und auch das „Wiederbringen der fahrenden Habe mit dem Eide und das Legen an den Erbtheil“ glaubt Zimmermann (S. 396 fg.) nur von der Einrechnung des Werthes verstehen zu sollen. Gewiß auch entspricht die Wertheinrechnung der gewöhnlichen Uebung. Allein Noy. 97, c. 6, welche von dem Falle einer verlorenen dos ausgeht, gestattet keinen Schluß auf die Fälle, da die Conferenden in Natur vorhanden sind, und nicht nur wo die Erben dies gestatten, sondern auch da wo der Vorempfang in seinem vollen Werthe vorhanden ist, wird er eingeworfen werden dürfen.

23) Geht man davon aus, daß das Empfangene in natura einzubringen und in einen Bestandtheil der Erbmasse zu verwandeln sei, so ist nicht einzusehen, warum Conferent infolge der Collation nicht auch ärmer werden könne, als er zuvor war. Man denke nur mit Fein S. 336 Anm. 285 600 ♂ Collationsobject, und einen in 2 Theile gehenden Nachlaß von 400 ♂. Niemand zwinge den Collationspflichtigen zum Antritt; allein tritt er an, so muß er sich dem auf dem Antritt bestandenen Modus unterwerfen. In diesem Sinne glauben wir z. B. auch Seuffert, P. S. 589 Anm. 5 verstehten zu müssen. Ganz ein anderes Resultat ergibt sich, wenn man davon ausgeht, daß der Collationspflichtige sich den Vorempfang blos anrechnen zu lassen braucht. Hier ergibt sich, daß er soviel oder mehr als ihn nach der Collation trifft, bereits hat (z. B. oben $400 + 600 = \frac{1000}{2} = 500$), und also aus dem Nachlaß nichts bekommt, nicht aber daß er etwas an

der Collationspflicht" betrachten soll, Entel sc. also nur was sie selbst, oder etwa auch was ihr vorverstorbener parens vorempfangen, einwerfen müssen, und ob sie dies schlechthin oder nur im Falle der Beerbung des vorverstorbenen parens und noch vorhandener Bereicherung zu thun haben, ist fraglich und nach allen Richtungen bestritten, richtiger aber, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie den Ascendenten beerbt und dessen Vorempfang noch haben oder nicht haben, zu bejahen^{24).}

diesen ablassen muß. So Zimmermann §. 4, und, dem Resultate nach, auch Fein, wenn man jenen Satz, daß der Collationspflichtige nichts „zuzugezen“ brauche (S. 336) in Verbindung mit Anm. 285 allgemein fassen darf. Das Ergebnis selbst spricht für das Anrechnungsprincip. Nur in seiner Folge kann es zu keiner Collation kommen, wenn die Erbschaft insolvent ist, wiewohl dies nicht blos der Vertreter des Anrechnungsprincipes (Zimmermann a. a. D.) annimmt (vgl. Seuffert a. a. D. u. die dort Agff.). Nicht conferiren müssen ist aber nicht = nicht zahlen müssen, wenn der Collationspflichtige die insolvente Erbschaft seine benef. inv. antritt; das eigene Vermögen aus dem er hier zahlen muß, ist nicht das Collationsobject (vgl. Zimmermann, S. 411).

24) Auf die im Text angenommene Unterscheidung einer dem Stamme oder der Person obliegenden Collation scheint uns Windscheid a. a. D. Anm. 20 die Frage nach der Collation im fremden Namen richtig gestellt zu haben. Denn der Grund, aus welchem c. 5 C. Th. legit. her. 5, 1 a. 396 Entel die dos ihrer vorverstorbenen Mutter mit ihren Onkeln theilen müssen, wenn sie mit diesen an der Erbschaft ihres mütterlichen Großvaters theilnehmen wollen — der Umstand nämlich, daß die Berufung solcher Entel neben solchen Onkeln neuesten Datums war (c. 4 C. Th. eod. a. 389 — I. 9 C. J. suis et legit. 6, 55), nur gegen Abgabe einer Terz platzgriff (c. 4 cit.), also wie mit außerordentlicher Verkürzung nur mit außerordentlicher Belastung stattfinden sollte (meine Pand. It. Auf. S. 727 unten u. 19.) — oder die Vorstellung, daß solche Entel mir anstatt ihrer Mutter erben, so denn auch anstatt dieser (im eigenen Namen nicht) conferiren sollen — dieser auch noch in I. 19 C. b. b. sicut wirkende Grund besteht seit der das agnatische Vorrecht antiquirenden, Entel jedweder Abkunft zwar stammesweise, allein in eigenem Namen und unverkürzt neben was immer für Onkeln und Tanten berufenden Novelle 118 nicht mehr und mit ihm muß jo sicher als die Terz auch diese stellvertretende Collation wegfallen sein (meine Pand. a. a. D. Windscheid a. a. D. Anm. 20 — wogegen Leist S. 387. 77, (welcher mir Anm. 98 die allerdings „abnorme“ Behauptung unterlegt, daß seit Nov. 118 die Entel überhaupt (auch suo nomine) nichts zu conferiren haben, während ich nur die stellvertretende C. für antiquirt gehalten habe) und alle Anderen, indem sie die stellvertretende C. auf Grund der I. 19 cit. festhalten, und zum Theil auf alle in locum parentis succedirende Entel sc. ausdehnem (z. B. Fein §. 60 Arndts P. §. 528 a. E. Seuffert P. §. 587 zu Anm. 4. Zimmermann a. a. D. §. 5). Indessen kann die alte stellvertretende C. antiquirt, eine neue an deren Stelle getreten sein. Daß dem wirklich so sei, glauben wir aus der alten Emancipirten-

Den Theilungsmaßstab bilden auch für das Conferendum die Erbportionen. „Die conferenda werden nämlich wie der eigentliche Nachlaß vertheilt, so daß alle Erben pro hereditaria portione daran theilnehmen“²⁵⁾, mit Ausnahme der armen Wittwe (§. 410 Anm. 5), und, bei testamentarischer Erbsfolge, der nicht intestaterbberechtigten Erben²⁶⁾, welche ihrerseits an dem Conferendum keinen Theil haben, während dieses unter die übrigen Miterben so zu vertheilen ist, als ob sie die alleinigen Erben wären²⁷⁾ — und der simplex donatio, welche nur denjenigen Miterben einzubringen ist, welche ihrerseits eine dos etc. einwerfen müssen und keine einfache Schenkung empfangen haben²⁸⁾.

§. 411.

Art und Weise der Collation anlangend bestand diese nach Maßgabe des Edictes bei der alten collatio emancipatorum in einer cautio¹⁾, und zwar satisdatio²⁾, nach

Collation (l. 2 pr. D. h. t. 37, 6. Windscheid a. a. D.) allerdings nicht ableiten zu können (Leist S. 396); dagegen mag der Stamm, um eben deswegen weil er für das Intestaterbrecht der Descendenten maßgebend ist, ein gleiches für die Collation sein: so daß ein jedes Kind sowohl was es selbst als was sein vorverstorbener parens von dem gemeinschaftlichen Erblasser empfangen, einwerfen muß; denn diese neue stellvertretende C. (bereits in l. 19 cit. infolge der l. 17 C. h. t. auf profecticischen Boremfang eingeschränkt, hinwider auf alle cognatiischen Enkel des Erblassers auf der einen, und jedwede Art von Onkeln u. Tanten auf der anderen Seite ausgedehnt) gilt den agnatiischen Enkeln nicht minder als den cognatiischen, und zwar in den Enkeln sowohl als gegenüber von Onkeln und Tanten; unser Prinzipie (Anm. 14) gemäß endlich ohne Rücksicht auf gegenwärtiges Haben (s. dag. Windscheid a. a. D. Seuffert §. 587. Arndts P. §. 530) und da der Stamm „Träger der Collation“ ist, ohne Rücksicht auf Beerbung des ausgefallenen parens. Hiemit treffen wir denn auch durchweg mit der über die stellvertretende C. in der Doctrin u. Praxis vor Hein herissenden Ansicht zusammen (Hein §. 61. Zimmermann a. a. D. §. 5. Kohler §. 7).

25) Hein, S. 281, 4.

26) Windscheid §. 610 Anm. 7. 8 u. die das. Agff.

27) so daß der Collationspflichtige nicht etwa den auf die arme Wittwe re. ausfallenden Theil für sich behalten darf — Hein S. 282.

28) Hein S. 282, b §. 43.

1) l. 1 pr. D. h. t. 37, 6 Jubet . . Praetor ita fieri collationem ut recte caveatur — cf. l. 20 §. 1 D. b. p. c. t. 37, 4 — caveri de collatione ab emancipato jubet.

2) l. 1 §. 9 eod. — caveri de coll. — Paul. R. S. V, 9 §. 14 — caveri cum satisdatione debebunt — die jedoch auch durch Pfänder erfügt werden kann; l. 1 §. 9 cit.

der Rechtsanwendung aber auch in wirklicher Einbringung der bona (Realcollation) ³); nur daß mit letzterer dem Edicte nicht schlechthin genügt, vielmehr immer noch zu caviren war, wenn der Umfang des einzubringenden Gutes im Ungewissen oder streitig war ⁴). Auch durch „Nachlaß“ des Einzubringenden am Erbtheil d. i. durch Gestattung der Anrechnung auf den Erbtheil (s. g. fingirte Collation) konnte dem Edicte genügt sein, gerade so wie durch Ueberlassung irgend welcher Sachen an Collations Statt ⁵); allein während letztere nur mit Zustimmung des Collationsberechtigten denkbar ist, war ersterer ohne diese möglich, und allem Anscheine nach auch zulässig ⁶). Die im Bordergrunde dieser Collation gestandene cautio war eine cautio de collatione (Anm. 1) oder collationis stipulatio ⁷), die stipulatio mithin auf Realcollation gerichtet ⁸). Obwohl

3) I. 1 §. 11 eod. Quamvis autem Edictum Praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem, Pomponius . . . scripsit: Aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est —

4) I. cit.

5) I. 1 §. 12 eod.

6) Dies bestreitet Fein, entgegen der gewöhnlichen Auslegung von I. 1 §. 12 cit., und zwar deswegen weil 1) in jenem Nachlaß eine wider Willen des Miterben unmögliche Uebertragung vom Emancipirten ererbter Sachen und Rechte begriffen — 2) von diesem Nachlaß „idem“ was von Hingabe anderer Sachen an Collationsstatt gesagt sei, während doch letzteres so wenig als datio in solutum wider Willen des Empfängers möglich ist. Allein ad 1. ist wohl denkbar, daß wenn der Miterbe den „Nachlaß“ nicht wollte, die bloße Bereitschaft zu demselben ebenso genügte wie die zur Caution (Ulp. fragm. 28, 4); ad 2. gilt von dem Nachlaß auch dasselbe was von der wirklichen Realcollation (sed etsi), und diese setzt keine Genehmigung des Miterben voraus. — Beiden fingirten Collationen, der durch Nachlaß (Anrechnung) u. der durch Erfaß (des Collationsobjectes durch andere Sachen) gemeinsam ist, daß durch diese wie jene dem Edicte genügt sein, d. i. die Ausantwortung des Erbtheils an den Collationspflichtigen nicht mehr verweigert werden kann; darum hier und dort idem; insoweit für beide „sed etsi“ im Nachgang zur wirklichen Realcollation; daß sie sich nebstdem untereinander unterscheiden, indem der Nachlaß ohne den Willen des Miterben durchsetzbar ist, der Erfaß nicht, ist nicht ausgeschlossen. Mit Fein geht Leist S. 226 oben.

7) I. 5 §. 1 D. h. t.

8) arg. I. 5 §. 1 cit. — tunc committitur cum interpellatus cum aliquo spatio quo conferre potuit, non facit. Daß dieses conferre Naturaleinverfung war, möchten wir eher als aus dem Wesen der bona (Fein §. 21) aus dem Gegensätze schließen, in welchen sofortige bonorum confusio, divisio zu der cautio gesetzt wird (z. B. I. 1 §. 11 D. h. t. 37, 6. Paul. R. S. V. 9, §. 4). Als die verba in denen der Praetor

den praetorischen Stipulationen zugehörig⁹⁾), war diese Cautio doch durch keine eigene Klage, sondern nur indirect erzwingbar: durch Denegation vor allem der bonorum possessio selbst, wenn die Collation schon bei deren petitio in Frage kam (§. 410 Anm. 1), durch Denegation von Actionen, wenn der Emancipirte ohne Caution b. p. erlangt hatte und ohne dem nunmehrigen Verlangen nach Caution zu entsprechen oder diese durch genügende Realcollation zu ersezzen¹⁰⁾ den Besitz seines Erbtheils oder Theilung begehrte¹¹⁾, oder hereditarias actiones anstellen wollte¹²⁾, — von Exceptionen, wenn hereditatis petitio gegen ihn angestellt ward¹³⁾. Familiae h. actionem kann und muß er sich gefallen lassen; die Miterben konnten gelegentlich dieser Klage einen jussus judicis auf Collation, es sei nun durch Caution oder Realcollation, erzielen¹⁴⁾. Die Denegation der Actionen und Exceptionen war selbst im Falle der Contumacia keine definitive¹⁵⁾, das Schicksal der ihm versagten actiones hereditariae und seiner possessio

viri boni arbitratu zu conferire befahl (l. 2 §. 2 D. h. t.), und als das Edict, dem er jene Clausel einfügte (l. 5 §. 1 eod.), ist die Stipulationsformel zu denken. (Vgl. dazu Rudorff, Ed. perp. §. 148 und Lenel, das Ed. perp. § 144). Muß dieser Clusel seitst sich die b. f. Natur der stipulirten Collationspflicht, insonderheit daß spatiun in l. 5 §. 1 cit., das ipso jure tutus erit sowie die conductio in l. 3 §. 5 eod. ab (Fein §. 21); ob auch die Zinsen in l. 5 §. 1 in f.? (Fein a. a. D. Anm. 201. S. aber den selben §. 22). Die condemnatio quanta ea res erit (die gleichfalls schon in der Stipulationsformel vorgebildet sein konnte) l. 3 §. 3 cf. §. 2 eod.

9) arg. die Aufschrift zu Paul. R. S. V, 9 §. 4 außer der edictalen Vorschrift selbst.

10) Anm. 3—6, insb. l. 1 §. 13 D. h. t. cf. — ut possit supplicare cautionem vel collatione vel ceteris modis quibus supra (§. 12) diximus.

11) l. 16 C. h. t. — non conferentem dotem, f. h. j. nihil posse consequi — arg l. 3 pr. in f. D. h. t.

12) s. die denegatio actionum in l. 1 §. 10 §. 13 l. 2 §. 8 eod. Fein S. 106.

13) vgl. Fein S. 166 zu Anm. 253.

14) ll. C. mit Utrecht verneint Fein S. 166 Anm. 254 diese Verwendung der fam. h. a. S. oben §. 407 Anm. 57.

15) l. 1 §. 10 D. h. t. — oblata postea cautione recipit pristinum jus —

aber ein verschiedenes, je nachdem er per contumaciam oder inopiam nicht cavitte (weder Bürgen noch Pfand bestellte) ¹⁶⁾.

Daß das Edict die collatio emancipatorum durch Caution zu bewirken befahl, erläßt sich daraus, daß die Realcollation, insonderheit die wirkliche im Gegensätze zu der s. g. füngirten durch Unrechnung, bei den verschiedenen Anlässen da Collation begehrt wurde (b. possessionis petitio, interd. quorum bonorum, hereditatis petitio utilis, familiae h. actio) bald nicht sofort, bald nicht vollständig oder in gewissem Umfange möglich, und aber hinterher ohne vorgängige Stipulation nicht flagbar ¹⁷⁾ war.

Die Realisirung der alten dotis collatio wird sich da, wo die Ehe beim Tode des Vaters bereits gelöst, die dos aber noch nicht restituit und also lediglich der Tochter zuständig war ¹⁸⁾, nach den für die Realisirung der collatio emancipatorum aufgestellten Sätzen gerichtet haben ¹⁹⁾. Dasselbe nimmt man in neuerer Zeit für den Fall der (alten) dotis collatio bei währender Ehe an; nur daß man als Gegenstand der Stipulation (Verbalcollation) nicht schlechthin die dos, sondern die actio de dote oder das Rückforderungsrecht (nomen) hinstellt ²⁰⁾. Allein innerlich und äußerlich besser begründet ist die ältere Lehre ²¹⁾, daß diesfalls der Werth der dos conferirt d. i. auf den Erbtheil des Collationspflichtigen angerechnet

16) Ersterenfalls sofortige Besitz- (und Actionen-) Uebertragung auf die sui: arg. I. 2 §. 9 D. h. t.; letzterenfalls einiger Aufschub dieser Uebertragung mit Ausnahme der dringenden Klagen (I. 2 §. 9 cit.), die Uebertragung überall nur gegen Caution zu Gunsten des Emancipirten für den Fall daß er später conferirt, und in Ermangelung dieser Caution Uebertragung auf einen Sequester: I. 5 §. 1 D. ut legat. 36, 3 I. 1 §. 10 D. h. t. Vgl. Fein §. 26. Köhler, a. a. D. S. 135 §. 3.

17) so denn ohne Stipulation weder Interpellation noch mora möglich war (I. 88 D. r. j. 50, 17. Fein S. 112). Erst Stipulation macht sie flagbar; vgl. Köhler a. a. D. S. 140.

18) I. 31 §. 2 D. sol. matr. 24, 3 I. unic. §. 14 D. rei un. act. 5, 13.

19) Einen solchen Fall hat I. 5 §. 1 D. h. t. 37, 7 vor Augen. Da sie von mora spricht, muß die stipulatio collationis vorausgegangen und das „conferre“ von Realec. zu verstehen sein.

20) Fein §. 35 und nach ihm Leist S. 234, 47. Dagegen Köhler §. 5.

21) so namentlich noch die von Francke, civ. Abh. S. 190 u. vgl. Fein S. 170.

werden mußte²²⁾, wonach eine Caution nurmehr unter besonderen Umständen — wenn der Umfang oder der Werth der dos nicht sofort festgestellt werden konnte — Bedürfnis blieb. Escheint die dos dadurch daß ihre Rückforderung fällig, der Mann (oder sein Erbe) aber insolvent ist, factisch verringert, so hat die Tochter tatsächlich eine geringere dos und kommt

22) innerlich besser begründet, weil die Fein'sche Lehre davon ausgeht, daß das Totaleigenthum der Frau in einem bald bedingten (!) bald unbedingten, überall künftigen (!) Forderungsrecht besthe (§. 150 fg.), während dasselbe u. E. ein präsentes, und keineswegs blos in der etwaigen rei uxoriae actio beruhendes ist (§. 409 Anm. 6 und bezüglich der Eigenthumsäußerungen meine Pand. 1. Aufl. § 266. Kohler, ges. Abhh. I. Coll. §. 4). Die Collation dieses Eigenthums auf Cessio der Rückforderungsfrage oder auf Restitution ihres dereinstigen Resultates ausmüinden zu lassen, wäre für die Collationsberechtigten von problematischem Werthe gewesen, da dieses Rückforderungsrecht nicht etwa blos easu ost ausfiel, der Mann „lucrirt“, während die Tochter dadurch daß sie (vermittelt der dos) verheiratet, „verjügt“ war, gegenwärtig bereichert erscheinen mußte; — äußerlich besser begründet, weil abgesehen von dem singulären Falle der Novelle 97, c. 6, da die dos wegen Verarmung des Mannes und ohne Schuld der (minorennen oder in väterlicher Gewalt gewesenen) Frau uneinbringlich ist, alle Stellen von Collation der dos, aber keine von Collation der dotis actio redet, der angebliche Sprachgebrauch daß dotis collatio = collatio actionis de dote sei (Fein §. 37. 1) nicht bezeugt ist, — die l. 20 pr. D. fam. h. 10, 2 zwar Einbringung der künftig etwa zurück erhaltenen dos cavire läßt, es aber zugleich als ein Versehen der Miterben bezeichnet, daß sie sich dergehalt conferiren ließen, und als Aufgabe des Theilungsrichters, auch jetzt noch dafür zu sorgen, daß abgesehen davon, ob die dos dereinst zurückfalle oder nicht (si constante matrimonio ipsa diem subierit), die dos eingeworfen werde (anders Fein §. 179, 2) — und endlich auch die Folgerungen von Fein §. 166 Anm. 78 (woselbst in Gemäßheit der Worte aut certe cavere etc. nur die mildere Ansicht auf Cavirung des dereinstigen Empfangs, die strengere auf sofortige Praestation der Schenkung d. i. der dos ging) und §. 2 eod. (wo der Vater ohne weiteres nur cavirt, und zwar den etwaigen künftigen Empfang cavirt, allein nicht trotzdem die dos ihm gegenwärtig gehört, sondern weil sie ihm noch nicht gehört, umso mehr aus l. 1 §. 1 D. h. t. (§. 167 oben) nicht begründet sind, — wogegen die Werthanrechnung bei währender Ehe nicht etwa erst in Nov. 97 c. 6, sondern nach ungezwungener Auslegung bereits in l. 5 C. h. t. a. 240 ihre sichere Stütze findet, und das Rescript, wornach die vom Vater erst promittirte dos zu den Erbtheilen der Mitterben von der Tochter übernommen, mithin in Gestalt einer sofortigen und definitiven Belastung derselben conferirt werden muß, vielmehr eine Probe für die Nichtigkeit der älteren Ansicht, als eine Ausnahme von der neueren Regel bildet (s. dagegen Fein §. 181. §. 182). Zur mehrfachen Probe dient auch l. 1 §. 6 D. h. t., wo nicht carirt, sondern „computirt“ wird, und wonach weil divortio factio nur computirt wird, quod maritus facere potest, manente matrimonio der ganze Betrag der dos in Ansatz kommt (vgl. Anm. 23).

diese auch nur bis zu dem Maße ihrer Einbringlichkeit (quod facere potest) in Anrechnung²³⁾.

Was von der Art und Weise der alten dotis collatio bei währender Ehe, das muß für den gleichen Fall auch nach heutigem Rechte (Nov. 97 c. 6), nach diesem auch für die Widerlage gelten. Im übrigen ist Anrechnung als das gewöhnliche, Collation in Natur aber dann, wenn der Collationspflichtige dergestalt conferiren will, und so vollständig als er empfangen conferiren kann, als zulässig zu denken (§. 410 Anm. 22). Naturgemäß tritt die Caution, welche schon bei der alten dotis collatio nicht mehr principale Collationsweise war, im heutigen Rechte als ein bloßes Mittel zur etwa nothwendigen Ergänzung der Collation durch Anrechnung oder Naturaleinwerfung in den Hintergrund. Wer trotzdem er angetreten weder in natura, noch durch Abrechnung conferiren will, wird, wie auch schon nach r. Rechte, seines Erbtheils verlustig²⁴⁾.

5. Die Vermächtnisse.

a. Begriff.

§. 412.

Vermächtniß im activen Sinne des Wortes ist nach römischem R. eine auf Grund¹⁾ und Kosten²⁾ der Erbschaft

23) I. 1 §. 6 D. h. t. vgl. Anm. 22 a. E.

24) vgl. Köhler §. 9 a. E. u. die dort Agff.

1) Auf Grund der Erbschaft ist das V. auch dann errichtet, wenn es mit dieser auf den Fiscus (I. 14 D. j. f. 49, 14) oder einen Universalfideicommissar (I. 2 C. ad SC. Treb. 6, 29 l. 2 D. eod. 36, 1) übergeht. Es ist auf Grund der Erbschaft errichtet, wenn es gleich nicht auf Grund der Erbsfolge, sondern erst einer anderen Universalsuccession wirksam wird. Nach Absicht des Gebers soll es auf Grund der Erbschaft als Erbsfolge zu Stande kommen; dem möglichen Erfolge nach bleibt es nur auf der Erbschaft als Nachlaß liegen und kommt es durch eine andere Universalsuccession zu Kraft. Aber anders als eine Auflage auf dem Nachlaß und mittelst Universalsuccession kommt kein V. zu Stande. Ohne Universalsuccession, etwa noch hereditate jacente, wird kein V. wirksam. Daß das V. ohne Universalsuccession unmöglich, und, abgesehen vom Universalfideicommissar, selbst Singularerwerb ist, dürfte den Satz daß das „Vermögen als Ganzes“ und „das ganze Vermögen“ verschiedene Begriffe sind (Windisch-scheid §. 533 Anm. 1), nicht bewähren. Man kann per universitatem (d. h. in Einem) in das ganze Vermögen mit Ausnahme einzelner Sachen (den vermachten nämlich) — oder aber so succediren, daß von dem Universalerwerb durch V. erst später etwelsche Sachen abgehen

2) Das V. ist nicht blos „onus hereditarium“ (Briss. V. S. sub h. v.), sondern auch „delibatio hereditatis (qua testator ex eo quod

ihrer Intention nach Schenkungsweise³⁾ durch letzwillige⁴⁾ und einseitige⁵⁾ Willenserklärung erfolgende Vermögenszuwendung.

universum heredis foret, alicui quid collatum velit)“ l. 116 D. leg. I., — eine solche unmittelbar, wenn Erben, mittelbar, wenn Legatare und überhaupt mortis causa capientes oneriunt werden; denn jede mortis causa capio geht an sich, insoffern auch das was darauf gelegt wird, von der Erbschaft ab; so namentlich auch die (erst mit dem Tode des Schenkens fertige und nur wenn die Erbschaft solvent ist wirksame — Ann. 5) mortis causa donatio (gegen Douellus, comm. de j. c. lib. VIII c. 1 §. 6 und Puchta, Vorl. §. 452), und selbst was man conditionis implendae gratia bekommt; denn dieses letztere verfügt den der eine Erbschaft oder ein Vermächtnis bekommen soll, also die Erbschaft selbst oder eine Verkürzung der Erbschaft. Folgerecht soll vermächtnisweise Niemand mit mehr belastet werden können, als er aus oder mittelst der Erbschaft bekommt (l. 1 §. 17 D. ad SC. Treb. 36, 1), überhaupt Niemand dadurch daß er ein Vermächtnis erwirkt, zu Schaden kommen (l. 70 §. 1 D. leg. II. ab init. l. 32 D. mand. 17, 1 z. B. l. 70 §. 1 D. leg. II. ab inst.); fäme es doch zu solchem, so wäre der Schade ein solcher, daß Legatar sich anständigerweise nicht über ihn belästern kann, oder seine Schuld, oder Gegenstand des Vermächtnisses wäre die Erbschaft selbst, ein Ding das, aleatorisch, Gewinn wie Verlust bringen kann (vgl. Ann. 3 a. E.; §. 416 Ann. 4. E. A. Seuffert zu Seuffert's Pand. §. 644 Ann. 4). Unger, österr. Erbr. 2. Aufl. §. 55 Ann. 5.

3) §. 1 J. leg. 2, 20 L. . . est donatio quaedam (a defuncto reicta). l. 36 D. leg. II L. est donatio (testamento reicta). Der animus donandi bewährt sich in der ursprünglichen Unstathäftigkeit der poenae causa reicta (D. de his quae poenae causa relinquntur 34, 6 §. ult. J. eod.) sowie der captiorischen Vermächtnisse (l. 64 D. leg. I), und erleidet dadurch, daß der Nächsthonorar häufig blos als Mittelperson für Weiterbegebung an einen Dritten erscheint, und in eigener Person von dem B. keinen Vortheil hat (s. die bei Windscheid §. 623 Ann. 5 citt. l. 4 D. q. m. usfr. 7, 4 l. 9 pr. D. usfr. quemadm. 7, 9 l. 29 D. usufr. 33, 2 l. 88 §. 13 D. leg. II. l. 20 §. 1 D. bon. lib. 38, 2 l. 7 l. 48 D. fide. lib. 40, 5) keinen Abbruch; denn hier müssen beide Verfügungen — wie ein zusammengefügtes Geschäft — als Ein Ganzes betrachtet werden (S. dagegen Hartmann über Begriff u. Natur der B. 1872 S. 11 S. 25, der das B. als eine zu beliebigen Zwecken verwendbare Rechtsform nennt — und Windscheid a. a. O.). Auch daß das Universalvermächtnis zum Schaden des Honorarient auszuschlagen kann (Ann. 2 a. E.), schließt den Schenkungsbegriff nicht aus; wie dem Testamentserben ist einem solchen B. nehmer wenigstens die Möglichkeit eines Gewinnes (spes) zugedacht. Der mögliche Mißerfolg schließt die Intention der Schenkung nicht aus.

4) §. 1 J. eit. — a defuncto reicta — l. 36 eit. — testamento reicta. Niemals bricht der Tag des B.'s vor dem Tode des Erblassers, niemals anders als für den überlebenden Legatar an (§. 426).

5) hierin ein Unterschied von der m. c. donatio, welche auf einem Geschäft mit dem Donator beruht, inter vivos errichtet, hinwider aber gleich dem B. nur durch den Tod und in der Person eines überlebenden perfekt wird; auch lastete die m. c. d. gleich dem B. insoffern auf der Erbschaft, als auch sie nur deducto aere alieno gilt (l. 17 cf. l. 42 §. 1 D. m. c. d. 39, 6), während ihre Perfection, Solvenz der Erbschaft vorausgesetzt, zum

Was der hiemit Bedachte empfängt, heißt Vermächtniß im passiven Sinne. Nach heutigem Rechte gibt es auch vertragsmäßige Vermächtnisse (§. 417).

b. Gegenstand.

§. 413.

Was man im weitesten Sinne des Wortes geben, und alles wozu man, sich oder Andere, obligiren kann, kann man auch vermachen¹⁾. Also nicht blos körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen²⁾, nicht blos Sachen, sondern auch ein Thun und Lassen³⁾, von Sachen nicht blos Species, sondern auch Quantitäten⁴⁾, letztere nicht blos kapital-, sondern auch renten- und ratenweise⁵⁾, Species nicht blos speciell, sondern auch in genere⁶⁾ oder zur Wahl⁷⁾, oder alternativ⁸⁾; endlich nicht blos einzelne Sachen, Quantitäten und Rechte, sondern

Unterschiede von dem B. sofort mit dem Tode des Schenkens, auch hereditate jacente, plazgreift.

1) entsprechend den alten Grundformen des Legates do lego, und dare facere damnas esto —

2) §. 21 J. h. t. 2, 20 l. 41 pr. D. leg. I. — corpora legari omnia, et jura, et servitutes possunt. D. de usu, et usufr. (et redditu), et habitatione et operis per legatum vel fc. relictis 33, 2 D. de servitute legata 33, 3 — injondertheit auch libertas (Ulp. II, 7 sqq. §. 2 J. sing. reb. per fc. rel. 2, 24 heutzutage noch liberatio (D. de liberatione legata 34, 3 — nicht blos von Forderungen, sondern von jedweder Art von Ansprüchen: l. 30 eod.; ferner von Servituten, überhaupt jura in re z. B. l. 86 §. 4 D. leg. I und rei obligatio: l. I §. 1 D. lib. leg. 34, 3), und gewisse Licenzen: z. B. l. 39 §. 4 D. leg. I — licere lapidem caedere — l. 14 C. h. t. 6, 37 — jus mortuum inferre —

3) z. B. l. 6 §. 2 D. de auro, arg. leg. 34, 2 l. 49 §. 4 l. ult. §. 5 D. leg. II §. 21 J. h. t. — damnas esto domum illius reficere — illum aere alieno liberare —; l. 24 D. leg. III.

4) D. de tritico, vino, vel oleo legato 33, 6.

5) D. de annuis legatis et fc. 33, 1 D. de . . . redditu rel. 33, 2 D. de ali mentis vel cibariis legatis 34, 1.

6) §. 22 J. h. t.

7) §. 23 eod. D. de optione vel electione legata 33, 5.

8) l. 19 eod. l. 4 C. v. s. 6, 38.

auch Sachencomplexe⁹⁾ und ganze Vermögen, letztere schlechthin¹⁰⁾ oder zum Missbrauch¹¹⁾.

So weit im Allgemeinen das was Gegenstand eines B.'s sein kann. Eine hievon verschiedene Frage ist die was Gegenstand eines jeweiligen Vermächtnisses sei. In ersterer Richtung hängt der Gegenstand der Vermächtnisse vom Rechte obj. S., dem s. g. allgemeinen Willen, in der letzteren vom Willen des Erblassers ab. Doch mischt sich auch in den Gegenstand dieser letzteren Richtung das Recht obj. Sinnes, indem die häufige Zweideutigkeit der Verfügungen eine zumeist der Jurisprudenz zu verdankende Usualinterpretation als Feststellung, theils des Wortsinnes (*verborum significatio*¹²⁾), theils der Absicht gewisser Verfügungen überhaupt (*voluntatis quaestio*)¹³⁾ nothwendig gemacht hat.

In Betreff dessen was vermachts werden kann, hat das Recht¹⁴⁾ dem Willen des Erblassers wie geschen den größten Spielraum gelassen; doch fehlt es auch auf diesem Gebiete weder an Singulargesetzen, noch an *jure communi* begründeten Einschränkungen. Beiderlei Einschränkungen dessen was vermachts werden kann, und dann die Usualinterpretationen was überall vermachts sei, verlangen eine gesonderte Darstellung (§. 414; §. 415).

Von der Frage was vermachts sei, läßt sich die Frage ob vermachts sei in allen denjenigen Fällen, in welchen dieselbe eine Willensfrage ist, nicht trennen. Freilich führt sie mitunter zu der Antwort daß nichts vermachts sei.

9) D. de dote praelegata 32, 4. de instructo vel instrumento legato D. 33, 7. D. de penu legata 33, 9. D. de supplectile legata 33, 10. D. de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis 34, 2.

10) D. peculio legato 33, 8; Ulp. XXIV, 25 — universarum rerum summa z. B. dimidia pars bonorum („partitio“) cf. Gaj. 2, 254; J. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23.

11) l. ult. D. usu et usufri. 33, 2. Bd. 1 §. 194, e.

12) Nicht umsonst befindet sich der Titel de *verborum significatione* im Codex unmittelbar hinter dem de *legatis* (6, 37, 38).

13) Der Fundamentalsatz aller Auslegung findet sich in l. 25 §. 1 D. legat. III, der Titel de *rebus dubiis* und der de *conditionibus et demonstrationibus* inmitte des Vermächtnisrechtes D. 34, 5; 35, 1.

14) entsprechend der grundrechtlichen XII Tafelbestimmung „uti legasset super pecunia tutelave sua rei, ita jus esto“ (Ulp. XI, 14) —

§. 414.

Jure communi, und zwar so daß der Erblasser verhüntigerweise nicht anders wollen kann (*naturali ratione*), versteht sich,

1. daß Sachen, die dem Verkehr entzogen sind, auch nicht vermachts werden können¹⁾; weil dem Verkehr, sind sie auch der Schätzung entzogen, darum wenn gleichwohl vermachts, nicht etwa dem Werthe nach geltig²⁾. Nicht extra commercium ist, woran der Onerirte oder der Honorirte kein commercium hat; daran ist Schätzung, ersterenfalls auch Vermächtnis möglich³⁾. Verschieden von der

1) — quoniam dari non potest. Ulp. XXIV, 8 §. 4 J. h. t. 2, 20 l. 14 C. 6, 37 — mit Ausdehnung auf das patrimonium Caesaris: l. 39 §§. 8 u. 10 D. I. I.

2) l. 39 §. 10 cit. — nec aestimatio eorum debet praestari, quoniam comm. eorum . . . non sit — cf. §. 4 J. cit. Ausnahmen auf Grund des jus postliminii: l. 9 l. 98 D. leg. I. wohin wohl auch das aliquo casu emi posse in l. 104 § 2 eod. zielt, während der ab hostibus redemptus nicht mehr unter dem jus postliminii stand, allem Anschein nach aber nur sich selbst vermachts werden konnte: l. 43 §. 3 D. leg. I.

3) Das B. ist nicht unmöglich, wenn das commercium nur dem Onerirten fehlt: es ist nicht unmöglich, wenn die Sache „in bonis testatoris fuerit“ (l. 49 §. 3 D. leg. II); denn quaedam quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt . . . ad heredem (ut) res eius . . . commercium non habet — (l. 62 D. a. v. d. 41, 1 — zu den Schlüsselworten etsi legari non possit „heredi“ zu denken sein wird; l. dagegen Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 46 S. 102); als Erbe wird er gleichwohl Eigentümer (tamen heres dominus ejus efficitur) und leistungsfähig; — das B. ist aber auch nicht unmöglich, wenn die Sache eine fremde ist: es kann ihr Werth praestirt werden. Daß hier der Onerirte (wenn nicht in der Meinung, sie sei eine eigene, eine fremde Sache vermachts war — l. §. 415, 1) in der That entweder in ipsam rem oder in aestimationem ejus obligirt sei (l. 49 §. 3 cit.), ward nicht ohne weiteres Proculus putat . . . quod verius est), und u. E. bereits mittelst voluntatis quaestio und durch Usualinterpretation (etwa weil dem Disponenten mehr daran gelegen sei, daß der Legatar bekomme, als wie der Onerirte praestire) festgestellt. Auch das B. einer Sache, deren commercium nur dem Legatar fehlt, ist an und für sich nicht unmöglich, da es der Schätzung zugänglich ist und zu deren Belang praestirt werden könnte; allein es wurde, wiewohl nicht ohne Widerspruch, für ungültig erklärt (l. 49 §. 2 D. legat. II. Paulus), u. E. aber aus irgend einem anderen Grunde als aus dem der voluntatis quaestio (merito falsum esse konnte man bei einer Willenserforschung nicht sagen), vielleicht aus dem, weil das Titio do., oder Titio dare damnas esto gegenüber einer Sache, deren commercium dem T. fehlte, so unmöglich war wie das rem meam mihi dari, u. einmal unmöglich, so wenig einem Umsatz in Geld ertrug, als dieses. Darin läge vielleicht ein Beitrag zur Lösung des vielverhandelten Conflictes der l. 49 §. 2 cit. mit l. 40 D. legat. I. (Ulp.) wo das zweite

rechtlichen ist die natürliche Unfähigkeit oder die in factischen Umständen beruhende Unmöglichkeit, eine Sache zu besitzen oder zu gießen⁴⁾; derartige Unfähigkeiten oder Unmöglichkeiten machen das B. nicht ungültig, wenn sie gleich in der Person des Legatars stattfinden⁵⁾; —

2. daß Sachen, die dem zu Bedenkenden bereits gehören, gleichfalls nicht vermacht werden können⁶⁾, und wenn gleichwohl vermacht, nicht etwa dadurch nachträglich als wirksam vermacht erscheinen, daß der Bedachte noch vor dem Tode das Eigenthum aufgibt oder verliert⁷⁾. Doch gilt dies nur für unbedingte Vermächtnisse⁸⁾, und auch nur für den Fall daß der Erblässer kein Recht an der Sache hatte, (von dem er die

Vermächtniß ein (auf sein dare gestelltes) Fideicommiss, übrigens der des commercium baare „legatarius“ zugleich onerirt und als Onerirter trotz mangelnden comm. praestationsshuldig ist (I. 49 §. 3 cit). Eine ausführliche Erörterung der scheinbaren Antinomie und Kritik der verschiedenen Lösungsversuche, sowie die in das Fahrwasser der I. 40 cit. einmündenden neueren Gegebenheiten, s. bei Arndts, a. a. D. S. 100–120. Vgl. übrigens zu der ganzen Materie I. 34 D. v. o. 45, 1 Ulp.

4) — quod ipse quidem propter corporis sui vitium vel propter qualitatem relieti vel etiam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit — I. 114 §. 5 D. legat. I. Zu der qualitas relieti vgl. die von Arndts S. 103 Anm. 6 u. 7 angezogenen Titel des Codex si servus exportandus veneat 4, 55 und quae res exportari non debeant 4, 41.

5) I. 114 §. 5 cit. — quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet — zum Theil wohl deswegen, weil ein solcher Legat nicht doppelt geschlagen sein solle. — Die militia und tessera frumentaria in I. 11 §. 6 D. leg. III. I. 49 §. 1 D. leg. II gehören, weil vornherein als Geld betrachtet (Arndts, S. 104), nicht hieher.

6) §. 10 J. h. t. — quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest — I. 13 C. h. t. 6, 37 Proprias res tuas legari vel fideicommitti tibi non potuisse certum est.

7) §. 10 J. cit. — et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa, nec aestimatio ejus. Denn die Möglichkeit eines Geschäftes benötigt sich nach dem Momenten seiner Errichtung (vgl. I. 26 D. stip. serv. 45, 3 ex praesenti vires accipit stipulatio — und einstweilen in Pand. 11e Aufl. S. 1639; eine Anwendung dieses Grundprinzips auf Vermächtnisse ist die regula Catoniana: Quod, si test. facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandoeunque decesserit, non valere: I. 1 pr. D. de reg. Cat. 34, 7.

8) I. 41 §. 2 — Purum . . legatum Cat. regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet. cf. I. 4 I. 3 D. reg. Cat. 34, 7 I. 97 D. cond 35, 1. So lange noch im ungewissen ist ob überhaupt hinterlassen sei, soll die Frage was hinterlassen sei, noch nicht in Betracht kommen.

Sache entlasten) konnte⁹⁾, oder daß der Bedachte nicht etwa zur Zeit der Vermächtnisferrichtung sein Eigenthum an den Geber aufzulassen schuldig¹⁰⁾, oder er dasselbe nicht durch

9) Sicher können jura in re, die dem Erblässer zustehen, an den Eigenthümer vermacht werden, indem er diejenen ausdrücklich von ihnen befreit (§. 413 Anm. 2); sie gelten aber auch dann als vermacht, wenn er von ihnen nicht spricht, sich vielmehr so ausdrückt, als ob er die Sache selbst vermacht haben wollte. So namentlich das Vermächtniß einer Emphyteuse (ager vectigalis) an den Grundeigenthümer I. 71 §. 5 D. legat. I. — quia aliquod jus in eo is qui legavit (fundum), habet — nicht weil er aliquod jus legavit — u. dazu Arndts S. 234 Anm. 45 gegen meine Pand. 1te Aufl. S. 874 u. l. 71 §. 6 eod. In l. 86 §. 4 eod. dagegen ist ausdrücklich superficies vermacht. Freilich fallen diese Entscheidungen wiederum bereits in das Gebiet der voluntatis quaestio (vgl. die voluntatis ratio in l. 76 §. 2 D. leg. II. Arndts S. 243 §. 9 v. unten). Wer die Sache selbst vermacht haben wollte, hat um so mehr das Minus, daß er daran hatte, vermachen wollen (quia aliquod jus in eo habet), weshalb was in Betreff des fundus vectigalis entschieden ist, auch in Betreff des Pfandrechtes (l. 86 pr. D. leg. I?) und aller jura in re gilt, die mit dem Tode des Erblässers nicht erlöschten. Die Ausnahme von Praedialservitutem in l. 66 §. 6 D. leg. II. gehört nicht hierher (§. 415, 5). Dagegen läßt sich dieselbe voluntatis ratio nicht geltend machen für den Fall, daß dem Erben oder dritten Personen Rechte auf die dem Eigenthümer vermachte Sache zustehen, was denn auch von Papinian I. 66 §. 6 cit. in f. klar ausgesprochen ist, wenn er sagt, daß um solcher Dinge willen das an sich richtige Vermächtniß nicht zu Kraft komme. Denn in diesem Falle müßte erst unterschieden werden, ob der Erblässer die Sachlage gekannt hat oder nicht (arg. l. 36 §. 1 D. leg. I — potius quod habere se crederet, quam quod onerare heredes vellet, legasse —) und ist selbst dann noch, wenn er sie gekannt hat, fraglich ob er durch Vermachung „der Sache“ den Erben mit der Ablösung fremder „Rechte“ oneriren wollte und konnte (l. 67 §. 8 D. legat. II — succursum est heredibus, ne cogarentur redimere quod testator suum existimans reliquit —). Allerdings steht hiermit l. 86 pr. cit. so wie sie jetzt lautet in Widerspruch; allein eher als eine Emendation (von propter in praeter) in l. 66 §. 6 möchten wir nunmehr eine allerdings nicht vorsichtig genug ausgesallene Interpolation in l. 86 pr., nämlich eines pignus aus einer fiducia vermuthen. Vgl. übrigens die ausführliche Erörterung dieser Frage und dieses Conflictes bei Arndts S. 234, 3. Er und die Meisten entscheiden im Sinne der l. 86 pr. so wie sie lautet, Windſcheid jedoch nur dann, wenn der Erblässer von dem Rechte Dritter gewußt hat (§. 654 zu Anm. 23). Warum aber hat der Erblässer, wenn er diese Rechte gekannt und (wie wir im Sinne Windſcheids annehmen müssen) vermachen gewollt hat, nicht sie, sondern die Sache vermacht?

10) I. 39 §. 2 D. leg. I spricht nur von dem Falle des Verkaufs der in manchen Beziehungen noch immer schon als solcher (noch vor der Tradition) als Uebereignung gilt und den Käufer zum dominus macht (Bd. 2 S. 695—699 u. 319), so daß das Recht nicht „unvernünftig“ wäre, wenn es unsere Ausnahme auf den Fall des Kaufes beschränkte (§. dagegen Arndts S. 234 Anm. 44 gegen meine Pand. S. 874); allein l. 39 §. 2 cit. gründet ihren Entcheid darauf, daß der Bedachte ex emto actione liberatus ist, damit auf einen Grund, der bei Forderungen des Erblässers

eine noch vor dem Vermächtniß begründete Ursache rückwärts zu verlieren in der Lage war¹¹⁾.

Jure singulari können Sachen, welche Gebäuden einverleibt sind (aedibus juneta) nicht vermacht werden¹²⁾. Recht entscheidet die Zeit der Vermächtnißerrichtung¹³⁾, aber auch hier nur bei unbedingtem B.¹⁴⁾. Modificationen ergeben sich daraus, daß dem Eigentümer mehrerer Gebäude nicht verwehrt ist, Bestandtheile des einen in ein anderes zu versetzen¹⁵⁾, daß der Erblasser selbst die nun vermachten Bestandtheile zu versetzen bereits Anstalt getroffen hat¹⁶⁾, endlich im Interesse öffentlicher Bauten¹⁷⁾. Als einverleibt gilt nur was

auf diese Sache überhaupt eintreten kann, so daß wir unser früheres Bedenken gegen die Verallgemeinerung von I. 39 §. 2 allerdings aufgeben müssen. Damit schließt sich dieser Fall dem vorigen aufs engste an: Wer die Sache selbst vermacht, hat um so mehr seine auf dieselbe gerichtete Forderung (wie sein an derselben bestehendes jus in re) vermachen wollen. Ob er davon wußte oder nicht wird nicht gefragt (s. dagegen Windisch a. a. O. zu Num. 25). Damit muß aber auch hier wie dort gegen die Ausdehnung auf den Fall da die Forderung Dritten zusteht (Arndts S. 233 f. Windisch a. a. O.) Widerspruch eingelegt werden. Arndts räumt damit doch er für diesen letzteren Fall (und nur für ihn) Kenntniß des Erblassers von der Sachlage fordert, ein, daß dieser letztere Fall ein anderer und nicht nach demselben Grunde zu entscheiden ist wie in I. 39 §. 2 eit.

11) Die Quellen sprechen nur von i. i. restitutio: I. 82 §. 1 D. legat. I: allein der innere Grund und analoge Entscheidungen (I. 82 pr. l. 108 §. 5 D. leg. I) rechtfertigen die Behauptung, daß was für i. i. r., auch von der auflösenden Bedingung gelte (Arndts S. 230). Bedenklicher ist die Verallgemeinerung auf alle die Fälle, in denen das Eigenthum durch einen demselben zur Zeit des Vermächtnisses anhaftenden Mangel dem Bedachten „ohne sein Zuthun wieder entgehen kann“ (dies-Dotaleigenthum); denn der Verlust der ex nunc eintritt, ist nicht gleich dem der in die Zeit der B.-Errichtung zurückgreift. Wann auch soll bei den BB. die erst ex nunc geltig werden können der dies legati cedens da sein? muß der Eigentümer den Verlust seines Eigenthums erleben?

12) — quia haec legari non posse Senatus censuit, Aviola et Pansa Consulibus (122 p. Ch. n.): I. 41 §. 1 D. leg. I.

13) I. 41 §. 2 eod. — si quando marmora vel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum convalescat. Et siquidem ab initio non constitut legatum, ex postfacto non convalescat . . . quia vires ab initio legatum non habuit — unter Vergleichung mit dem legatum rei propriae.

14) I. cit. — si sub conditione legetur, poterit legatum valere — unter Anziehung der regula Cat., welche ad conditionalia non pertinet.

15) hieher die erkläruungsbedürftige I. 41 §. 4 in f.; vgl. mit derselben I. 41 §. 3 eod.

16) I. 41 §. 14 eod.

17) trahit kaiserlichen Rescriptes: I. 41 §. 5 eod.

Theil des Gebäudes geworden ist¹⁸⁾; dagegen sind Gebäude jeder Art gemeint¹⁹⁾.

§. 415.

Was, und ob nach dem Willen des Erblassers etwas hinterlassen sei, wird

I. bei Vermächtnissen von Körperlichen Sachen fraglich,

1. wenn fremde Sachen vermacht sind. Daß solche, wenngleich nur mittelbar, d. i. durch Obligirung des Ünerirten zur Verschaffung derselben, vermacht werden können, ergibt sich daraus, daß nicht nur was man geben, sondern auch wozu man obligiren kann, Gegenstand des W's ist¹⁾. Für den Fall nun aber, daß der Erblasser in der Meinung sie seien die einzigen fremde Sachen vermacht hat, ist öfter nichts vermacht; nicht als ob der Erblasser dieselben nicht vermachen gewollt habe, sondern weil es zur rechtlichen Vermuthung wurde, daß er ohne besondere Umstände²⁾ sie nicht vermachen gewollt hätte, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt gewesen wäre³⁾. Die entgegengesetzte Vermuthung gilt, wenn einer Person vermacht ist, von welcher man annehmen kann, daß sie unter allen Umständen bedacht werden wollte⁴⁾; schlechthin

18) l. 43 pr. eod. — quae sunt aedium — Ausführung: l. 41 §§. 9—13.

19) l. 41 §. 8 eod.

1) §. 413 Anm. 1. 2. §. 4 J. h. t. 2, 20.

2) l. 10 C. h. t. 6, 37 a. 228 — nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit —; — l. 67 §. 8 D. leg. II eine Sade des Ünerirten —

3) §. 4 J. h. t. — forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Entscheidend für diese praesumtio juris (et verius est, ipsum qui agit . . probare oportere scisse alienam rem se legare defunctum, non heredem . . ignorasse alienam) war ein Rescript des Pius Ant. §. 4 cit. vgl. l. 67 §. 8 D. legat. II.

4) l. 10 C. cit. Anm. 2. Weiter geht Arndts, welcher S. 156 fgg. gleich Neuner, h. i. ex re certa S. 273 Anm. 40 die Worte vel alii tali personae ignorirend die Gegenvermutung auf beliebige andere Umstände ausdehnt. Nach den Worten der Constitution (l. 10 cit. — peti potest — non aliter valet relictum nisi etc. —) könnte man meinen, daß es sich hier wie dort um praesumtiones juris et de jure handle; läßt man aber mit Donellus (comm. j. c. VIII 11 §. 37), den Arndts

gültig ist das B., wenn die Sache dem Önerirten gehört⁵⁾. Außer aller Frage bleibt das Eigenthum, wenn eine Summe Geldes ohne Anweisung auf vorhandene Baarschaft vermachts wird⁶⁾; bei Verweisung auf gewisse Baarschaft kann nie mehr vermachts sein als diese⁷⁾. Was vom Geld gilt auch von anderen Quantitäten⁸⁾; nicht minder von der in genere vermachten Spezies⁹⁾.

anders zu verstehen scheint, trotz l. 10 cit. noch Gegenbeweis gegen die eine Präsumtion zu, so muß man es ebennärig auch für den Fall thun, da die unviersell fremde Sache einer conjuncta persona hinterlassen und also zu Gunsten des B's zu praejumiren ist.

5) Ausdrücklich wird von Papinian l. 67 §. 8 D. legat. II die Anwendbarkeit des Antoninischen Rescriptes (Ann. 3) auf diesen Fall negirt, nicht auf Grund irgend einer Personen- oder Willens-Identität (Westphal, Lassalle — vgl. Arndts S. 194), aber auch nicht blos aus Rücksicht auf das was der Erblasser wollte oder nicht wollte (Arndts a. a. D.), sondern weil die Sentenz des Neratius Priscus und das Rescript einen Eingriff in das jus commune enthielt, nach welchem das Vermächtniß, wenn es einmal gewollt war ohne Rücksicht auf den Erthum zu gelten hatte. Wenn nun Juristen und Kaiser in Fällen wo die Sachen Dritten gehörten, den Erben beisprangen (succursum est heredibus ne cogerentur redimere etc.), und aus diesem besonderen Grunde von der geraden Linie abwichen, so war das eine Singularität, die keine Consequenzen für den Fall haben durfte, wo der Erbe, und überhaupt Önerire (Arndts S. 198) nichts erst kaufen mußte um das B. zu erfüllen. — Eine Anwendung der l. 67 §. 8 cit. und zugleich den Beweis, daß man in Fällen der letzteren Art niemals von der Consequenz des jus commune abzuweichen gemeint war, s. in der Julian'schen l. 86 § 3 D. legat. I und in l. 59 D. evict. 21, 2 Pompon.

6) „Geld“ habe ich so viel als ich überhaupt Vermögen habe — wozgegen man nicht sagt, daß ich so viel Häuser &c. habe als ich Geld habe: l. 88 D. v. s. 50, 16 cf. l. 12 pr. D. legat. II.

7) arg. l. 5 D. trit. leg. 33, 6.

8) l. 3 pr. eod. cf. l. 5 cit.

9) Das Gegenthell (daß hier nichts vermachts sei, wenn sich nichts von dieser Gattung im Nachlaß vorfindet) nimmt man, auf Grund von l. 71 pr. D. leg. I, allenthalben, aber aus verschiedenem Grunde an, bald eben deswegen weil sich die Sache nicht im Nachlaß befindet (Bangerow §. 549 Ann. „Erstlich“ Puchta, P. §. 529), bald aus demselben Grunde und weil die Sache (domus) ein Immobile sei (Rößhirt, L. v. d. BB. II S. 14), bald wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes (Arndts, Rechtsl. VI S. 333 P. § 574). Es wirken aber in l. cit. drei Umstände dazu daß nichts vermachts ist zusammen: daß simpliciter legatum — neque adiectum quae domus — nullas aedes reliquerit. Das „einfach“ vermachte kann mit dem „ohne nähere Bezeichnung des Was“ nicht identisch sein, wenn kein Pleonasmus vorliegen soll. U. E. schien simpliciter vermachts was per iudicationem, d. i. ohne die Vermittlung durch eine dritte Person (per damnationem) direct durch do lego, mithin wie etwas das der Testator in seinem Eigenthum habe, vermachts war. Fand sich das also Ver-

2. Quantitätenvermächtnisse können nicht nur ohne Einschränkung der Gattung auf eine gewisse körperlich vorhandene Menge, Masse¹⁰), sondern auch

a. ohne Bestimmung der Qualität¹¹), ja selbst ohne sichere Bestimmung der Quantität (Anm. 13. 14) hinterlassen werden, wornach zur Entscheidung was hier vermacht sei, fraglich wurde, was des näheren der Erblasser vermacht haben wollte. Da soll nun, wenn

a. bei Geldvermächtnissen die Art (Sorte) der Münze unbestimmt gelassen ist, um den letzten Willen zu erheben, vor allem der Sprachgebrauch des Erblassers selbst, dann der seines Wohnortes, endlich die Stellung desselben zu der Person des Legatars und die Größe der vor- und nachher vermachten Summen ins Auge gefaßt werden¹²). Bei sonstigen Quantitätenvermächtnissen führt die Unbestimmtheit der Qualität zu keiner weiteren Willenserforschung, sondern zur Wahl nach Maßgabe der für generelle und alternative Vermächtnisse geltenden Präsumtionen oder Regeln¹³).

b. Fehlte es bei Vermächtnissen von Geld und anderen Quantitäten selbst an Bestimmung der Größe^{13a}), so überwog die Meinung, daß nicht so viel der Onerirte wolle,

machte beim Tode des Testators nicht vor, dann möchte das V. mehr als Hohn, denn als Ernst erscheinen (magis derisorium est quam utile legatum), besonders wenn die Sache von der Art war, daß man sich in ihr nicht leicht versehen könnte, wie die domus (palazzo: I. 91 §. ult. D. leg. III. Rudorff, z. Gesch d. Superficies, Zeitschr. f. g. Rv. Bd. 11 §. 225). Daß ein V. schon darum, weil die gattungsweise bezeichnete Sache sich im Nachlaß nicht vorfindet, nichtig sei, ist angeichts der generischen Obligationen (Bd. 2 §. 242, 2b) nicht denkbar. Für ein Vindicationsslegat spricht auch das dem Legatar zuerkannte Wahlrecht (quam vellet — s. unten Anm. 22).

10) certum corpus, (vgl. Bd. 2 §. 241 Anm. 18), durch welche Einschränkung die Quantität zur Species wird: I. 30 §. 6 l. 31 §. 4 l. 51 D. legat. I l. 6 l. 7 pr. D. trit. leg. 33, 6. Arndts S. 203 fg.

11) Bd. 2 §. 241 Anm. 16.

12) I. 50 §. ult. D. leg. I. Si numerus nummorum legatus sit, neque apparent quales sunt legati —. Was hier von der Unbestimmtheit der Münzsorten (ob Sesterzen, Denare sc.) gesagt ist, müssen wir auch von der Unbestimmtheit der Währung und des Münzfußes gelten lassen.

13) I. 4 D. trit. leg. 33, 6 — wo ein Damnationslegat vorausgesetzt ist. Vgl. im übrigen unten Nro 3.

13a) I. 7 pr. D. trit. leg. 33, 6 — damnaverat dare uxori suaे vinum, frumentum etc.

sondern der (im Nachlaß befindliche) Wein w. hinterlassen werden wollte¹⁴⁾; heute ist dieser Auslegung nur auf Grund anderweitigen Anhaltes beizupflichten (Ann. 14).

b. Bei Quantitätenvermächtnissen, aus welchen mehrmalige Leistungen von gleicher Größe und bestimmter Zahl schuldig werden sollen, kann unbestimmt gelassen sein, ob diese Leistungen Raten (Fristen) d. i. getheilte Entrichtung eines Vermächtnisses und eines im Ganzen bestimmten Kapitals (legatum annua bima trima die relictum — legatum unum certis pensionibus divisum — pensiones)¹⁵⁾, oder ob sie Renten, d. i. die Entrichtung von eben so vielen einzelnen, in der Regel gleichgroßen, in gleichweiten Fristen anwachsend betagten Vermächtnissen (legatum annum) seien¹⁶⁾. Diese Unbestimmtheit kann davon herrühren, daß wohl die Zahl und Größe der einzelnen Leistungen bestimmt, dagegen kein (in diese Leistungen vertheiltes) Ganze genannt ist¹⁷⁾. Daß hier Raten gemeint seien, ist das näher

14) l. 7 pr. cit. Diese Auslegung war in einer Sprache, die keinen Artikel hatte, leichter als in der unsrigen, die ihn hat (B. §. 550 Ann. 3). Die Beispiele, welche Unger, Erbr. §. 70 Ann. 1 u. Arndts S. 206 dem entgegen anführen, dürften das Gesagte eher bestärken, als widerlegen, da der Erblässer dort mit seinen Gütaaren beginnt, hier mit dem Handwerkszeug dazwischen fährt, hier und dort also anderweitigen Anhalt zur Auslegung gibt.

15) l. 3 pr. — §. 5 D. de annuis legatis et fideicommissis 33, 1 — insb. §. 4 — totum non petendum simul — die Zahl und Größe der Raten pflegt bestimmt zu sein (annua, bima, trima dies); von ihrer Größe heißt es ausdrücklich, daß sie (wenn nur das Ganze bestimmt ist) unbestimmt und ungleich sein kann: §. 2 — §. 4 eod.); im Zweifel sind sie gleich: §. 1 eod. Hier braucht nur das B. überhaupt, nicht jede einzelne Rate erlebt zu werden: l. 20 D. quando dies 26, 2 — ad heredem suum transmittere — l. 26 §. 2 eod.

16) Auf je eine Frist trifft hier je ein Vermächtniß: l. 11 eod. — in annos singulos legatur: plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicietur — l. 4 eod. — primi anni purum, sequentum conditionale; — videri enim hanc inesse conditionem „si vivat“ et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire; — Jedes einzelne B. ist mit dem ersten Tage seiner Frist fällig: arg. l. 4 cit. primi anni purum — l. 5 eod. — Sexti anni legatum integrum deberi (wiewohl nur 4 Monate erlebt sind) cf. l. 2 eod.; l. 8 eod. — Illud . . amplius est in hoc legato (als beim ususfructus legatus), quod ingressu eiuslibet anni, si decesserit legatarius, ejus anni legatum heredi suo reliquit —

17) Einen solchen Fall behandelt Julian in l. 20, Papinian in l. 26 §. 2 D. quando dies leg. 36, 2.

liegende, wohl deswegen, weil fristenweise Leistungen, welche die Bedingung des Erlebens in sich schließen, wie die Renten (Num. 16), auch auf Lebzeit, wo nicht gänzlich unbestimmte Zeit (ohne „praefinitio annorum“) gegeben zu werden pflegen. Haben aber auch auf eine abgeschlossene Zeit verordnete Reichnisse die Bestimmung von Alimenten, dann sind sie auch so an die Bedingung des Erlebens gefügt und also Renten¹⁸⁾. — Als ein Femandem zu gewissem Betrage „jährlich“ hinterlassenes Vermächtniß endigt das Rentenvermächtniß mit dem Tode der bedachten Person, gewährt darum eine Leibrente, „ein dem Ususfructus ähneliches“ Recht¹⁹⁾. Das Rentenvermächtniß kann aber auch eine Ewigrente begründen; nur muß dann ein bestimmter Anhalt dafür vorliegen, daß es vererblich sein soll, oder es muß anstatt einer Person für einen gewissen, und nicht blos vorübergehenden Zweck gegeben sein²⁰⁾.

3. Ist eine Species generell vermacht (vgl. Bd. 2 §. 241 a.), also erst eine Bestimmung des noch Unbestimmten (vgl. Bd. 2 §. 240 S. 97), hier eine Wahl und Entscheidung über das Wahlrecht (ebendas. §. 243, 1) nothwendig, so kommt immer noch darauf an, ob mittelbar oder unmittelbar gegeben — und ob, wenn der Erblasser über das Wahlrecht ausdrücklich verfügt hat, dieses in einer jede Beschränkung der Wahlfreiheit ausschließenden Weise geschehen sei, oder nicht. Ist

18) I. 20 l. 26 §. 2 cit. Typisch für das Rentenvermächtniß war, daß „in annos singulos“ vermacht wurde: z. B. I. 1 l. 2 l. 4 l. 8 l. 9 l. 22 D. h. t. 33, 1 und besonders I. 22 D. usu. et usufr. 33, 2; allein diese Ausdrucksweise stand eben damit in Verbindung, daß ohne praefinitio annorum vermacht wurde: so daß es da wo „in annos singulos“ vermacht wurde, gar nicht fraglich war, ob Rente oder Rate (s. dagegen m. Band. 1te Aufl. S. 922). Dieser Ausdrucksweise entsprechend heißt das Rentenvermächtniß denn auch annum legatum. — Uebrigens kommt als Merkmal für das Rentenvermächtniß auch ein „auf Lebzeit“ (s. B. I. 5 eod.) oder „auf die Dauer jeweiligen Wittwenstandes“ (I. 22 eod.) u. dgl. vor. — Ob aber da wo geschlossene Zeit vorliegt außer der Alimentirungsabsicht anderweitige Umstände für das Rentenv. sprechen können, läßt sich fragen.

19) I. 8 D. h. t. 33, 1.

20) Von diesem letzteren Fall spricht I. 6 eod., da annua pecunia ad ludos civitati — d. h. zum Besten der Stadt, aber mit einem gewissen Modus (ad ludos) gegeben ist; daß die onerirten Erben eben den Spielen vorstehen, soll die Dauer des B.'s in perpetuum, somit die Vererblichkeit auf passiver Seite nicht hindern; auf der activen steht der Perpetuität ohnehin nichts im Wege.

unmittelbar (eine zum Nachlasse gehörige Sache — Eigenthum) gegeben, so hat der Erblasser noch immer²¹⁾ vindikation hie- mit dem Legatar auch die Wahl der zu vindicirenden Sache geben wollen²²⁾, ist nur mittelbar (durch Obligirung des Er- ben, Onerirten) gegeben, so greift die für Obligationen geltende Präsumtion, d. i. Wahlrecht des Schuldners, plaz²³⁾. Wen- det der Erblasser ausdrücklich dem Onerirten die Wahl zu, so liegt hierin zugleich eine Obligirung zur Wahl und der Grund zu einer persönlichen Klage wo im übrigen in rem actio zusteht²⁴⁾. Ausdrücklich dem Legatar konnte die Wahl nicht etwa blos nebenher (hominem, quem elegerit), sondern mit mehrfach ausgezeichneter Wirkung so zugewendet werden, daß sie selbst als Gegenstand des Vermächtnisses erschien (optio oder electio legata). Ersterenfalls sollte, wie sonst überall wo in genere vermachte war, weder das Beste noch das Schlechteste als vom Erblasser gewollt erachtet werden²⁵⁾; letzterenfalls

21) Ulp. 24, 14 und dazu die übereinstimmenden Restitutionen von Zur Nedden, Schneider, Lachmann, Göschken.

22) I. 108 §. 2 D. leg. I. — electionem ejus esse, cui potestas sit qua actione velit uti — u. dazu Arndts, Pandd. §. 579 Anm. 2; I. 71 pr. eod. (vgl. oben Anm. 9) Von dem Standpunkte des Bindi- fationslegates aus spricht auch §. 22 J. h. t. vgl. Theoph. ad h. l. Ob das Bindikationslegat ein anderes Wahlrecht als das des Legatars über- haupt duldet? §. 22 J. cit. sagt allerdings nisi aliud testator dixerit; aber wie wurde vindicirt, wenn der Erbe sich nicht entschied? Denkbar daß diesfalls erst ex SC. Neroniano geholfen wurde (vgl. I. 12 D. opt. leg. 33, 5), wie denn auch heute persönlich geklagt werden müßte. I. 108 §. 2 cit. jetzt allerdings die Möglichkeit des Wahlrechts auf Seite des Erben voraus, hat aber auch zweifelsohne ein Doppellegat (per vind. u. damn.) vor Augen und zweierlei Aktionen (in rem u. in pers.) ausdrücklich zur Verfügung.

23) I. 29 § 1 D. leg. III. — quia . . . cum heres dare damna- tus esset, in potestate ejus esset, quam partem daret — (Bd. 2 §. 243. Anm. 2). — Daß Wahlrecht des Legatars „Regel“ sei (Bang § 549 Anm.), kann man also trotz §. 22 J. cit. — Anm. 22 — und I. 12 D. adim. legat. 34, 4 nicht sagen; ebensowenig ist zuzugeben, daß mit den Vermächtnisformen auch die sachlichen Unterchiede der BB., wie die bezüglich des Wahlrechts aufgehoben seien (wie Rößhirt, L. v. d. BB. II. §. 12 § 24) annimmt. Vgl. gegen ihn Arndts §. 574 und §. 579 Anm. 2).

24) arg. I. 12 in f. D. opt. leg. 33, 5.

25) I. 37 D. leg. I. — ein Fall, in dem die Jurisprudenz einschränkend auslegte, uns aber durch Rescript (der Kaiser Severus u. Anto- ninus) bestätigt wurde.

unterlag die Wahl keiner solchen Schranke²⁶). Aber wie schon Justinian das „Wahlvermächtniß“ (optio legata) einer andern Eigenschaft entkleidete²⁷), so vermögen wir heutzutage dem Umstände, daß der Erblasser dem Bedachten „die Wahl einer Sache gibt“, keine andere Bedeutung beizumessen, als wenn er ihm die Sache seiner Wahl gibt²⁸). Damit ist jedoch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser in anderer Weise die Verfügung absoluter Wahlfreiheit treffe. Alles in allem ist also bei generell vermachter Species, wenn der Erblasser nicht anders verfügt, im Falle unmittelbarer Gabe das was der Legatar will, im Falle mittelbarer Gabe das was der Onurite will, nur daß dieser nicht das Schlechteste, jener nicht das Beste wollen darf, vermacht.

4. Das eben Gesagte gilt auch von dem Vermächtniß der alternativ vermachten Sachen (Species oder Quantitäten)²⁹); nur daß hier die Extreme des Besten und Schlechtesten wegfallen und von ausdrücklichen Verfügungen des Erb-

26) wenigstens ist hier von keiner Schranke die Rede: I. 2 §. 1 l. 12 D. de optione vel electione legata 33, 5 vgl. I. 4 eod. Auf einer Art Ausgleich beruht I. 3 §. 1 C. comm. de legat. 6, 43. — Andere Eigenheiten des Wahlvermächtnisses gehören nicht hieher; so namentlich nicht diejenigen, vermöge deren der Wahlact die Option „consumirt“ (I. 2 §. 3 — I. 5 eod.; vgl. einerseits I. 20 eod., anderseits I. 18 eod., überhaupt Bd. 2 §. 243. 1), und der Legatar, das Vermächtniß nicht vererbt, wenn er ohne optirt zu haben starb (§. 23 J. h. t.).

27) — der Unvererblichkeit (Amm. 25 a. E.): §. 23 J. cit cf. I. 3 C. pr. §. 1 C. comm. de leg. 6, 43.

28) wofür gleichfalls schon I. 3 §. 1 C. comm. de leg. 6, 43 Justinian spricht, wenn man die hier getroffene Bestimmung (*ut non optimum ex servis . . . eligat, sed mediae aestimationis*) von dem Falle da ein Dritter die Wahl vollziehen soll, auf den ausdehnt, da der Legatar selbst optiren soll. Uebrigens vermeint die Constitution den Fall der *optio legata* in sprachlich unzutreffender Weise mit dem *legatum rei quam* (T.) elegerit. Bgl. hiezu was Bernstein z. L. v. D. *legatum optionis* in d. Zeitschr. f. R. Bd. XIV nro. II u. XXVII über Justinians Absicht, daß I. *optionis* dem 1 *generis* gleichzustellen, u. deren unvollkommene Durchführung behauptet

29) Bündifikationslegate und Wahlrecht des Legatars einerseits in I. 34 §. 14 D. leg. I (zu dem *sibi habeto Gaj.* II 193) I. 23 D. leg. II; Damnationslegate und Fideicommissse anderseits in I. 109 §. 1 D. leg. I. I. 15 D. leg. II) zu „dando“ Gaj. II. 201 I. 43 §. ult. D. leg. II. I. 29 §. 1 in f. D. leg. III; Bündifikations- u. Damnationslegat mit dem verschiedenen Wahlrecht in Antithese: I. 19 D. leg. II.

lassers über das Wahlrecht in Gestalt der *optio legata* nichts vorkommt³⁰⁾.

5. Was vermachte sei, ob eine freie oder eine belastete Sache, wird fraglich, wenn eine mit fremden Rechten belastete Sache ohne bezügliche Willenserklärung von Seite des Erblassers vermachte ist. Da wird nun aber angenommen a. daß der Erblasser die Sache nicht ohne ihren Nutzen habe vermachen wollen, der Onerirte mithin die Sache frei gewähren³¹⁾ muß, wenn sie mit einem (nicht etwa dem Legatar selbst zuständigen) *Ussusfructus* belastet ist³²⁾, so wie daß derjenige, dem ein *Ussusfructus* an der gleichzeitig einem Anderen vermachten Sache gegeben ist, mit letzterem den *Ussusfructus* theilen muß³³⁾. *Praedial servituten* — welche einerseits dem belasteten Grundeigenthum den Nutzen nicht nehmen, anderseits³⁴⁾ mit zum Grundeigenthum gehörigen, bleiben auf dem vermachten Grundstücke liegen³⁵⁾. Den Nutzen emphyteuticarischer und superficiarischer Grundstücke hat der Grundeigenthümer in Gestalt des Bodenzinses und anderer Aequivalente; im Zweifel sind sie von ihm so vermacht, wie

30) I. 19 D. opt. leg. 33, 5 enthält eine ausdrückliche Ermächtigung des Legatars, dieses oder jenes zu wählen, aber kein B. „der Wahl“.

31) abtreten wenn er selbst *Ussusfructuar* sein sollte: I. 26 I. 76 §. 2 D. legat. II. — ablösen oder prästiren, wenn ein Dritter es sein sollte: I. 66 §. 6 eod. Arndts (Forts. d. Glück'schen Comm. Bd. 46 S. 130 u. 131) u. die dort Agff. fordern Kenntniß des Erblassers von dem an seiner Sache bestehenden Rechte; das thun die Quellen nicht, welche einen von dem Wissen und Nichtwissen des Erblassers unabhängigen Grund hinstellen.

32) *Denn voluntatis ratio non patitur, ut heres (wenn er selbst *Ussusfructuar* ist) ex causa fructus emolumentum retineat* — I. 76 §. 2 cit.; — und *ussusfructus . . et si in jure, non in parte consistit, emolumentum rei continet*: I. 66 §. 6 cit. Hier so entschieden, trotzdem der *ussusfr.* nicht pars rei ist; in I. 76 §. 2 so weil *fructus portionis instar* habet. Indessen dürfte in I. 66 §. 6 an den *fructus conjunctus* gedacht sein, während der *ussusfructus* dort *jus in re* ist.

33) I. 19 D. usufr. leg. 33, 2 cf. I. 1 §. 19 D. ut legat. serv. 36, 1 und meine Band. 1te Aufl. S. 901.

34) als Qualitäten und accessorische Bestandtheile des Grundeigenthums (Bd. 1 §. 187 §. 188) —

35) I. 76 §. 2 cit. I. 66 §. 6 cit. I. 69 §. 3 D. legat. I — *qualis est, dari debet* — I. 116 §. ult. — *talis dari debet, qualis relictus est* — Bd. 1 §. 188 Anm. 10.

er sie hatte³⁶); — b. daß der Erblasser, wenn er seine Dritten verpfändete Sache hie von wissend vermachte, pfandfrei vermachte, mithin die Onerirten zur Pfandlösung obligirt haben wolle³⁷). Diese Annahme ist eine bloße Vermuthung; dem Onerirten steht gegen die Klage des Legatars auf Pfandlösung die Einrede und der Beweis offen, daß der Erblasser trotz seiner Kenntniß von der Pfandhaft den Onerirten gleichwohl zu der Pfandlösung nicht habe obligiren wollen³⁸). Allein ein anderes als die Klage auf Befreiung gegen den Onerirten ist der Anspruch des Legatars auf Cessio[n] der Forderung, wenn die Pfandgläubiger mit der hypothecaria wider ihn auftreten (Bd. 2 §. 351 Anm. 36, §. 352 Anm. 41); diesen vermag der Erblasser nur mittelst ausdrücklichen Liberationsvermächtnisses zu Gunsten der Erben und zu Lasten des Legatars zu verhindern³⁹). — Daß jene Vermuthung die Kenntniß des Erblassers von der Pfandhaft voraussetzt, beruht auf der Gleichstellung der verpfändeten mit der fremden Sache⁴⁰). Darum greift sie manchmal auch ohne diese Kenntniß platz, und zwar

36) wogegen Arndts das bezüglich des ususfructus Gesagte „unbedenklich“ nicht blos auf andere persönliche Servituten, sondern auch auf Superficies u. Emphyteuse angewendet wissen will (a. a. D. S. 133 unten und fg.), „obwohl die Quellen diesen Fall nicht berühren“. In der That ist auch kein Grund vorhanden, die aliena possessio mit Eugacius u. A. (Arndts S. 134 Anm. 58) für eine Emphyteusis, überhaupt für etwas anderes als sie ist und heißt zu nehmen. Der Erbe muß auch den Besitz, wenn er in fremden Händen und ihm z. B. ex emto u. dgl. noch rückständig ist, beischaffen.

37) So übereinstimmend §. 5 J. h. t. l. 6 C. fideic. 6, 42 (224) l. 57 D. legat. I — in welch letzterer Stelle der alte Anstoß vel potest aliquid esse superfuum exsoluto aere alieno (s. darüber Arndts S. 136—140), ob er nun echt oder Glossem (Smallenburg) sei, am ehesten mit Mühlenbruch als Rechtfertigung dafür, daß eine verpfändete Sache auch als solche vermaht werden kann, zu fassen sein dürfte.

38) l. 57 cit. quod si testator eo animo fuerit, ut, quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit —

39) Dahir geht die Fortsetzung der l. 57 cit. — non tamen aperte utique senserit de his liberandis. — Treffen wir hierin im übrigen mit Arndts S. 140 fg. zusammen, so bleibt doch der Unterschied, daß wir de his persönlich von den Erben, Er dieselben von den Grundstücken verstehen. Eine Liberierung der Erben ist auch in dem voluit legatarium luere in §. 5 J. cit. und mit dem aliis animus in l. 57 cit. inbegriffen.

40) §. 5 J. cit. — hoc quoque casu idem placet quod in re aliena — (vgl. oben Anm. 3). Mit dem Vermächtniß der fremden Sache, nicht mit dem B. einer von einem jus in re beschwerten Sache

unter Umständen, unter denen auch das B. der fremden Sache trotz der bezüglichen Unkenntniß des Erblassers als gewollt erachtet wird⁴¹⁾. — War die Sache dem Legatar selbst, und zwar für ein Guthaben an den Erblasser verpfändet, so darf in das Vermächtniß der Sache nicht auch schon die Absicht, den Gläubiger damit zu befriedigen, hineingelegt werden⁴²⁾. Nicht anders ist das B. zu fassen, wenn die Sache dem Legatar für ein Guthaben an Dritte verpfändet war; aber auch eine stillschweigende Obligirung der Erben zur Lösung des Pfandes ist hier nicht anzunehmen⁴³⁾. — War endlich die Sache dem Erben verpfändet, so kann die Frage nach Fortdauer des Pfandrechts und Obligirung zur Pfandlösung nur für den Fall auftreten, daß nicht der Erblasser, sondern ein Dritter der Schuldner ist⁴⁴⁾.

ist das B. einer verpfändeten Sache verglichen, so daß man was für diesen gilt, nicht auf das B. einer mit einem Uthusfr. belasteten Sache übertragen darf. (S. dagegen Arndts, S. 131 S. 146 zu Ann. 83; hinwider oben Ann. 31). Lebri gens ist bei dieser Gleichstellung die von alienare und obligare (z. B. l. 4 D. fund. dot. 23, 5) nicht zu übersehen.

41) l. 6 C. fideic. 6, 42 — cum testator condicionem non ignoravit, aut si scisset legaturus tibi alind quod non minus esset fuisset — l. 57 D. legat. I — nisi si vel hanc vel aliam relicturus fuisset, si scisset obligatam — Vgl. oben zu Ann. 4.

42) l. 85 D. legat. II — non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

43) Das Gegentheil lehrt Röshirt II S. 159, indem er Pauli R. S. III, 6 §. 8 (Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit, luitio ad hereditis sollicitudinem pertinet) in Übereinstimmung mit der Interpretatio von einem Vermächtniß an den Gläubiger versteht, — und Bachofen (Pfandr. I S. 133), der keinen Unterschied findet, ob ein Dritter (Ann. 35 — 39) oder der Legatar Gläubiger sei. Indessen ist in Pauli R. S. cit. creditori nicht legirt, sondern obligirt (vgl. §. 5 J. h. t. und die Einschreibung des Relativjazes cuius causam etc. — Arndts S. 145, bes. Ann. 82), und ein Dritter würde mit der hypothecaria das Vermächtniß leicht vereiteln können, wenn der Erbe nicht auch mit der Befreiung des Pfandes onerirt wäre, während der Legatar, wenn er selbst Gläubiger ist, vor einer solchen Gefahr nicht geschützt zu werden braucht (Arndts S. 146). Zu Pauli R. S. cit. vgl. Ann. 44 a. E.

44) Andernfalls tritt Confusion ein. Hatte der Erblasser seine Sache dem nunmehrigen Erben für einen Anderen verpfändet, so ist Fortdauer des Pfandrechts bei unmittelbarem Übergang des Eigentums vom Erblasser auf den Legatar ebensowohl möglich, wie Fortdauer des Uthusfructus, wenn eine im Uthusfructus des Erben gestandene Sache vermacht wird (s. oben Ann. 31). Ob nun hier der Erbe ebenso von seinem Pfandrecht, als dort von seinem Uthusfructus ablassen muß? Arndts S. 134, 1 bejaht dieß

II. Unter den Vermächtnissen von *jura in re* hat insonderheit das des *Ussus fructus* die Willensauslegung in Thätigkeit gesetzt. Das Wort *ususfructus* soll nicht nöthig sein, damit ein solcher als vermachts erscheine⁴⁵⁾; allein das V. „der Einkünfte aus einer Sache“ wird nicht als V. des *Ussusfructus* verstanden⁴⁶⁾, sondern nur als etwas dem *Ussusfructus* durch Personalität verwandtes⁴⁷⁾. Mit dem *Ussusfructus* an „meinen Sachen“ ist der *Ussusfructus* an meinem Vermögen vermachts⁴⁸⁾, ein Recht dessen Ausübung nur an Activis denkbar ist, an diesen aber nur nach Abzug der Schulden statthaben soll⁴⁹⁾. Die Frage, wie die Schulden in Abzug kommen sollen, und ob ein solcher *Ussusfructus* an den „Sachen“ oder an ihrem Werthe gewährt werden dürfe oder müsse, bestand ebensowohl für den Fall, da ein u. omnium bonorum, als für den da ein *ususfructus* an einem aliquoten Theile des Vermögens vermachts war, und dürfte für jenen wie für diesen dahin entschieden sein, daß dem onerirten Erben die Wahl zu stehe⁵⁰⁾. Wie die Schulden in Abzug zu bringen, versteht sich von selbst wenn der Werth praestirt wird; andernfalls bleibt nur Retention von so viel Sachen übrig, als zur Deckung der

nach Analogie dieses letzteren Falles; wir bejahren es nach Maßgabe der Analogie des Vermächtnisses fremder Sache, gemeinhin also nur unter der Voraussetzung, daß der Erblasser die Pfandhaft kannte, — und in Consequenz von §. 5 J. cit.; denn was der Erbe entgegen Dritten Gläubigern zu thun schuldig ist, muß er um so mehr gegen sich thun, wenn er selbst Gläubiger ist.

45) So z. B. sollen „fructus annui des fundus Cornelianus“ als *Ussusfructus* gelten: quia haec mens fuisse testatoris videatur: l. 41 D. de usu et usufr. et redditu et habitatione per legatum vel fc. datis 33, 2.

46) Der Legatar hat hier keinen Anspruch auf den Gebrauch und die Nutzung der Sache selbst, sondern nur auf den Betrag derselben: l. 38 D. h. t. 33, 2.

47) l. 22 eod. — ad heredem . . non transire, quia aut usufructui simile esset aut huic legato: in annos singulos.

48) — im Gegensaße zu dem Falle, da certarum rerum *ususfr.* vermachts ist: l. ult. eod.

49) l. ult. cit. l. 69 D. ad l. Falc. 35, 2 Bd. 1 §. 194 Anm. 37—39.

50) l. 32 §. 8 D. usu u. usufr. leg. 33, 2 vgl. l. 26 §. 2 D. leg. I Bd. 1 §. 194 S. 783 oben, Hanauſet, d. L. v. uneigentlichen Nießbrauch S. 4. Dieses Wahlrecht erleidet eine Modification beim *ususfr.* partis bonorum, wenn untheilbare Sachen da sind; hier muß *Aestimation* praestirt werden: l. 32 §. 8 cit.

Schulden erforderlich sind⁵¹⁾). Uebrigens scheint jene Einräumung des Wahlrechts eher Einschränkung als Auslegung des letzten Willens zu sein⁵²⁾. Daselbe ist von den 100 Jahren zu behaupten, durch welche ein an Städte u. c. ohne Endtermin vermachter Ususfructus begrenzt sein soll⁵³⁾. — Praedial-servituten sind nicht nur da wo sie bestehen mit dem Grundstücke dem sie zu stehen oder aufliegen stillschweigend mitvermacht (Ann. 33, 34), sondern können in und mit dem Vermächtnisse von Grundstücken oder eines Ususfructus an einem Grundstücke stillschweigend auch begründet sein⁵⁴⁾.

III. Das Vermächtniß von Obligationen⁵⁵⁾ wird in allen seinen Arten⁵⁶⁾ — als Vermächtniß einer Forderung

51) Vgl. Fein, d. R. d. Collation S. 95.

52) Darf man das oportet heredi succurri in l. 26 §. 2 eit. auch hieher beziehen, so dachte man sich (in Übereinstimmung mit der deductio aeris alieni und den Sabinianern) wohl Praestation des Werthes als den Willen des Erblassers; allein diese konnte für den Erben zu drückend sein: daher der Succurs.

53) l. 8 D. h. t 33, 2.

54) So nach l. 15 §. 1 D. usu et usufr. 33, 2 da wo dem einen „fundus“, dem Andern „ususfructus alterius fundi“ vermacht ist und der Ususfructuar nur durch jenen fundus zum fundus fructuario gelangen kann, — so wie da, wo hiezu ein fundus hereditarius nothwendig ist; da und dort secundum voluntatem defuncti id videtur exigere (ut servitus debeat). Freilich, eine Servitut im wahren Sinne kann dem Ususfructuar nicht vermacht werden (Bd. 1 §. 188, 2 a); es ist darum von keinem unmittelbaren Gewinn der Servitut, sondern nur von einer Praestation des jus transeundi in der Form wie bisher gegangen wurde und für die Dauer des Ususfr. die Rede, so daß auch die Frage an servitus debeat, nicht auf unmittelbare Zuständigkeit einer S., sondern auf eine Forderung des Legatarii an den Erben auf Beichaffung der Begeuldung (die im ersten Falle am leichtesten durch Retention des dienen möglichen fundus zu bewirken ist) bezogen werden muß. — Was zu Gunsten des vermachten ususfructus, muß auch zu Gunsten eines vermachten fundus gelten (arg. l. 1 D. serv. leg. 33, 3). Hier steht, vorausgezeigt ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, dem unmittelbaren und endlosen Erwerb der Servitut nichts entgegen. — In l. 1 D. serv. leg. 33, 3 wird der stillschweigenden Annahme einer servitus oneris ferendi (wo zwischen den nunmehr vermachten zwei Grundstücken die Last schon bisher bestand) widergesprochen; u. E. deswegen weil der Fortbestand und die Fortbenutzung des einen Objects durch die Fortbelastung des anderen nicht bedingt ist.

55) vgl. die „obligatio praelegata“ l. 8 §. 6 D. lib. leg. 34, 3.

56) zu denen wir den Fall, da durch B. eine Forderung erst begründet wird (Windscheid §. 6:7. 1), in Anbetracht des Umstandes, daß hier bei der Vermächtniserrichtung X oder homo, nicht die actio ex testamento als Gegenstand des B's erscheint, nicht zählen. —

(legatum nominis), der Befreiung von einer Schuld (I. liberationis), und als Vermächtniß einer Schuld (des Erblassers an den Legatar) I. debiti⁵⁷⁾ — und in allen seinen Fassungen, mithin auch da wo diese ein legatum rei bedeuten könnten⁵⁸⁾, als das V. einer res incorporalis⁵⁹⁾, der Forderung, Befreiung, Schuld, überhaupt der Obligation, nicht etwa der Sache, Summe, überhaupt des Gegenstandes worauf die Forderung oder Schuld gerichtet ist, erachtet⁶⁰⁾. So wird bei der Fassung id quod debetur (Ann. 58) überall sonst zu dem Relativsatz quod debetur noch ein Conditionalsatz (si debetur) als hinzugedacht⁶¹⁾, und also das Vermächtniß als nichtexistent

57) Zedenfalls diesem seinem Namen nach (der zwar direkt in den Quellen nicht vorkommt, aber durch die quellenmäßige Redeweise (I. ejus quod debetur) und deren Auslegung Ann. 58 a. E. vgl. Ann. 60) gerechtfertigt ist), ist das I. debiti ein I. obligationis. Wir zweifeln auch, daß es diesen Namen um deswillen weniger verdiente, weil es eine Verstärkung der vorhandenen Schuld, gewissermaßen eine verbesserte Auflage derselben enthält und enthalten muß. Vollends ist nicht einzuräumen, daß I. debiti „immer das V. des verschuldeten Gegenstandes“ sei (S. dagegen Windischeid §. 658; hinwider unten Ann. 60).

58) also namentlich da wo der Gläubiger id quod debetur einem Dritten (als I. nominis — z. B. §. 21 J. h. t. und gewöhnlich) oder dem Schuldner als I. liberationis — z. B. I. 16 D. lib. leg. 34, 3) — oder wo der Schuldner seinem Gläubiger id quod debet (als I. debiti — z. B. I. 25 D. leg. II) vermaht —

59) in §. 21 J. cit. mithin als ein Fall des V.'s von res incorporales —

60) §. 21 J. cit. — ut actiones suas heres legatario praestet — I. 105 D. leg. I. — nihil amplius ex hoc legato quam actiones suas heres praestare debet — cf. 59 D. leg. III — id quod in actionibus legatum intelligitur — ; — arg. I. 75 §. 2 cf. §. 1 D. leg. I. für I. liberationis; — für leg. lib. u. deb. arg. §. 14 J. h. t. I. 25 D. lib. leg. 34, 3.

61) Nichts anderes als das meint Paulus I. 25 D. lib. leg. 34, 3, wenn er zu dem Liberationsvermächtniß in der Fassung „centum aureos, quos mihi T. debet, damnas esto ei dare“ bemerkt, daß ber Testator dandi verbum ad debitum bezogen, d. h. in dem Objecte der datio (centum aureos quos mihi debet) den Accent nicht auf die aurei, sondern auf das debet gelegt, also nichts vermaht haben wollte, wenn kein debet vorlag. Uebrigens nimmt die Stelle ungestörten Verlauf, wenn der Satz Sed poterit hoc dici mit einem Fragezeichen endigt (Arndts, diss. inaug. ad I. 25 D. lib. leg. Berol. 1825, desgleichen in deßen civ. Schr. II §. 480, und Band. §. 576 Ann. 6); und daß er so endigen müsse, fordert nicht blos der Zusammenhang, sondern auch der Umstand, daß gerade bei der in diesem Satze proponirten Form der lib. legata (damnas esto non petere) an ein Vermächtniß der 100 aurei nicht zu denken ist. Dem Sinne nach übereinstimmend die Emendation von Mommsen, Dig.

erachtet, wenn die Forderung nicht existirt (Ann. 60, 61); nur beim legatum debiti entfällt diese Präsumtion; hier wird da wo nichts schuldig ist der Relativsatz (quod debetur) blos als solcher gefaßt und auf Grund der Regel, daß eine falsche Demonstration nicht schade, das was angeblich schuldig sein sollte, als vermacht betrachtet⁶²⁾. Aber beides — daß letzterenfalls die Schuld nur Demonstration, überall sonst Gegenstand und Bedingung sei, — ist nur rechtliche Vermuthung⁶³⁾.

II p. 162: quodsi nihil debeat inutile legatum est. Certe poterit hoc dicis, si ita legaverit etc.

62) So unter Anlehnung an ein Reescript von P. Antoninus, da der Mann eine angeblich empfangene dos der Frau vermacht hatte, I. 25 cit. — quodsi non fuit debitor, placuit utile esse legatum; certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa, idque et D. Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptae nomine legata. Uebereinstimmung I. 75 §. 1 in f. D. leg. I. Ulp. I. 88 §. 10 D. leg. II Scaev., und insonderheit zu dem legatum dotis non acceptac I. 40 § 4 D. dem. 35, 1 Javol. Daraus daß hier, wo nichts schuldig ist, der Gegenstand der angeblichen Schuld als vermacht erscheint, darf nicht geschlossen werden, daß da wo die Schuld existirt, aber durch das Vermächtniß modo, tempore, conditione, loco (I. 29 D. leg. I. 3. V. I. 82 pr. D. leg. II), füge bei actione (exceptio remissa: I. 28 D. leg. I. — naturale re debitum), überhaupt in irgend einer Gestalt des Interesses oder Emolumentes (§. 14 J. h. t. I. 11 D. lib. leg. 34, 3 I. 66 pr. in f. D. leg. II) überboten wird, und darum das V. gilt, nur der Gegenstand der Schuld vermacht sei (Ann. 57). Trägt das V. im Vergleiche zu dem vorhandenen debitum nichts ein, dann ist es auch jure inutile (I. 25 u. alle II. eitt.), u. E. nur, weil das debitum, nicht sein Gegenstand vermacht ist. Den Gegenstand hat Gläubiger noch nicht, der könnte ihm, wenn er certum corpus wäre, utiliter, weil unmittelbar, vermacht sein. Nun ist aber debitum ohne Zuthat vermacht, und das hat er schon. Wie ein legatum rei propriae ist das legatum debiti hier wichtig.

63) Puchta, P. §. 532 c. n. Wangerow §. 555, Sintenis, pract. Civilr. §. 218 Ann. 15. 26. Arndts § 57 c. e.s.z., stellen die Sache so dar, als ob das Gegentheil unmöglich sei. S. dagegen Windisch §. 657. 2 „im Zweifel“ 3. „im Zweifel“. In dem Falle der I. 31 pr. D. lib. leg. 34, 3 Scaev. erscheint es dem Juristen in der That zweifelhaft, ob, da von der Forderung des Erblassers bereits zur Zeit der Vermächtnisserrichtung fast nichts mehr bestund, mit den Worten „Sejo quidquid mihi debuit, ab heredibus meis dari volo“ jus liberationis (u. also fast nichts) oder quantitas quaedam vermacht sei; und weit entfernt eine praesumtio juris et de jure für das Liberationsv. aufzustellen, wagt er nicht einmal die Vermuthung für ein solches, sondern verlangt vom Richter Erhebung der Umstände unter denen so vermacht wurde: ob oblivione pecuniae solutae u. in Unkenntniß der Salung, oder ob gesellschaftlich ic. Umsomehr wird man allenthalben die Partei zum Antritte des Gegenbeweises zulassen müssen. (Vgl. Rohhirt, L. v. d. V. II S. 294 S. 234 der nur bezüglich des leg. nominis abweicht (S. 298). Arndts, Rechtsl.

Im Einzelnen wird das Vermächtniß eines Schuldjchein's als Forderungsvermächtniß ausgelegt⁶⁴⁾, das des „calendarium“ als ein Inbegriff nicht nur von gewissen Forderungen sondern auch von gewissen zur Anlage bestimmten Baarschaf-ten⁶⁵⁾. Ein Vermächtniß von (eventuellen) Forderungen steht auch in dem Vermächtniß einer Pachtung⁶⁶⁾. Ist von einer alternativen Forderung das Eine dieser Forderung vermacht, so erscheint auch hier nicht etwa der eine Gegenstand der For-derung, sondern die ungewisse Forderung auf das Eine ver-macht⁶⁷⁾. Etwas anderes oder mehr als das Eine Guthaben scheint auch nicht vermacht, wenn der Gläubiger einer Correalshuld Mehreren derart vermacht, daß der Eine bekommen soll, was der Eine — der Andere was der Andere schuldet⁶⁸⁾. — Trotzdem der Erblässer die vermachte Forderung noch selbst eintreibt oder bezahlt erhält, kann das Vermächtniß fortbestehen; nicht als ob der Forderungsgegenstand vermacht sei, sondern weil

VI. S. 339 Anm. 488). Namentlich konnte die Forderung (nomen) auch als das Mittel gewollt sein, mit welchem 100 u. d. gl. gegeben werden wollten (vgl. I. 96 pr. D. leg. I. l. 12 D. alun. 34, 1) und selbst der praesumtio propter naturale affectum (vgl. I. 28 § 3 D. lib. leg. 34, 3) konnte zur Aufrechthaltung eines leg. nominis oder liberationis unter Umständen Raum zu geben sein (Vgl. Anm. 4 u. 39).

64) I. 59 D. legat. III.

65) I. 64 D. leg. III cf. I. 6 D. instr. 33, 7. Unbedenklich blos gewisse Forderungen, nämliche Rückstände namentlich der actores und coloni waren die „reliqua“; deren Vermächtniß gleich dem calendarium in Verbindung mit dem von Ländereien z. B. I. 91 pr. I. 97 D. legat. III. l. 20 pr. — §. 3 D. instr. 33, 7 cf. I. 8 §. 5 l. 9 D. lib. leg. 34, 3.

66) das zunächst eine Forderung gegen den Onuriten auf Ueberlassung der Pacht, überdies auf Zahlung des Pachtchillings (I. 30 §. 1 D. leg. II) in dem teneri sinere frui aber auch den Anspruch des Legaturs auf Ge-fügion der actio conducti wegen Hinderung durch den Verpächter enthält (S. übrigens Anm. 69, 70).

67) I. 75 §. 4 D. legat. I. l. 50 §. 1 D. legat. II. — ex eventu solutionis legatum valet. Hiemit in Uebereinstimmung auch I. 76 D. leg. I Julian., wenn man am Schlusse fortfährt: „je nachdem ihm der Stichus oder P. vermacht ist, und dieser oder jener zur Leistung gelangt.“ Andere Einigungsversuche f. füting, Correalobl. S. 159 Anm. 183 und Arndts, der P. §. 576, 1 not. l. im Falle der I. 76 eit. das Forderungsobject als vermacht betrachtet.

68) Statt dessen soll hier nach I. 82 §. 5 D. leg. I dieselbe Forderung zweimal, dem Einen unmittelbar, dem Anderen dem Werthe nach vermacht sein (ut heres) necesse habeat, alteri actiones suas, alteri l. aestimationem praestare. Aber die Forderung ist zweimal vermacht, nicht ihr Object, sonst wäre nicht actio und litis aestimatio, sondern res und rei aestimatio vermacht, und Acceptatio des Erblässers würde die B. nicht aufheben.

es dem Willen des Erblassers entsprechen kann, daß an die Stelle der vermachten Forderung nunmehr das beigetriebene eingegangene Object trete⁶⁹⁾.

Ein Schuldbefreiungsvermächtniß wird in dem Nachlaß der Rechnungslegung insoweit gefunden, als es von der Praestation bloßer Nachlässigkeit befreit⁷⁰⁾. Das Vermächtniß aller und jedweder Haftungen und Schulden an den Pächter oder Miether, wortwörtlich Schuldbefreiung, wird überdies als Vermächtniß der „ganzen Verpachtung“ betrachtet⁷¹⁾. Kein Schuldbefreiungsvermächtniß ist das „der Pachtung oder Miethe“⁷²⁾ des Erblassers, wiewohl vermuthet wird, daß der Legatar zinsfrei genießen, mithin eine Forderung gegen den Erben auf Zinszahlung haben solle⁷³⁾. — So gar das Vermächtniß der „Befreiung“, geschweige das „daß nicht geflagt werden solle“, erscheint nicht überall als Schuld-

69) I. 11 §. 13 D. leg. III. Nach dieser Stelle soll selbst die mit dem eingegangenen Gelde erworbbene Sache stellvertretend eintreten. Dieselbe setzt aber voraus, daß der Erblasser nicht die Absicht das B. zurückzunehmen gehabt habe; eine Absicht, die wenigstens dann nicht anzunehmen sei, wenn er nicht beigetrieben, sondern die Zahlung die er nicht ablehnen konnte, offenkirt erhalten hat. Deutet man das dahin, daß im anderen Falte Aufhebung des B.s zu präsumiren sei, so besteht mit §. 21 J. h. t. und I. 21 pr. D. lib. leg. 34, 3 (welche Aufhebung statuiren) kein unversöhnlicher Widerstreit. S. auch I. 21 §. 1 §. 2 eod. und Anm. 68 — Auch da wo ein „bloß natürliches Guthaben“ vermacht ist, kann gewollt sein, daß was künftig ein geht (futura solutio) an die Stelle der vermachten Forderung trete, während sonst nicht vermacht sei (I. 25 §. 1 D. quando dies leg. 36, 2 cf. I. 40 §. 3 D. cond. 35, 1).

70) I. 119 D. leg. I. l. 41 D adm. tut. 26, 7. l. 8 §. 7 D. lib. leg. 34, 3 — et testator id videtur sensisse. Will er überdies „Rückstände“ und dolum nachgesehen haben, so muß er das besonders verfügen: I. 9 cf. I. 12 l. 20 pr. l. 23 eod. Nicht sioiri Präsumption, sondern Erwägung der Umstände will Scaevela I. 28 §. 9 eod. Selbst der Nachlaß der actio tutelae befreit nicht schlechthin, sondern schafft selbst entgegen dem Vater eine bloße Präsumtion gänzlicher Befreiung: I. 28 §. 3 eod.

71) gibt dem Pächter z. zwar keine actio ex testamento auf das uti frui licere; denn dann enthielte unser Vermächtniß ein legatum debiti bei schon außerdem flagbarer Obligation (actio conducti) —, wodurch aber eine auf Herausgabe deinen was der Verpächter sonst jure locationis (fructus — inventa et illata) retinire dürte: I. 16 cf. I. 18 D. lib. leg. 34, 3.

72) i. das „conductionem dare daminare“ I. 30 §. 1. D. leg. III.

73) Der Legatar ist bisher nichts schuldig. Geht das B. dahin, daß der Pachtshilling oder Miethzins ihn treffen soll, so müßte der Erbe durch Retention, Caution, Cessation, allenfalls repetitio gejährt werden; dem Verpächter obligirt ist und bleibt der Pächter, hier sein Erbe.

tilgung, vielmehr oft als Befreiung blos der Person des Schuldners, nicht auch seiner Erben⁷⁴⁾, oder blos des honorierten Correalschuldners⁷⁵⁾, das Klageverbot möglicherweise als bloße Stundung⁷⁶⁾. — Das Vermächtniß der Schuldbefreiung kann Schuldvermächtniß an eine und dieselbe Person zugleich sein⁷⁷⁾; das der Schuld ein Vermächtniß der Befreiung daneben, an einen Anderen, enthalten⁷⁸⁾.

Ein Schuldvermächtniß ist das Rückvermächtniß

74) I. 8 §. 3 l. 20 pr. D. lib. leg. 34, 3 — wo freilich der Absicht, die Befreiung auf die Person zu beschränken, besonderer Ausdruck gegeben ist. Wie wenn in l. 20 pr. das quamdiu viveret, in l. 8 §. 3 das solo schlepte?

75) blos des Sohnes, nicht auch des adjicitiisch obligirten Vaters, nur wenn dies ausdrücklich gewollt ist; die Präsumtion besteht hier dafür, daß beide befreit sein sollen: I. 5 §. 3 D. eod.; — blos des Bürgen, wenn die Schuld nicht thatjäglich ihn allein angeht (si vel reus ipse vere fuit — vgl. Bd. 2 §. 255 Ann. 16, 17) oder nicht gemeinschaftlich mit dem Hauptschuldner: I. 5 §. 1 cf. l. 2 pr. eod.; ist der Bürge Vater des Schuldners, und ihm darum Befreiung vermacht, so wird er damit nicht zugleich seiner adjicitiischen Haftung ledig (I. 5 §. 4 eod.); daß blos der Bürge befreit sein solle, braucht nicht ausgesprochen zu sein; genug daß ausdrücklich keinem Anderen als dem Bürgen die Befreiung vermacht ist; — blos des Vaters, wenn ihm in Ansehung seiner adj. Haftung Befreiung vermacht ist; gleich dem Bürgen braucht nicht ausdrücklich blos er honorirt zu sein: I. 5 §. 2 eod.; — blos des Hauptschuldners nur wenn dem Bürgen kein Regress gegen jenen zusteht: I. 5 pr. cf. §. 1 §. 2 eod.; gewöhnlich also ist der Bürge mitbefreit, wenn das B. gleich blos den Hauptschuldner nennt: I. 2 pr. eod. l. 49 pr. D. fidej. 46, 1; — blos desjenigen der duo rei debendi, der in dem B. genannt ist wiederum nur, wenn seiner Befreiung keine Bereitelung durch Regress droht: I. 3 §. 3 D. lib. leg. 34, 3.

76) I. 8 §. 1 §. 2 l. 28 §. 8 eod.

77) Der Schuldner der seinem Bürgen Befreiung vermacht, hat eben damit und zwar dem Bürgen auch ein debitum vermacht, insofern er diesem mandati actione schuldig werden kann; auch ist dieses l. debiti nicht richtig, da es dem Bürgen vortheilhafter ist, befreit zu werden, als zuerst zahlen und dann klagen zu müssen. So dürfte l. 11 D. lib. leg. 34, 3 zu verstehen sein, wiewohl hier außer dem Bürgen noch der Gläubiger in der Person des einen von mehreren Erben (ab herede suo liberari jusserit — quia . . . heredes tenerentur) hereinspielt. Zu dem Texte selbst vgl. Thering, Reflexwirkungen, Jahrbb. X. S. 245 fg.

78) indem der Testator z. B. seinem und seines Bruders Wermund vermacht was dieser an beide zu fordern hat: I. 28 §. 10 §. 11 eod. l. 49 §. 6 D. leg. I, wo überall das B. als legatum debiti zufällig richtig ist, — gleichwie in den Fällen, da der Testator einem seiner Erben seine Schulden zu zahlen befiehlt, damit den Miterben Befreiung vermacht, ohne daß das B. dem Gläubiger nützt: l. 69 §. 2 D. leg. I. l. 7 §. 3 D. lib. leg. 34, 3 cf. l. 49 §. 4 §. 5 D. leg. I. Vgl. Ann. 88.

der dos (dotis relegatio)⁷⁹⁾. Wird schlechthin „die dos“ vermacht, so fällt sein Inhalt mit dem der actio de dote zusammen⁸⁰⁾; folgerecht ist es nichtig, wo keine dos bestellt⁸¹⁾, unfertig wo sie erst versprochen und die Frau selbst Schuldnerin ist⁸²⁾, hinfällig, wo dotis obligatio durch Heimzahlung bei Lebzeiten, oder durch einen die Frau treffenden Unfall erlischt⁸³⁾; — umgekehrt ist es — zum Unterschiede von sonstigen Schuldvermächtnissen — stets von Bestand, wo die Schuld (actio de dote) besteht; denn trotzdem es seinem Inhalte nach mit der actio de dote zusammenfällt, ist es doch ergiebiger als diese⁸⁴⁾. Ist die dos mit Angabe eines gewissen Betrages oder Gegenstandes vermacht, so wird — vorbildlich für das Vermächtniß von angeblich schuldigen Summen oder Sachen überhaupt (Anm. 62, 63) — darin kein Schuld-, sondern ein Sachen-Vermächtniß erblickt⁸⁵⁾, das Vermächtniß also trotz Nichtexistenz oder Untergang der Dotalshuld aufrechterhalten⁸⁶⁾.

Endlich sagt man, daß sich das Obligationenvermächtniß in allen seinen Arten „auch auf Forderungen Anderer oder an Andere beziehen“ könne⁸⁷⁾. Dies ist in Betreff des legatum debiti nur in Verbindung mit einer Befreiung fremder Schuldner denkbar⁸⁸⁾; und angenommen auch, daß das legatum debiti

79) D. de dote praelegata 33, 4 l. 1 §. 5 eod. §. 15 J. h. t. Si maritus uxori dotem legaverit —

80) l. 1 pr. D. h. t. 33, 4 Cum dos relegatur . . . id dotis legato inesse, quod actione de dote inerat. §. 5 § 9 eod., 3. B. l. 1 §. ult. eod. l. 25 §. ult. D. sol. matr. 24, 3.

81) §. 15 J. cit.

82) l. 1 §. 7 D. h. t. 33, 4 — mulier nihil amplius quam liberationem habebit.

83) l. 1 § 2 §. 6 eod. Hierher auch der Fall wo die dos vom Vater der Frau oder einem Dritten schenkungsweise promittirt ist und exigibel wird: l. 33 D. j. d. 23, 3.

84) §. 15 J. cit. — quia plenus est legatum dotis, quam actio de dote. Diese klassischen Vorzüge (in Ansehung der Frist: l. 1 §. 2 D. h. t. 33, 4 — der Retentionen: §. 3 §. 4 l. 5 eod. l. 41 §. 1 D. leg. II) sind durch die l. unica C. rei ux. act. 5, 13 freilich zumeist antiquit. arg. §§. 5 — 7 eod.

85) l. 6 §. 1 D. h. t. 33, 4 — non dos ipsa sed pro dote pecunia legata videtur —

86) §. 15 J. cit. l. 25 D. lib. leg. 34, 3 l. 6 pr. l. 8 cf. l. 1 §. 9 D. h. t. 33, 4.

87) Arndts, B. §. 576. 4.

88) In den von Arndts a. a. D. lit. c citt. l. 11 §. 22 D.

in solcher Verbindung dem Gläubiger einen Vortheil böte, wird im Zweifel doch nur ein legatum liberationis als gewollt erachtet^{89).}

IV. Das Universalvermächtniß s. unten §. 431. 432.

c. Maß. Lex Falcidia.

§. 416.

J. de lege Falcidia 2, 22. D. ad l. F. 35, 2. C. eod. 6, 50.

Wie mit Vermächtnissen Niemand beschwert werden kann, der nicht aus der Erbschaft oder vermittelst der Erbschaft etwas empfängt (§. 412 Anm. 2), so kann auch grundsätzlich Niemand mit mehr beschwert werden, als er besagterweise empfängt¹⁾;

legat. III. I. 49 §. 6 D. leg. I sind Fälle entschieden, in denen nicht blos „zugleich oder auch vorzugsweise“, sondern theils blos ein legatum liberationis (I. 11 §. 22), theils ein legatum liberationis neben einem inutile legatum debiti hinterlassen ist. In I. 49 §. 6 ist das legatum debiti überdies nicht an fremder Schuld vermacht. Erst in I. 11 §. 22 in fin. und nur a contrario ist der Möglichkeit Raum gegeben, daß das Vermächtniß der Befreiung eines fremden Schuldners in ein utile legatum debiti an dessen Gläubiger verwandelt werde — in ein utile legatum d., weil bei der Insolvenz des Schuldners der Gläubiger nur auf diesem Wege zu seiner Sache kommt (emolumentum publicano quaeratur). In den weiterhin citirten I. 69 §. 2 I. 49 §. 4 §. 5 D. leg. I. I. 7 §. 3 D. lib. leg. 34, 3 ist, wiederum in Gestalt eines legatum debiti nur ein legatum liberationis hinterlassen, überdies nur in I. 49 §. 4 §. 5 in Gestalt eines I. debiti an fremder Schuld. Vgl. übrigens Anm. 77. 78.

89) I. 11 §. 22 cit. — plerumque . . intelligendum est, privati (debitoris) causa hoc fecisse, licet emolumentum publicano (creditori) quaeratur. Dies war so vorherrschend der Fall, daß man zu dem Spruch fam: Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit (I. 11 §. 22 cit.) — oder alius habet actionem quam cui testator dari jussit — I. 69 §. 1 D. leg. 1.

1) I. 114 §. 3 in f. D leg I. — quia placet, non plus posse rogari quem restituere, quam quantum relictum est cf. §. 1 J. sing. reb. per fc. rel. 2, 24. Gaj. 2, 261; I. I §. 17 D. ad SC. Treb. 36, 1 — neminem . . oportere plus legati nomine praestare quam ad eum ex hereditate praestet —. Was darüber geht, ist nicht (I. 18 §. 1 D. auro 34, 2) oder nichtig (I. 70 §. 1 ab init. D. leg. II I. 122 §. 2 D. leg. I) hinterlassen; ob und wie man darüber gehe, bemüht sich nicht ohne Rücksicht einerseits auf den etwaigen Abgang, den das Empfangene durch Erfüllung einer Bedingung (I. 122 §. 2 cit. I. 26 pr. eod.), anderseits auf den Zuwachs, den das Empfangene durch Zirie oder Früchte in der Zwischenzeit seit dem Empfange bis zu dem Tage da das Vermächtniß fällig wird, erfahren hat oder erfahren konnte (I. 70 §. 1 §. 2 I. 77 §. 31 D. leg. II I. 114 §. 3 §. 4 D. leg. I. vgl. I. 3 §. 3 D. leg. III).

nicht als ob dies nothwendig aus jenem folgte, sondern auf Grund freier Beliebung des Rechtes²⁾, so denn auch nicht ohne weitgehende Einschränkung³⁾.

Jure communi kann man nicht über, wohl aber bis zum Empfangenen beschwert werden⁴⁾. Dieser Satz ist in Ansehung dessen was auf Vermächtnisse, insonderheit auch Universalfideicommissen gelegt wird, in vollem Umfange aufrecht erhalten (§. 419 Anm. 1), in Ansehung dessen dagegen womit unmittelbar die Erbschaft oder der Erbe beschwert wird, durch die Singulargesetzgebung — und zwar entgegen den (bis auf Augustus allein in Betracht kommenden) legata nach einander und zu wachsendem Schutze der Erben durch das Jurische, das Voconische und das noch voraugusteische, fortan allein geltende Falcidische Gesetz⁵⁾ — entgegen den Fideicommissen durch das SC. Pegasianum und eine Constitution von Antoninus Pius — entgegen den mortis c. donationes durch eine Constitution von Alexander Severus beseitigt worden⁶⁾.

Das Falcidische Gesetz erscheint (gleich dem Jurischen und Voconischen) als Einschränkung der durch die XII. T. garantirten Testirfreiheit⁷⁾, darum als jus publicum in dem Sinne,

2) S. das placet in l. 114 § 3 cit. (Anm. 1); den der einmal angenommen, konnte man zu der Auflage ohne Rücksicht auf deren Größe für quasicontractlich obligirt erachten. Vgl. das allg. öst. Gb. §. 650.

3) einmal auf die Fälle, in denen man aus der Annahme der Honorirung nicht auch schon auf die der ganzen Auflage schließen den quasicontractlichen Gesichtspunkt festhalten) zu dürfen glaubte, wie in dem Falle si pecunia accepta rogatus sit rem propriam quamquam majoris pretii est restituere — l. 70 §. 1 D. leg. II); daß die Regel überhaupt nur da gelté wo quantitas cum quantitate in Vergleich kommt (l. 70 §. 1 cit.), darf man nicht behaupten: arg. l. 122 § 2 l. 114 §. 3 D. leg. I l. 3 § 3 D. leg. III; — dann (seit Einführung des Beneficium Inventarii) auf die Fälle, da man entweder cum benef. inv. angetreten, oder doch nicht ohne Inventarserrichtung deliberirt hat (§. 399 § 213). Vgl. oben §. 412 Anm. 2 u. 3.

4) — auf Grund der XII T.: Gaj. 2, 224 pr. J. de lege Falc. 2, 22.

5) Gaj 2, 224—228 pr. J. 2, 22.

6) entgegen den testamentarischen sowohl Singular- als Universalfideicommissen durch das SC. Pegasianum (Rudorff, RG. I §. 115 Anm. 20 zu Gaj 2, 258 §. 5 J. de fc. her. 2, 23), — entgegen den Intestatfideicommissen durch eine const. von Pius Antoninus (l. 18 pr. D. h. t.) entgegen den mortis c. donationes durch eine const. von Alex. Severus (l. 5 C. h. t.).

7) Daß nur nach seiner — des Falc. Gesetzes — Maßgabe der rö-

daz ihm kein Testator zu derogiren vermochte⁸⁾, und alle Versuche es zu umgehen jo fehlschlügen als die gerade Zuwidderhandlung⁹⁾. Erst Justinian setzt den Willen des Testators über den des Gesetzes und schließt dieses aus, wenn jener ausdrücklich erklärt, daz es nicht Anwendung finden solle¹⁰⁾. So ist das Falcidische Gesetz aus zwingendem zu subsidiärem Rechte geworden¹¹⁾.

mische Bürger künftig testamentarisch über sein Vermögen verfügen dürfe, verkündete das 1te Kapitel; daz er mehr als den Dodrans zu vernichten legare — daz damals noch allein wirksame V.) weder Besugniß noch Macht haben solle, bestimmte das 2te Kapital: l. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2

8) als Einschränkung bisheriger Autonomie war es im eminenten Sinne des Wortes *jus publicum* der gedachten Art (Bd. 1 §. 24, 2).

9) Die „certae species“ mit denen man den Erben anstatt mit der f. Quart abzufinden oder ihm diese zu verkürzen suchte, s. l. 11 C. ad l. Falc. 6, 50) s. l. 12 l. 15 §. 1 §. 8 l. 27 D. ad l. Falc. 35, 2. Einen Umlweg der vielleicht aus demselben Grunde wie die Überlastung der Erbschaft — Ann. 3) dennoch zulässig schien, s. l. 64 D. h. t. Ein anderes als Entziehung ist Ertrag der Quart — §. 420 Ann. 18.

10) Nov. 1 c. 2 § 2 — Si . . expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidium, necessarium est, testatoris valere sententiam — vgl. Auth. zu l. 7 C. h. t. Allerdings scheint im Antithese zu dem Falle si expressim designaverit, nicht schlechtweg der da er geschwiegen, sondern der zu stehen, da er erraus de sua substantia mehr als recht war vermacht (und bezüglich der Anwendung des f. Gesetzes geschwiegen), so daz jene Gegenansicht und Zwischenmeinungen auftreten konnten, deren Windshied §. 651 Ann. 1 gedenkt und deren eine er selbst vertritt; allein genauer betrachtet steht die Eventualität ubi erraus de sua substantia hoc egit gar nicht im Zusammenhang mit der nachfolgenden Ermächtigung des Testators zum Ausschluß der lex Falcidia, sondern in dem mit der vorausgehenden Bestrafung des Erben: daz er die Vermächtnisse selbst über den Belang der Erbschaft hinaus entrichten müsse, wenn er kein Inventar errichtet. Diese Strafe d. i. diese Belastung der Erbschaft über deren Betrag soll nur platzgreifen, wenn dieselbe dem Erben in Kenntniß des Erbschaftsstandes auferlegt wurde; für den falcidischen Abzug bleibt die Kenntniß oder Unkenntniß des Testators über das Verhältniß der Vermächtnisse zum Erbschaftswert außer Betracht; der Abzug besteht, wenn Testator der Überbürdung noch so klar bewußt war; nur die ausdrückliche Verfügung, daz die V. ungeschmälert bestehen sollen, schließt ihn aus. In der Vermengung der beiderlei Dispositionen geht freilich die citirte Ruthenica (cum testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimonii) unentwegt voran. — Lebrigens liegt in der nunmehrigen Macht des Erblässers, die Falcidia überhaupt auszuschließen, auch die, der selben nur das eine oder andere Vermächtniß zu entziehen; stillschweigend ist eine solche theilweise Ausschließung der l. F. in dem Veräußerungsverbot bei Familienfideic. enthalten: Nov. 119 c. 11 (§. 423 Ann. 18. 21).

11) das österr. bürg. Gb., das preußische A. Landrecht, der code civil und das sächs. Gesetzbuch hat ihm auch diese Bedeutung genommen, d. h. es antiquirt (Unger, a. a. O. §. 66 Ann. 2), damit aber auch einen Antrieb zur Amtretung von Erbschaften aufgehoben. Das Zürcher Gb. § 2092 sichert dem Erben wenigstens $\frac{1}{12}$.

Verschieden von dieser Umwandlung des Gesetzes ist seine Durchbrechung durch das *jus militare*¹²⁾, durch Einführung eines einerseits gezwungenen, anderseits eines jeden Vortheils wie Nachtheils entkleideten Erbschaftserwerbes¹³⁾, durch strafhalber erfolgende Einziehung seines *Beneficiums*¹⁴⁾, und endlich durch Befreiung gewisser Vermächtnisse kraft Privilegs¹⁵⁾ oder eigenen Rechtes¹⁶⁾ der Legatare.

12) l. 7 C. h. t. 6, 50. In testamento militis jus legis Falc. cessat — l. 17 §. 4 D. testam. mil. 29, 1 Si . . . t. in militia fecerit et intra annum missionis moriatur — l. 69 D. h. t. 35, 2: — Si dum paganus erat fecerit t., militiae tempore codicilios, l. Falc. in codicillis locum non habet, in testamento locum habebit. Windscheid §. 651 Anm. 2 „Es wurde wie überall bei lebtw. Verfügungen eines Soldaten der wirkliche Wille des Erblassers zur Ausführung gebracht“. (vgl. l. 17 I 92 D. h. t. l. 18 D. test. mil. 29, 1). Antiquirt durch d. ReichsM.G. v. 3. Mai 1874 §. 44.

13) l. 4 D. ad SC. Treb. 36, 1 — nec quartae commodo heres in restitutione utetur. Nam cum alieno periculo adierit hereditatem, merito omni commodo arcebitur — l. 14 §. 4 l. 27 §. 2 eod. cf. §. 1 J. fc. hered. 2, 23 — cavetur Pegasiano SC., ut desiderante eo cui restituere rogatus est jussu praetoris adeat et restituat hereditatem —

14) indem das „beneficium legis Falcidiae“ in Betreff derjenigen Vermächtnisse verwirkt wird, deren Ausfall man herbeizuführen gesucht (qui id egerit, ut fcommissum intercidat): l. 59 pr. D. h. t. — oder deren Entrichtung an einen Unfähigen man übernommen (l. 11 D. de his quae ut indign. 34, 9 l. 13 l. 59 §. 1 D. h. t. 35, 2 l. 3 C. eod. 6, 50 l. 49 D. j. f. 49, 14) — sowie in Betreff derjenigen Erbschaftssachen, welche man (um den Abzug zu vergrößern) hinterzogen hat (l. 6 D. de his quae ut indign. 34, 9 l. 24 pr. l. 68 §. 1 D. h. t. 35, 2). Die Verwirkung beruht überall auf einer *Indignität*, zieht überall sonst ausgesprochener Masse, darum analogerweise auch im Falle der l. 59 pr. cit. Übergang der entzogenen Quaest auf den Fiskus nach sich. — Endlich aber tritt totaler Verlust des benef. legis Falcidiae wegen Ablehnung des *beneficium inventarii* ein, während die Strafe, den Legataren selbst über den Betrag der Erbschaft hinaus leisten zu müssen nicht, schon die Folge des Antritts sine *beneficio inv.*, sondern erst die der Deliberation ohne Inventarserrichtung ist (§. 339 S. 213).

15) so der B.B. ad pias causas: Nov. 131 c. 12, u. dass. Marelli, Zeitschr. f. Civilr. u. P. V. 6, Auth. zu l. 7 C. h. t. 6, 50 l. 49 §. 2 C. episc. et Cl. 1, 3 Paul. R. S. IV §. 3. S. unten §. 417 Anm. 22.

16) so der dos relegata, „scilicet quia suam rem mulier recipere videtur“ l. 81 §. 1 D. h. t. 35, 2 l. 57 eod. und annähernd aus demselben Grunde u. kraft der lex F. selbst das B. derjenigen Sachen, die der Frau halber gekauft oder hergestellt sind: l. 81 §. 2 eod., — der Vermächtnisse, in denen der Pflichttheil (debita portio) hinterlassen ist (l. 36 pr. C. inoff. 3, 28 — repletionem fieri nulla Falcidia interveniente — arg 1 87 §. 4 D. leg. II. Bgl. §. 405, 3.) Das legatum debiti ist entweder unnütz u. nichtig, oder aber von Nutzen und dann insoweit auch

Was von der lex Falcidia gilt auch von dem SC. Peganum und den Constitutionen von Ant. Pius und Alex. Severus insoferne sie Ausdehnung des Rechtes der lex Falcidia auf die Fideicommissa und Schenkungen von Todes wegen enthalten (Anm. 6), die beiden letzteren überdies den legata gleichgestellt worden sind.

§. 417.

Nicht sowohl nach dem Buchstaben als im Sinne des Gesetzes ist unter der Quart, welche nach Maßgabe der lex F. den Erben von Vermächtnissen frei verbleiben soll, ein Viertheil der jedwedem Erben zufallenden Erbschaft (Erbportion), nicht ein Viertheil der Erbschaft überhaupt ¹⁾, verstanden ²⁾. Ein anderes Viertheil, als das vom reinen (nach Abzug der Erbschaftsschulden und dessen was als Erbschaftsschuld gilt) verbleibenden Erbvermögens kann —, ein anderes als das nach dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers sich berechnende Viertheil soll nicht verstanden werden ³⁾.

Wie viel diese Quart betrage, bildet die erste — ob der Erbe diese Quart hat, die andere Aufgabe der „Falcidischen Rechnung“ (ratio legis Falcidiae); je nach ihrem Ergebnis kommt es zum Abzug an den Vermächtnissen oder nicht (vgl. unten III. und §. 420).

der lex F. unterworfen: 1. 1 §. 10 D. h. t. 35. 2. — Ueber die Folgen des Unterschiedes im Grunde der Befreiung s. unten §. 417 Anm. 22.

1) wonach dem Einen mehr, dem Anderen weniger oder nichts verbleiben könnte —

2) §. 1 J. h. t. 2, 22 — placuit . . . ut quartam partem suaे partis salvam habeat; etenim in singulis heredibus ratio legis F. ponenda est. l. 77 D. h. t. In der That konnte auch das Wort der lex Falcidia (hereditatis) in diesem subjectiven Sinne gemeint sein. Eine ähnliche Distinction s. oben S. 260 Abs. 1.

3) Die Vermächtnisse selbst kommen erst nach Abzug der Schulden in Betracht (Anm. 5; §. 412 Anm. 5); um von der Erbschaft innezu behalten was der Erbe zur Bezahlung der Erbschaftsschulden braucht, bedarf er des Falcidischen Gesetzes nicht; erst für den Rest kann es ihm zu statthen kommen; daher lex F. itemque SC. Peg. deducto omnia aere alieno deorumque donis quartam residua hereditatis ad heredem voluit pertinere: Paul. R. S. IV, 3 §. 3 cf. §. 3 J. 2, 22 l. 6 pr. C. h. t.; — Der Zeitpunkt des Todes beliebt: l. 73 pr. D. h. t. (visum est) cf. §. 2 J. 2, 22 l. 30 pr. §. 2 — §. 1 l. 65 pr. D. h. t.

I. Bei Berechnung der Quart kommen

1. die Activa der Erbschaft nicht alle schlechthin, oder überall alle in Ansatz: nur entweder nach ihrem Hoffnungswert, oder gegen entsprechende Caution voll oder gar nicht diejenigen, welche nur bedingt in die Erbschaft gehören⁴⁾. Sachen, welche vermächtnishalber aus der Erbschaft ausscheiden oder ausscheiden können, zählen mit, ob sie bedingt oder unbedingt, betagt oder unbetagt vermacht sind⁵⁾. Schlechthin außer Ansatz bleiben die vom Erben hinterzogenen Activa⁶⁾. — Dinge, welche dem Rechte nach mit der Erbfolge (und zwar vom Tode des Erblassers an⁷⁾) zu existiren aufhören und gleichwohl unter den Activis der Erbschaft zählen, sind die Forderungen, die der Erblasser an den Erben hatte⁸⁾; denn die Erbschaft ist diesem um so viel mehr werth, als er durch sie weniger Schulden hat⁹⁾. Das hat selbst für bloße Naturalforderungen Geltung¹⁰⁾. — Die Schätzung der Activa geht auf den gemeinen Sachwerth¹¹⁾; keine Preisbestimmung, die auf einem anderen Grunde als dem des „wahren“ Werthes beruhte, auch wenn sie vom Erblasser herrührte, kommt in Betracht; kein anderer als der praesente, von keinerlei Even-

4) l. 73 §. 1 D. h. t. Magna dubitatio fuit in his quorum conditio mortis tempore pendet etc. z. B. bedingte Forderungen; — „mortis tempore“ kann hier nicht dahin verstanden werden, daß diese Behandlungsweise auch dann platzgreife, wenn die Forderung zur Zeit der Falcidischen Berechnung unbedingt geworden ist. S. übrigens Anm. 14.

5) Denn als vermacht kommen dieselben erst nach Entzifferung des Reinvermögens in Betracht. Stellen, die das Gegentheil zu sagen scheinen, wie l. 11 §. 1 §. 4 l. 73 §. 2 – §. 4 D. h. t. gehen auf das was „in die Quart einzurechnen“ ist: l. 11 pr. eod.

6) — ac si hae res quae ab herede subtractae sunt, in hereditate relictæ non fuissent: l. 24 pr. l. 68 §. 1 eod. — nihil intersit, utrum subtraxerit, an hereditariam esse negaverit — (vgl. §. 416 Anm. 14); Quart und Abzug fallen zur Strafe des Erben um so geringer aus.

7) §. 364 zu Anm. 7.

8) l. 1 §. 18 D. h. t. — ut computetur ei quod debet, quamvis additione confusum sit.

9) l. 1 §. 18 cit. — quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur. Dente: tamen eo quod liberatus est locupletiorem h. p. v.

10) arg. l. 56 §. 2 eod.

11) l. 42 eod. Ausführung: l. 63 pr. eod.

tualitäten abhängige Werth¹²⁾; praesent ist der beim Tode des Erblassers vorhandene Werth¹³⁾; —

2. die Passiva kommen wiederum nur nach ihrem Hoffnungswert, oder gegen Caution voll oder gar nicht in Ansatz und Abzug, wenn sie durch eine Bedingung in Schweben sind¹⁴⁾. Confusio bleibt auch hier außer Betracht¹⁵⁾. Da die Todeszeit des Erblassers über den Stand der Passiva wie der Activa entscheidet (Ann. 3 a. E.), kann auch auf den Vergleich, durch welchen sich die Passiva nachträglich verringern¹⁶⁾, sowie auf nachträgliche Mehrung der schon beim Tode des Erblassers vorhandenen Schuld¹⁷⁾ nichts ankommen¹⁸⁾. — Als Passiva kommen nicht blos die eigentlichen (durch Contract oder Delict noch vom Erblasser contra-hirten) Erbschaftsschulden, sondern auch die Pflichttheilsgebühr¹⁹⁾,

12) „formale pretium“ I. 62 §. 1 eod. steht wohl im Gegensatz zu rei veri pretium wie die Schätzung des Testators in I. 15 §. ult. eod. und die ex affectu etc. in I. 63 pr. eod.

13) I. 9 pr. eod.

14) Hier wie Ann. 4 beziehen sich die Worte der I. 73 §. 1 D. h. t. „ut duorum alterum fiat: aut ita ratio habeatur, tanquam pure debeat; aut ita, tamquam nihil debeatur“ nur auf den Fall da Caution beliebt wird; denn entspricht das folgende: deinde heredes et legatarii ita inter se caveant, ut existente conditione aut heres reddat quanto minus solverit (da die bedingte Schuld gar nicht) aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sunt (da die bedingte Forderung gar nicht in Ansatz gekommen war).

15) arg. I. 48 I. 87 §. 2 D. h. t. Vgl. Ann. 8.

16) I. 3 §. 1 eod.

17) z. B. auf nachträglich erwachsene Binse — arg. „ex fetu perorum“ §. 2 J. I. 30 pr. I. 73 pr. D. h. t.

18) vorausgesetzt, daß die Mehrung Zuwachs zu einer mortis tempore beständigen Schuld war. Ist sie Steigerung einer bloßen mortis tempore dagewesenen Haftung zu nachträglicher Schuld, wie z. B. der Evictionshaftung zur dupli obligatio durch nachträgliche Eviction, so wird diese Schuld auf die Todeszeit zurückbezogen, und nur „benignius“ auf ein Simplum gemindert, wenn der Schuldner zugleich Erbe ist (I. 48 D. h. t.). Daselbe gilt, wenn eine Forderung des Erblassers in gleicher Weise sich steigert (I. 48 cit.); ja das benignius lässt sich, in Ansehung der Falcidia und des Erben, nur von diesem Fall verstehen.

19) die noch römischem Rechte erit seit Einführung der suppletoria actio und nur so weit eine Pflichttheilsforderung bestand (vgl. §. 405 zu Ann. 20—22). Dass die dictata portio überhaupt eine Erbschaftsschuld, der Erbe also, wenn pflichttheilsberechtigt und etwa zu einer größeren Erbportion als dem Pflichttheil eingesezt zuerst als Erbschaftsgläubiger den Pflichttheil einzuziehen, und sonach vom Rest auch die Falcidische Quart zu behalten berechtigt sei, ward auch jetzt noch nicht Rechten (arg. I. 8 §. 9 D. inoff. 5, 2 — non potest dicere inofficium, quia habet Fal-

der dem Erben obgelegene Aufwand auf Bestattung des Erblassers²⁰⁾, Antritt, Inventarisierung und Liquidierung der Erbschaft²¹⁾ in Ansatz. Erbschaftsschulden werden um deswillen nicht minder mitgezählt, weil sie zugleich vermacht sind (§. 416 Ann. 16)²²⁾.

cidiam — l. 10 C. h. t. — quod beneficio legis Falcidiae habere potuit, ad successorem intestati pertinere —) und konnte einem klässischen Juristen vollends nicht in den Sinn kommen; denn der Pflichttheil war nicht Gegenstand des Anspruches, sondern das Mittel, mit dem man den Anspruch (auf das Erbewerden) abfand (§. 378 zu Ann. 4, 17 und 29 §. 404 S. 257. nro 4, 1. 1. 8 §. 8 D. inoff. 5, 2 — quarta . . sufficit ad excludendum querelam — l. 29 C. eod. 3, 28 l. 7 C. inoff. dou. 3, 29 cf. l. 2 pr. D. exc. 44, 1 Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio ad excludendum id quod in int. cond. ve deductum est. Erst das canonische Recht (cap. 16. 18 X testam. 3, 26) verallgemeinert das im römischen Rechte noch auf die suppletoria actio beschränkte Schuldwesen des Pflichttheils, und legte den Grund zu der Lehre, daß der pflichttheilsberechtigte Erbe „zuerst den Pflichttheil und nebstdem noch von dem übrigen Vermögen die Quart abziehen“ kann. (Seuffert, pract. Pand.R. §. 653 a. E. Arndts, Rechtsl. VI S. 314 Ann. 293. Einschränkungen derselben s. bei Windscheid §. 652 Ann. 5 a. E.).

20) §. 3 J. l. 1 §. ult. 1. 2 l. 6 D. h. t. l. 22 §. 9 C. jure delib. 6, 30.

21) l. 22 §. 4 §. 9 C. eod. l. 72 D. h. t.

22) Da sie dem Abzug nicht unterliegen (§. 420) trifft dieser die übrigen Vermächtnisse, möchte man meinen, um so stärker (vgl. Seuffert, pract. Pandr. §. 624 Ann. 13). Indessen ist nun zugleich der Nettobetrag der Erbschaft und die Quart, sowie die Summe der dem Abzug unterliegenden Vermächtnisse kleiner, also nicht ohne weiteres zu sagen, ob die Befreiung des Einen Vermächtnisses von dem Abzug den übrigen zu Lasten, oder zu Gunsten, oder gleichgültig sei. Das eine oder andere ist zwar entschieden der Fall, aber entschieden nicht durch die Jurisprudenz, sondern durch den von E. A. Seuffert (ebenda) herausgestellten Calcul, wonach durch den Vorabzug des Einen Vermächtnisses vom Vermögen die übrigen entgegen der Quart gewinnen, wenn die Summe sämtlicher Vermächtnisse unter dem Betrage des (ohne Abzug irgend eines Vermächtnisses sich ergebenden) Vermögens bleibt, — verlieren, wenn der Betrag dieses Vermögens von dem der sämtlichen BB. übertrifft wird — weder gewinnen noch verlieren, wenn beide Beträge sich gleich bleiben. — Zu schuldenartigen Vorabzug vom Erbvermögen können nur diejenigen BB. führen, welche zugleich Erbschaftsschulden sind oder als solche betrachtet werden. Neben dem aes alienum als solche betrachtet und denn auch behandelt sind bei Paulus R. S. IV, 3 §. 3 die dona deorum, wonach den Vermächtnissen ad pias causas (§. 416 Ann. 15) daselbe Vorrecht einzuräumen sein dürfte; wenigstens steht denselben in Nov. 131 c. 12 l. 49 §. 2 C. epise. 1, 3 nichts entgegen. Das gegen Marezoll u. Wangerow in meinen Pandd. 1te Aufl. S. 1134 wider S. 925 unten ausgesprochene Bedenken über die absolute Befreiung dieser BB. von der l. Falcidia ist angesichts der Auth. zu l. 7 C. h. t. aufzugeben. Wenn dagegen E. A. Seuffert a. a. D. schuldenartigen Vorabzug auch den gesieeten BB. der Soldaten

II. Ob der Erbe die Quart (oder wie viel weniger er) habe, ergibt sich aus dem was übrig bleibt, wenn man von der Summe dessen was der Erbe an „in die Quart einzurechnenden“²³⁾ Nachlaßstücken hat, die Summe der auf dieser Habe lastenden Vermächtnisse in Abzug bringt.

In die Quart einzurechnen ist aber von Rechtswegen

1. nur was der Erbe *judicio defuncti*, und zwar *jure hereditario* hat²⁴⁾. Also kommt nicht in Einrechnung was er kraft Vermächtnisses, Schenkung von Todeswegen, oder zwar auch leßtwillig, aber von einem Dritten in Erfüllung einer Bedingung bekommt²⁵⁾; von Praelegaten nur soviel als er davon schon selbst (als Erbe), nicht erst von den Miterben hat²⁶⁾; wogegen die Praeceptionen (Retentionen, Deductionen, Exceptionen), zu denen er als Fiduciar gegenüber dem Universalfideicommissar ermächtigt ist, in die Quart zählen²⁷⁾;

eingeräumt sieht, so dürfte dem I. 17 D. h. t. widersprechen, da die gefreiten BB. hier, wenn sie wie Schulden vorabgingen vollständig zur Befriedigung gelangten, und den ungefreiten nichts bliebe, während in der That zunächst beiderlei BB. pro rata auf den Stand der Erbmasse herabgemindert, und zu diesem Betrage (320+80) die gefreiten ganz, die ungefreiten zu 80-20 befriediget werden. Allerdings wird hier, und wo die beiderlei BB. den Betrag der Erbmasse vornherein nicht überschreiten (wie dies nach der Reduction in I. 17 eit. und vornherein in I. 18 pr. D. test. mil. 29, 1 der Fall ist) (gegenüber den ungefreiten BB.) die Quart nicht von der ganzen Erbmasse, sondern von dem nach Befriedigung der gefreiten BB. verbleibenden Reste berechnet (Windisch eit. §. 652 zu Num. 24), gerade so wie das da der Fall ist, wo Schulvermächtnisse mit ungefreiten zusammentreffen; allein dies hängt nicht mit irgend einer Schuldartigkeit der Soldatenvermächtnisse, sondern mit dem Gedanken zusammen, daß dieses Privileg nicht auf Kosten der ungefreiten Legatare eingeführt sein sollte, sondern auf Kosten des Erben, welcher, wenn seine Quart nach der ganzen Erbmasse berechnet würde, leicht den Anspruch erheben möchte, daß sie auch womöglich ganz, also zum Nachtheil der übrigen Legatare geltend gemacht werde.

23) s. B. I. 74 D. h. t. — in quadrantem ei nou imputatur. I. 91 eod. In quartam hereditatis, quam per legem F. heres habere debet, imputantur res etc.

24) I. 74 I. 91 D. h. t.

25) I. 74 I. 91 I. 60 pr.; Paul. R. S. III 8 §. 3; I. 30 §. 7 I. 40 §. 1 I. 91 in f. D. h. t. Erbschaftssachen die zwar vermacht sind, aber wegen, anfänglicher oder nachträglicher Ungültigkeit des Vermächtnisses, oder Incapacität des Bedachten nicht geleistet zu werden brauchen, sind einzurechnen (I. 76 §. 1 D. h. t. — hereditario jure apud eos remanere intelligi — I. 50 I. 51 I. 52 §. 1 I. 78 eod.).

26) I. 91 eit. — pro ea vero parte —

27) I. 91 eit. — in fideic. hereditate restituenda . . . sive praec-

denn diese hat und behält er jure hereditario²⁸⁾). Diesen

cipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur.

28) Dies, nicht der präsumtive Wille des Erblassers, daß solche Zuwendungen „statt der Quart“ hinterlassen sein sollen (z. B. l. 56 §. ult. l. 50 l. 90 D. l. 11 C. h. t. — Bangeroe §. 536 Anm. II S. 486, ähnlich Wind scheid, §. 652 zu Anm. 18), oder eine Art von Compensation der Vermächtnisse mit den Retentionen (Neuner, her. inst. ex re ecta) S. 107 fgg. erscheint in den Quellen als Grund der Einrechnung. Allerdings hat der Fiduciär diese Sachen sine ullo onere hereditario quasi ex legato ei adquisita (§ 9 J. her. 2, 23); allein damit ist ausgedrückt, daß er in Ansehung der Erbschaftsschulden wie ein Legatar da steht (vgl. l. 30 § 3 D. ad SC. Treb. 36, 1); es wäre nicht auffallend, daß er sine ullo onere hereditario da steht, wenn er Legatar wäre; nur weil er diese Sachen als Erbe hat, muß es gesagt werden, daß er sine onere hereditario, und in so weit Quasi legatar ist. Ein weiterer Beweis für die hereditarische Qualität der dem Fiduciär „verbleibenden“ Sachen (§ 9 J. cit. l. 93 cf. l. 76 §. 1 D. h. t. — hereditario jure apud eos remanere —) ergibt sich da wo der Fiduciär unter Praeception gewisser Sachen der Erbschaft seinem Miterben zu restituiren hat. Denn zeuge der l. 58 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 hat er die praecipirten Sachen nur zum Theil von seinem Miterben, zum andern Theile also nicht von diesem, weder von ihm als Miterben, noch von ihm als Fideicommissar; ein anderes als daß er sie von sich selbst, als Erbe habe, scheint nicht denbar. Was vom Theil, gilt vom Ganzen, wenn der Fiduciär keinen Miterben hat, und die ganze Erbschaft restituiren muß. Nicht minder zeigt sich der Fiduciär in l. 1 § 17 D. ad SC. Treb. 36, 1 mit seinen 200 als Erbe, indem er von wegen des selben nebst dem Fideicommissar seitens der Legatate proportionell belangt wird. Ferner sollen die dem Universalfideicommissar zu Gunsten des Fiduciars auferlegten Geldleistungen (Anm. 29) gerade so in die Quart eingerechnet werden, wie wenn sie ex bonis retinirt würden; also fällt die praecipirte Erbschaftssache darum in die Quart, weil sie der Fiduciär nicht vom Fideicommissar, und wenn kein Miterbe da ist, ganz ex bonis (hereditate), also jure hereditario hat. Bei der Praeception unter Miterben hat Praecipient die Sache zum Theile, bei der Praeception gegen Nachherben hat er sie ganz jure hereditario. In l. 91 D. h. t. wird das praecipere, deducere, retinere in fideic. hereditate von legatum u. fideicommissum unterschieden. Die Ausdrücke praecipere, retinere, deducere dienen auch nicht zur Unterstützung der Ansicht, als ob Praecipient vom Fideicommissar befomme. Das „excipere“ (l. 78 §. 13 D. ad SC. Treb. 36, 1) versöhnt den Conflict zwischen hereditas fideicomissa und zurückbleibendem ius hereditarium, wie ja auch der Legatar einzelne Sachen der Erbschaft vorwegzahlt, trotzdem der Erbe ein Ganzes hat (l. 80 D. leg. II E. A. Seufert zu Scuff. prakt. Pandr. §. 642 Anm. 8). — Ein Gegenargument läge in l. 31 (30) §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 wenn die res vel pecunia, in welcher die quarta pars behalten wird, durch ein Praeceptionsgebot gegeben jem müßte; nun kann aber auch an Vermächtnisse gedacht sein, mittelst deren die Quart anstatt durch hereditis institutio (jure hereditario) gegeben ist. — Mit dieser in meinen Pand. 1te Aufl. S. 927—929 vertretenen Ansicht stimmen überein Mandry, Arch. f. civ. P. LI S. 97 fgg. Arndts, Forts. d. P. Glück, Comm. XLVII S. 45. Kretschmar, Natur d. Präl. S. 7 fgg. S. 194 fgg. E. A. Seuffert a. a. D.

Praeceptionen aus der Erbschaft sind Gegenleistungen, welche der Universalfideicommissar nach Anordnung des Erblassers an den Fiduciar aus dem Seinigen machen soll, durch Rescripte gleichgestellt worden²⁹⁾, darnach wohl alles was ein Legatar dem Erben als Erbsatz für die diesem durch das Vermächtniß entzogene Erbschaftssache geben soll³⁰⁾. Ohne weiteres als (in die Quart einzurechnende) Gegenleistungen gelten Vermächtnisse die dem Universalfideicommissar zu Gunsten des Fiduciars auferlegt werden³¹⁾. Keine Gegenleistung ist was der Erbe conditionis implendae gratia empfängt (Ann. 25).

Von Rechts wegen also wird dem Erben kein Vermächtniß in die Quart eingerechnet, wenn und soweit er es nicht jure hereditario hat, oder wenn und so weit es nicht einem solchen, das er jure hereditario hat, gleichgestellt ist (Ann. 28—31). Nun aber ist erstens diese Seite des Falcidischen Rechtes nie als *jus publicum* betrachtet worden; der Erblasser kann ihm derogiren; es kann sein ausdrücklicher oder stillschweigender Wille sein, daß Vermächtnisse sowie Schenkungen die der Erbe unter Lebenden oder von Todeswegen empfängt, und außerdem in die Quart nicht einzurechnen wären, eingerechnet werden sollen, und so denn auch eingerechnet werden müssen³²⁾. Zweitens bringt es das Pflichttheilsrecht mit sich, daß dem Erben zugewandte übermäßige Schenkungen in die Quart eingerechnet werden müssen³³⁾.

Vor allem aber muß der Erbe was in die Quart einzurechnen ist *judicio defuncti* haben³⁴⁾. Darum wird die Erb-

29) I. 91 — accepta pecunia restituere rogatus — I. 93 D. h. t. I. 58 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1. Auf diese Ausdehnung paßt treffend die Fassung, welche Windscheid §. 652 zu Ann. 17 u. 18 dem Grunde unserer Einrechnung gegeben hat; aber nur auf sie.

30) I. 91 l. 30 §. 1 cf. I. 40 §. 1 l. 87 pr. eod. Vgl. die weitere Fassung bei Windscheid §. 652 zu Ann. 16.

31) I. 91 D. h. t. — Sed in fideic. hereditate restituenda — Hinter dem legatum hereditatum ist der II.-Fideicommissar als coheres, das legatum als Praeceptionslegat gedacht: *pro ea vero parte etc.*

32) I. 56 §. ult. I. 75 D. h. t.

33) I. 87 §. ult. D. leg. II. vgl. §. 405, 4.

34) Die Regel, an welche die Erörterung der Einrechnung anknüpft, lautet „si ex judicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda

portion, welche ein Erbe durch Arrogation oder Beerbung seines Miterben zu seiner eigenen Portion hinzuerwirbt, in die Quart (seiner eigenen Portion) niemals³⁵⁾), — die Erbportion, welche derselbe durch Accrescenz erwirbt, wenigstens nicht grundsätzlich eingerechnet (§. 419, 2, b.).

Nun ist aber fernerhin

2. in die Quart nicht alles einzurechnen was der Erbe *judicio defuncti* und *jure hereditario* hat. Vor allem muß von den in die Erbportion fallenden Activen der Erbschaft so viel als zur Bezahlung der Erbschaftsschulden gehört, außer Ansatz bleiben³⁶⁾; nicht minder fernerhin alles was der Erbe an Nachlaßsachen jetzt oder später vermaßtniß- oder leßtwilliger Schenkung halber hinausgeben muß, wenngleich sie inzwischen *jure hereditario* sein Eigenthum sein sollten³⁷⁾), während die Zwischennutzung aus solchen betagten und aus solchen bedingten nachher zur Existenz gelangenden Vermächtnissen, als etwas das dem Erben *judicio defuncti* und *jure hereditario* zufällt und verbleibt, mit einer Ausnahme, einzurechnen ist³⁸⁾.

Die Zwischennutzung aus den bedingt oder betagt vermaßten Erbschaftssachen ist in die Quart einzurechnen, trotzdem dieselbe bei der Berechnung des Activstandes der

esse legata“; daß er überdies *jure hereditario* haben müsse, ist Interpretatio (ita accipere debemus): I. 74 D. h. t. Gaj. In I. 91 eod. ist, wie das bei uns der Fall zu sein pflegt, daß *jure hereditario* allein behandelt.

35) nämlich auch dann nicht, wenn die hinzuerworbene Portion selbst von BB. unbeschwert ist —

36) Dieser aus dem Texte zu Ann. 3 und I. 2 nothwendig folgende Satz ist in W. in den Quellen nicht eigenständig ausgesprochen.

37) arg. I. 24 §. 1 D. h. t.

38) I. 24 §. 1 cit. I. 22 §. 2 in f. D. ad SC. Treb. 36, 1 — nam fructus qui medio tempore percepti sunt, ex *judicio testantis* percepti videntur. I. 58 §. 5 I. 18 §. 1 eod. I. 45 pr. I. 73 §. 4 I. 15 §. 6 I. 88 §. 3 D. h. t. I. 8 §. 11 D. inoff. 5, 2. *Judicio defuncti*, aber nicht *jure hereditario* hat der Erbe die Zwischennutzung aus den von ihm (ab eo) vermaßten eigenen Sachen: I. 24 §. 2 D. h. t.; — nicht *judicio defuncti* die Nutzung die ihm noch nach Eintritt des Tages oder der Bedingung mora patentis verblieben ist (I. 22 §. 2 cit. — negligentia patentis non *judicio def. percepti* videntur. Eine lautere, und späte Ausnahme ist es, daß Söhne und Töchter, welche die Erbschaft ihren Geschwistern, oder den Enkeln restituiiren sollen, die Zwischennutzung nicht einzurechnen brauchen: I. 6 C. ad SC. Treb. 6, 49. a. 489.

Erbshaft (I, 1) nicht mitzählte³⁹⁾). Umgekehrt bleiben die wegvermachten Erbschaftssachen außer Ansatz bei der Berechnung was der Erbe in die Quart hat (Anm. 37), während sie bei Berechnung der Quart, als Activa der Erbschaft, mit oder ohne Caution (Anm. 4 vgl. Anm. 14) in Ansatz komme. Also treffen die Dinge, nach denen sich jeweils die Größe der Quart bestimmt, mit den Dingen, in denen der Erbe jeweils die Quart hat oder haben kann, nicht überall zusammen.

Bereits die Summe dessen was der Erbe in die Quart hat kann (durch Vergleichung mit der Quart) ergeben, daß Erbe die Quart nicht hat. Hier muß es, wenn anders die Falcidia nicht ausgeschlossen ist, durch Abzug an den Vermächtnissen zur Ergänzung der Quart⁴⁰⁾ kommen. Umgekehrt kann sich aus derselben Vergleichung ergeben, daß der Erbe die Quart hat; dieses jedoch in verschiedenem Sinne. Möglicherweise nämlich hat er die Quart nur in dem Sinne, daß zwar die Summe dessen, was ihm in die Quart eingerechnet wurde, die Quart beträgt und er insoferne die Quart hat, ebendieser sein Erbtheil aber mit Vermächtnissen (deren Gegenstand in keinen Erbschaftssachen besteht, und also bei der Berechnung dessen was der Erbe in die Quart hat, nicht in Abzug kam (die er *judicio defuncti* und *jure hereditario* hat) dermassen beschwert ist, daß ihm nach vollständiger Berichtigung derselben die Quart nicht verbliebe, er also in einem weiteren Sinne, wenn man nämlich die Quart — wie die Erbschaft nur *deducto aere alieno* — nur *deductis legatis* versteht, die Quart nicht hat. In dem Sinne in welchem hier der Erbe die Quart hat, ist nicht zu ergänzen, wohl zu entlasten; in dem Sinne in welchem er sie nicht hat, muß sie ergänzt werden⁴¹⁾. Möglicherweise aber ist die Quart, welche der Erbe

39) In diesen zählen nur schon beim Tode des Erblassers vorhandenen Werthe, namentlich also nicht erst nachher anfallende Früchte und Zinse aus Erbschaftssachen und Erbschaftsgeldern: I. 73 pr. D. h. t. S. oben Anm. 3 a. E.

40) z. B. I 88 §. 2 D. h. t. quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet — I. 22 I. 94 D. h. t. I. 36 pr. C. inoff. 3, 28.

41) Auf die Entlastung gehen Ausdrücke wie *remanere*, *retinere* debere — z. B. I 26 I. 94 D. h. t. I. 78 D. h. i. 28, 5. Aus dieser

nach Maßgabe dessen, was in die Quart fällt, hat, von keinem Vermächtnisse belastet; dann hat er die Quart schlechthin; die Falcidische Rechnung ist zu Ende; Vermächtnisse sind keine mehr zu berechnen; die da vorliegen, kamen schon bei der Einrechnung in die Quart in Betracht und Abzug.

III. Zur Berechnung der Vermächtnisse kommt es nach obigem nur, wenn schon die Zusammenrechnung dessen was in die Quart fällt, ergeben hat, daß der Erbe die Quart nicht hat, — oder wenn dieselbe Zusammenrechnung zwar ergeben hat, daß der Erbe die Quart hat, diese aber und was etwa darüber geht, mit Vermächtnissen belastet ist, welche bei der „Einrechnung in die Quart“ nicht in Betracht und Abzug kommen konnten. Wo er die Quart hat und solche Vermächtnisse nicht vorliegen, bedarf es keiner weiteren Berechnung.

Kommt es nun aber aus dem einen oder anderen Grunde zur Berechnung der Vermächtnisse, so bleiben,

1. anlangend den Ansatz, nach der ratio legis Falcidiae nur diejenigen Vermächtnisse überall beiseite, welche sich als Erbschaftsschulden darstellen, (Anm. 22 §. 416 Anm. 16.) und darum bei der Berechnung der Quart in Ansatz, und durch Abzug von den Aktiven zur Begleichung kamen. Die gefreiten Vermächtnisse bleiben darum, daß sie der Falcidia entzogen sind, nicht außer Ansatz, es sei nun daß ihre Befreiung auf Gesetz oder Anordnung des Erblassers beruht (§. 416 Anm. 10; 12. 15) ⁴²⁾. Wohl aber können, je nach dem Ergebnis der Berechnung was Erbe in die Quart hat, Vermächtnisse jeder Art, sowohl ungesetzte wie gefreite, außer Ansatz bleiben müssen. Wenn nämlich Erbe nach jener Berechnung die Quart hat, es aber zur Berechnung der Vermächtnisse deswegen kommt, weil

Zweideutigkeit des quartam habere lässt sich Vangerow gegen Mann (§. unten §. 419 Anm. 25) vertheidigen, wenn er non oueratus mit „nicht-überschwert“ übersetzt; denn wer blos in dem ersten Sinne die Quart hat, ist überschwert, wenn auf dieser Quart überhaupt ein Vermächtnis liegt.

42) Bezüglich der von einem Soldaten hinterlassenen mit nichtmilitärischen concurrirrenden Vermächtnisse §. 1. 17 D. h. t., oben Anm. 22. Der Ansatz dient zur Constatirung was alles vom Erben zu tragen ist; dazu gehören die gefreiten Vermächtnisse nicht minder als die ungesetzten; daß was angezeigt auch dem Abzug unterworfen sei, ist nicht gesagt.

außer den Vermächtnissen deren Gegenstand in der Erbschaft ist und bei der Einrechnung in die Quart außer Ansatz blieb, noch andere Vermächtnisse vorliegen, so kommen nurmehr diese anderen Vermächtnisse, gesreite wie ungefreite, zur Berechnung⁴³⁾, und bleiben jene, gesreite wie ungefreite, außer Ansatz. Hätte dagegen der Erbe nach dem Ergebniß der Einrechnung die Quart nicht, so käme es zur Ergänzung der letzteren durch Abzug, darum zum Ansatz auch der (gesreiten wie ungefreiten) Erbschaftssachenvermächtnisse.

Nicht mehr legis F. ratione, sondern jure communi⁴⁴⁾ geschieht es, daß außer Ansatz bleiben Vermächtnisse, welche sich vornherein oder nachträglich als ungültig oder unwirksam erweisen⁴⁵⁾, den Erben nicht ärmer, den Legator nicht reicher machen⁴⁶⁾, oder von denen er durch Zufall befreit ist⁴⁷⁾.

2. Die Schätzung der Vermächtnisse anlangend kann für deren Werth die Todeszeit des Erblässers (Anm. 3 a. E.) nur unter der Voraussetzung als entscheidend erachtet werden, daß sie pure hinterlassen sind, oder ihre Bedingung zu jener Zeit schon erfüllt ist; sonst muß der Tag der Fälligkeit oder der eintretenden Bedingung maßgebend sein. Uebrigens können bedingte und betagte Vermächtnisse wie bedingte Erbschaftsschulden bei der Berechnung des Erbvermögens zum Hoffnungswerthe, oder gegen Caution voll oder mit nichts veranschlagt werden⁴⁸⁾; sonst kommt die Zwischennutzung bei bedingten wie betagten Vermächtnissen in Abzug⁴⁹⁾. Die Schätzung geht auch

43) Nur diese kommen rechnungsmäßig noch als eine auf dem Erben ruhende Last in Betracht; die ersten haben in den von der Einrechnung ausgenommenen Vermächtnissen ihre Deckung.

44) I. 30 §. 2 D. h. t. — quod enim remota lege F. in totum juris foret, hoc idem fore in ea parte quae lege F. constitueretur.

45) I. 30 §. 8 §. 9 I. 20 I. 50 cf. I. 51 D. h. t. — also zum Theil das Praelegat: I. 30 §. 8 cit cf. I. 18 I. 116 §. 1 D. leg. 1.

46) hierher die instrumenta praediorum domino relicta: I. 15 C. h. t., — das Vermächtniß einer uneinbringlichen Forderung (I. 22 §. 4 D. h. t.), während das der Befreiung von einer uneinbringlichen Schuld bemerkenswerther Weise als Vereicherung des Schuldners gilt und zum ganzen Schuldbetrage in Ansatz kommt, licet nomen hoc non augeat hereditatem nisi ex eventu: I. 22 §. 3 eod.

47) I. 30 §§. 4—6 cf. §. 3 D. h. t. Vgl. Anm. 45.

48) Anm. 4 u. 14. I. 45 pr. §. 1 l. 74 §. 2 I. 1 §. 2 D. h. t.

49) I. 66 pr.; I. 45 pr. I. 73 §. 4 D. h. t.

hier auf den wahren Sachwerth⁵⁰⁾, nimmt darum keine Rücksicht auf Werthanschläge des Testators⁵¹⁾, oder Preise und Opfer, die das Vermächtniß dem Erben gefestet hat⁵²⁾. Nur wenn der Erbe dem Legatar eine Sache kaufen müßte, wird er mehr als den Kaufschilling nicht in Ansatz bringen dürfen⁵³⁾. Der Werth von Ewigrenten wird durch 4% Kapitalisirung der Jahresrente⁵⁴⁾ — der von Leibrenten entweder provisorisch nach dem zur Zeit fälligen Betrage (unter Vorbehalt der etwa nachträglich gebotenen Kürzung)⁵⁵⁾, oder definitiv, nach dem Hoffnungswert⁵⁶⁾, oder wenn der Legatar bereits todt ist, nach der bis jetzt erlaufenen Schuld⁵⁷⁾ — der von Allimenten ebenso, nur daß der Hoffnungswert hier zufällig eigens regulirt ist⁵⁸⁾ — der des Uſusfructus nur nach

50) I. 81 §. 4 D. leg. I. 1. 83 §. 3 in f. D. h. t.

51) I. 81 §. 4 cit. cf. I. 30 §. 1 l. 87 pr. §. 1 l. 19 D. h. t.

52) indem er die vermachte Sache zu theuer gekauft (I. 61 D. h. t.), oder einen Würderungszeit herausbeschworen und infolge dessen mehr zu bezahlen hatte als die Sache werth ist (I. 60 §. 1 eod.). Auch darin kann ein Vermächtniß liegen, daß der Erbe einem Dritten etwas billig verkaufen oder zu hohem Preise abnehmen soll; hier ist der wahre Werth der Sache zu erheben, weil die Differenz zwischen ihm und dem Kaufschilling vermacht ist: I. 30 §. 1 l. 87 pr. §. 1 l. 19 D. h. t.

53) Dies erhellt nicht aus den in meiner 1ten Band. Aufl. S. 932 unten dafür citirten Stellen, ergibt sich aber aus der Erwägung, daß der Erbe sonst einen Gewinn machen würde, wo er blos eine Last von sich abwälzen soll.

54) I. 3 §. 2 D. h. t.

55) I. 47 pr. eod.

56) I. 55 eod. — tanti . . . aestimare debeat, quanti venire id legatum potest, in incerto posito quamdiu victurus sit Titius —

57) I. 55 cit. — mortuo autem To non aliud spectari debet, quam quid heres ex ea causa debuerit.

58) I. 68 pr. eod.: einfacher und gewöhnlich so daß einem Alter bis zu 30 Jahr noch weitere 30 Jahre, vom dreißigsten Jahre an so viele Jahre zugelegt werden, als zum sechzigsten Jahre fehlen; umständlicher so, daß bei 1—20 Jahr weitere 30 Jahre,

"	20—25	"	28	"
"	25—30	"	25	"
"	30—35	"	22	"
"	35—40	"	20	"
"	40—50	"	so viele als zum 60ten fehlen, —1.	
"	50—55	"	weitere 9	
"	55—60	"	7	
"	60—rc.	"	5.	

dem Hoffnungswertes oder aber nach seinem definitiven Be-
lange, wenn er bereits zu Ende ist⁵⁹⁾ — festgestellt.

Entgegen dieser bis hieher dargestellten römischen Rech-
nungsmethode nimmt man heutzutage bei Anstellung der fal-
cidiischen Rechnung von der „Einrechnung auf die Quart“
Umgang, indem man von der Berechnung des Reinvermögens
und der Quart ohne weiteres zur Berechnung der der Erbschaft
oder Erbportion aufliegenden Vermächtnisse forschreitet und
einfach nach dem Abzug der Vermächtniszumme von dem Be-
trage der Erbportion ermittelt, ob dem Erben die Quart ver-
bleibt oder wie weit dieselbe belastet ist⁶⁰⁾). Nur nebenher oder
unsystematisch ist von Dingen die Rede, welche in die Quart
eingerechnet werden oder nicht⁶¹⁾). Vorausgesetzt nun, daß bei
dieser modernen Rechnungsweise mit Ausnahme der als Pas-
siva zu betrachtenden alle Vermächtnisse in Ansatz kommen,
sowohl diejenigen welche Erbschaftssachen zum Gegenstand haben,
als die anderen, oder doch nur die bedingten (gegen Cautio)
außer Ansatz bleiben, und die betagten mit Abzug der Zwischen-
nutzung angeschlagen werden, wird das Ergebniß dieser moder-
nen Rechnungsweise mit der der Quellen zusammentreffen, alle
Erörterung aber, was in die Quart einzurechnen, was nicht,
als müßig und verwirrend zu bezeichnen sein. Als Grund,
warum die römische Jurisprudenz den scheinbar weiteren Weg
eingeschlagen, zwischen die Berechnung der Quart und die der
Vermächtnisse die Erhebung und Berechnung was der Erbe auf
die Quart bekommen eingeschoben und darnach auch den Ansatz
der Vermächtnisse unterschiedlich gestaltet hat, vermögen wir

59) Hier besteht keine Mehrheit von Vermächtnissen, wie bei dem Ren-
ten- und Alimentenvermächtniß, darum kein Gegensatz von fälligen und künf-
tigen Vermächtnissen, darum auch keine Anwendbarkeit der I. 47 pr. D. h. t.
(Ann. 55).

60) z. B. Puchta §. 546, Arndts §. 563, J. A. Seuffert
§. 622, Windscheid §. 652. 4. Baron, Band. 4. Aufl. § 447. Keller,
Band. Vorll. §. 578 A. B. Wächter, Band. II S. 818 V.

61) z. B. Windscheid, §. 652, 2 — wo, wenn die „Einrechnung in
die Quart“ als ein Theil der „falcidiischen Rechnung“ gedacht wäre, z. B.
der Satz daß die wegvermachten Erbschaftssachen nicht einzurechnen seien,
nicht fehlen dürfte — desgleichen Arndts, Keller, Wächter a. a. D.

nur den zu bezeichnen, daß nach dieser Methode die Berechnung der Vermächtnisse oft nicht mehr nothwendig ist (S. 345 B. 3 fg. B. 13 fg.), während sie nach der modernen Rechnungsweise (von den evidenten Fällen hier wie dort abgesehen) nie fehlen darf.

§. 418.

Die Falcidische Rechnung ist bei mehreren Erben für jeden einzeln anzustellen¹⁾. Ob was bei mehreren Erben auch bei mehreren Erbportionen, nämlich auch dann gelte, wenn mehrere Erbportionen in einer Person zusammen treffen, mußte einmal fraglich sein. Denn jener Grundsatz getrennter Behandlung ist im Interesse der einzelnen schwer belasteten im Gegensätze zu dem der minder oder gar nicht belasteten Erben festgestellt worden²⁾; ein solches Interesse besteht da, wo statt der mehreren Erben mehrere Erbportionen, und diese in derselben Person zu denken sind, nicht; hier werden vielmehr besondere Umstände oder Rücksichten eingreifen müssen, wenn die Vereinigung der Portionen nicht Vereinfachung der Falcidischen Rechnung d. i. eine Berechnung der Quart auf Grund der Zusammenrechnung der vereinigten Portionen (*confusio partium*) wie der diesen Portionen auferlegte Vermächtnisse (*contributio legatorum*), kurz *unam legis F. rationem* zur Folge haben soll.

Vorausgesetzt, daß mehrere Portionen in derselben Person nicht nur vereinigt, sondern auch falcidisch zusammenzurechnen, mithin als Eine Portion zu betrachten sind, können auch die Vermächtnisse, woferne sie nicht etwa durch den Ausfall des ursprünglich Onerirten noch vor oder mit der Vereinigung der Portionen erloschen sind, nicht mehr als dieser oder jener Portion aufliegend unterschieden, müssen sie vielmehr als Eine Masse oder Summe zu der Einigen Portion in Gegenhalt gebracht werden³⁾. Denkt man die *confusio partium* nicht

1) In singulis heredibus rationem legis Falciae (com)ponendam esse non dubitatur — l. 77 D. h. t. §. 1 in f. J. legat. 2, 22. Vgl. §. 417 Anm. 2.

2) z. B. l. 77 cit.

3) während ein Grundgedanke der übrigens durch Schärfe der Kritik

schon als die *jure communi* eingetretene Vereinigung mehrerer Portionen, sondern erst als die durch die *lex Falcidia* gebotene Zusammenrechnung der vereinigten Portionen, so ist die *contributio legatorum* eine nothwendige Folge der *confusio partium*⁴⁾. Hier gibt es denn, im Gegensäze zu den für jedwede Portion eigens anzustellenden *Falcidischen Rechnungen*, nur Eine *Falcidische Rechnung* (*una legis F. ratio habetur*)⁵⁾.

Eine weitere Folge der *confusio partium* ist die, daß Vermächtnisse, welche den Dodrans ihrer Portion überschreiten, im Zusammenhalte mit den Vermächtnissen minder beschwerter Portionen dem Onerirten die (nunmehr von dem ganzen As oder den vereinigten Portionen zu ziehende) Quart übrig lassen können, und dann ganz *praestirt* werden müssen⁶⁾.

Nicht ebenso wie wir aus der *confusio partium* bis zum Beweise positiven Gegenthels auf eine *contributio legatorum* schließen müssen, besteht ein Schluß rückwärts von der *contributio legatorum* auf die *confusio partium*. Denn die *Pupillar substitution* bietet uns die Möglichkeit von zwei durch denselben Testator begründeten, mit je ihrer eigenen Last von Vermächtnissen beschwerten Erbschaften (nicht blos Portionen), — der väterlichen und der pupillarischen — bei denen es, trotzdem sie in der Person des Substituten zusammentreffen, gegen-

ausgezeichneten Abhandlung von Julius Amann (die Berechnung der *Falcidia* bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas, sowie bei Bulgar- und Pupillarsubstitution 1876) der ist „daß die *confusio (contributio) legatorum* mit der *confusio partium* gar nichts gemein hat“ (S. 15 Alin. 1) — ein Satz, den wir uns nur aus der Vorstellung erklären können, daß die Vereinigung auch schon *confusio* sei.

4) Eine unwillkürliche Folge, nicht erst ein placitum der Juristen oder Kaiser liegt z. B. in I. 87 §. 4 D. h. t. — *confusi duo semisses efficerent, ut circa legem F. totius assis ratio haberetur, et solida legata praestarentur*. Daß die *legata* nurmehr dem ganzen As, nicht mehr den ursprünglichen partes gegenüberstehen, ist stillschweigend unterlegt.

5) vgl. I. 11 §. 5 D. h. t.

6) Mit Amann §. 4 S. 56—67 müssen wir annehmen, daß eine Belastung, welche nicht nur den Dodrans, sondern den ganzen Betrag einer Portion übersteigt, auch durch *confusio* nicht geheilt werden kann. Die *confusio* findet nur im Dienste der *Falcidia* statt; mit der Überlastung der ganzen Erbschaft oder einer Erbschaftsportion, deren Unzulässigkeit durch die bloße Vereinigung der Portionen in Einer Person nicht bezeitigt ist, hat sie nichts zu thun.

über der Falcidia zu keiner confusio, wohl dagegen zu einer contributio legatorum kommt. Aber allerdings findet hier anstatt der confusio eine andere Vereinfachung, nämlich Reduktion der zwei Erbschaften auf die eine väterliche, und also in primis und secundis tabulis una legis F. ratio statt (§. 419, 1).

Aus der Vereinigung mehrerer Portionen geht deren Zusammenrechnung (confusio partium), mithin auch die contributio legatorum nicht nothwendig hervor. So nahe auch diese Folgerung läge, lässt sich doch denken, und ist es nicht ohne Vorgang, daß vereinigte Dinge auch noch nach ihrer Vereinigung aus einander gehalten werden⁷⁾. In Wirklichkeit hat das Recht Gründe und Rücksichten aus denen es trotz der Vereinigung mehrerer Portionen in Einer Person zuweilen getrennte Behandlung der Portionen und ihrer Vermächtnisse fordert (§. 419, 2).

Innerhalb der Vereinigung mehrerer Portionen in Einer Person besteht ein Unterschied darin, daß das eine Mal zuvor noch nicht erworbene, das andere Mal schon zuvor erworbene Portionen sich mit einer anderen vereinigen. Kann separate Behandlung der vereinigten Portionen da Platzgreifen, wo die mit einer anderen Portion sich vereinigenden Portionen noch nicht erworben waren (Accrescenz, Bulgarsubstitution), so wird das im entgegengesetzten Falle nur um so mehr der Fall sein.

Daß in jedem Falle entweder Confusio oder Separatio — Eine oder mehrere Rechnungen — stattfinden, erscheint als Denknothwendigkeit. Daß aber im Falle der Separation, je nach dem Ergebniß der mehreren Rechnungen, dieses den einen oder anderen Legataren zu gute gehalten werden könne, lässt sich denken.

§. 419.

Was

1. vornweg den Fall betrifft, da mehrerlei dem Fal-

7) Bedenke die Separation und das beneficium inventarii nach Antritt der Erbschaft (Vereinigung des Erbvermögens mit dem des Erben) — die actio ad exhibendum nach accessoriärer Verbindung.

cidischen Gesetz unterliegende Vermächtnissmassen¹⁾) Ein er Erbschaft, allenfalls auch einer Erbschaftsportion, gegenüberstehen, — d. i. den Fall da der Vater seinem eingezogenen²⁾ Pupillen pupillariter substituirt, und Beide, den Pupillen und den Pupillarsubstituten, mit Vermächtnissen beschwert hat³⁾, so gilt hier der Pupillarsubstitut eintretenden Falles als Erbe des Vaters⁴⁾, gleichviel ob der Pupille effectiv Erbe des Vaters geworden⁵⁾, oder vor der Einmischung gestorben⁶⁾ oder ob er abstinirt ist⁷⁾). Ueberall hier heißt es: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari⁸⁾; es wird nur einmal gerechnet: einerseits der väterliche Nachlaß nach seinem beim Tode des Vaters vorhandenen Werthe⁹⁾, anderseits zusammen die beiderseitigen, dem Pupillen und Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisse¹⁰⁾). Ein Zusammenwerfen findet nur seitens

1) Mehrreile Vermächtnissmassen sind die dem Fiduciar und die dem Universalfideicommissar auferlegten W.^o; allein letztere unterliegen der lex F. nicht: I. 47 §. 1 D. h. t. II. 23 (22) §. 5 in f. D. ad SC. Treb. 36, 1.

2) Ist der Pupille blos exheredirt, so kann weder er selbst, noch sein Substitut mit Vermächtnissen beschwert werden; letzteres selbst dann nicht, wenn dem exheredirten Pupille ein Vermächtniß gegeben und dieselbe Sache vom Substituten wegvermacht werden wollte. Der Pupillarsubstitut konnte hier nur als Erbe des Pupillen gedacht, und eben darum vom Vater nicht querirt werden. I. 24 C. legat. 6, 37 I. 87 §. 7 D. h. t. arg. I. 11 §. ult. D. h. t. cf I. 126 §. 1 D. leg. I u. oben §. 374 Ann. 29. Ueber den Fall da der Pupille nicht blos exheredirt, sondern dem eingezogenen Erben substituirt ist, i. den Text zu Ann. 18.

3) — quae data sunt secundis tabulis im Gegensatz zu dem quae a pupillo reicta sunt: I. 11 §. 5 D. h. t.

4) I. 46 D. vulg. et pup. subst. 28, 6 — „si Gajus Sejus .. substitutus heres mihi esset“ .. eum verum sit eum et testatori here dem extisse.

5) wie in dem Falle der I. 46 cit. und in dem zweiten von I. 87 §. 4 D. h. t.

6) wie in dem ersten Falle der I. 87 §. 4 D. h. t. u. §. ult. eod. — deinde impubere mortuo — was man fälschlich von einem vor dem Tode des Vaters erfolgten Tode des Pupillen zu verstehen pflegt (Ann. 42).

7) arg. I. 87 §. 5 D. h. t. — Semper substitutus rationem legis F. ex quantitate bonorum quae pater reliquerit ponet — und vgl. dazu was oben §. 374 §. 90 Abs. über das Verhältniß des Pupillarsubstituten zu den Gläubigern des abstinirenden Pupillen gesagt ist.

8) I. 11 §. 5 D. h. t.

9) I. 79 D. h. t.

10) So selbst dann, wenn der Pupille effectiv Erbe geworden, und die Vermächtnisse gleich wie Erbschaftsschulden (quodlibet aes alienum) schuldig geworden ist, der Pupillarsubstitut also nur die eigenen Vermächtnisse als

der Vermächtnisse statt; seitens der Erbschaft gibt es innerhalb dessen was der Pupille und was von diesem der Pupillar-substitut geerbt, weder eine Distinction noch eine Combination; in Ansatz kommt nur das väterliche Erbe; was der Pupille hinterlassen, bleibt, ob es weniger oder mehr betrage als das väterliche Erbe, außer Betracht¹¹⁾. Was der Substitut nicht vom Vater her bekam, konnte von diesem nicht beschwert werden (vgl. Ann. 2); was er von diesem bekommt, die väterliche Erbschaft, kann nach allgemeinerem Rechte der Falcidia nur nach seinem Bestand beim Tode des Testators, ohne Rücksicht auf dessen späteres Schicksal, bemessen werden (§. 417 Ann. 3, 13, 16—18). Folgerecht kann es kommen, daß der Pupillar-substitut einerseits die (nach dem Stand des väterlichen Nachlasses beim Tode des Vaters zu bemessende) Quart frei hat, anderseits aber nach Entrichtung der Vermächtnisse nicht nur nichts mehr übrig hat¹²⁾, sondern auch noch, um den Legataren gerecht zu werden, von dem Seinigen darauf zahlen mußte¹³⁾; umgekehrt kann es auch dazu kommen, daß er den Legataren abzieht, trotzdem er viel mehr als die Quart hat¹⁴⁾. Hätte

solche, die des Pupillen dagegen als Erbschaftsschulden zu übernehmen scheint:

1. 11 §. 5 D. h. t.

11) l. 79 D. h. t. ea sola substantia spectatur, quam pater quam morereretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel diminuerit —

12) l. 11 §. 5 D. h. t. — poterit evenire ne substitutus quidquam retineat —

13) l. 11 §. 5 cit. — Quid ergo si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? daß de suo . . . dabit substitutus ist die sichere Folge; denn auch die dem Substituten auferlegten BB. hat der Vater auf seinen Nachlaß gelegt (noniam pater legavit de suo). Darum verschlägt auch der Satz nichts, daß ex nullo testamento ultra vires patrimonii praestabitus; denn scheinen die dem Pupillar-substituten auferlegten Vermächtnisse, weil secundis tabulis hinterlassen, gleich dem patrimonium pupilli auferlegt, so werden sie doch auf dem Gebiete der Falcidia (in hac parte juris) als bedingt bereits primis tabulis hinterlassen, und also wie bemerkt auf das patrimonium patris gelegt erachtet. — Eine Unsicherheit besteht nur in Ansehung der Worte quadrante nimirum (de suo quadrante nimirum dabit substitutus). Am ehesten sind sie Glossem (nimirum! Goveanus — Vangerow, Pand. §. 535 Ann. VI. 1); de suo quadrante dabit (vgl. meine Pandd. 1te Aufl. S. 935 unten) würde sagen, daß der Substitut die Quart, anstatt sie aus der Erbschaft zu behalten, umgekehrt aus dem Seinigen hergeben muß.

14) aus dem Nachlaß des Pupillen nämlich: l. 11 §. 5 cit. — vel Brinz, Pandeten III. 2. Aufl.

mit seinen Legataren bereits der Pupille selbst gerechnet, so müßte nach dem Antritte des Pupillar-Substituten die Falcidische Rechnung von neuem angestellt werden¹⁵⁾.

Was von der ganzen Erbschaft, wenn der Pupille einziger Erbe ist, muß auch von der Erbschaftsportion gelten, wenn der Pupille Miterben hat¹⁶⁾. — Was in Betreff des Pupillar-substituten gilt, wiederholt sich in der Person dessen, der dem Pupillar-substituten substituirt ist¹⁷⁾. Ist der Pupille exhereditirt, daneben aber dem eingesetzten Erben substituirt, so kann der Pupille als Substitut, und gleich ihm der Pupillar-substitut unter der Voraussetzung mit Vermächtnissen belastet werden, daß der Pupille aus der Substitution Erbe wird; hier ist dann im Verhältniß des Pupillar-substituten zum Pupille wieder nur Eine falcidische Rechnung; die Quart bemüht sich wieder im Gegenhalt der beiderseitigen Vermächtnisse zu der väterlichen Erbschaft, welche der Pupille als Substitut gemacht hat¹⁸⁾.

Befänglicher wird die Grörterung anlässlich des Falles daß dem Pupille Mehrere substituirt waren¹⁹⁾. Hier gibt es ein Raisonnement nach welchem der Pupillar-substitut, der zu seinem Theil überschwert war, kein Unrecht auf Abzug hatte, wenn der Pupille selbst nicht überschwert gewesen war²⁰⁾; auch eines, nach

ut longe plus habeat quartae paternae hereditatis — Worte die erst im Gegensätze zum Quartabzug Bedeutung bekommen.

15) arg. I. 87 §. 5 cf. §. 8 D. h. t. Illeber die hiemit zusammenhängenden repetitiones und voraufgehenden Cautionen s. einstweilen I. 31 l. 1 §. 12 D. h. t.

16) vgl. unten S. 361, c.

17) s. einen solchen Fall in I. 46 D. vulg. et pup. subst. 28, 6.

18) I. 87 §. 7 D. h. t. — habita legis Falcidiae ratione in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit —

19) Hierauf geht die vielverhandelte I. 11 §. 6 D. h. t. Papin. und I. 80 pr. eod. Gajus. Diese letztere Stelle steht m. E. entgegen der Ansicht von Amann S. 92) mit I. 11 §. 6 cit. nicht in Widerspruch; wohl dagegen zeigt sie, wie manchmal etwas ruhig angenommen, und erst hinterher fraglich wird.

20) I. 11 §. 6 cit. — consequenter prioribus quae de patrimonii ratione dicta sunt — Die in I. 11 §. 5 entwickelte patrimonii ratio besteht in der Annahme, daß es die falcidische Rechnung hier nur mit dem patrimonium des Vaters zu thun habe; konsequenterweise könnte man sagen, daß wenn der väterliche Nachlaß, hier die dem P.-Substituten deferirte Portion des väterlichen Nachlasses unbelastet oder nicht überschwert sei, dem

welchem umgekehrt der Pupillarsubstitut, wenn der Pupille überschwert und er selbst unbeschwert war, des Anrechts auf die Quart entbehrt²¹⁾). Allein letzteres ging gegen die gemeine Annahme²²⁾, ersteres gegen den auf dem Gebiete der lex Falcidia maßgebenden Gesichtspunkt als ob der Pupillarsubstitut Erbe des Vaters sei²³⁾). Dieser Gesichtspunkt wurde festgehalten, um dem selbst überschwerten Substituten die Quart zu verschaffen; er wurde verlassen, und mit dem anderen Gesichtspunkt, als ob der Pupillarsubstitut Erbe des Pupillen sei, vertauscht, damit er der Quart nicht verlustig gehe, wenn er selbst frei, aber der Pupille überschwert wäre, und vor seinem Tode den Abzug noch nicht gemacht hätte²⁴⁾.

P.-Substituten keine Quart zu stehe, ob er nun secundis tabulis (als Substitut des Pupillen) überichwert sei oder nicht.

21) Diees andere Raisonnement (l. 11 §. 6 cit.) hat einen anderen Ausgangspunkt als das vorige; hier ist nicht mehr patrimonii ratio, sondern die Vorstellung, als ob der P.-Substitut heres institutus des Vaters sei, der ausschlaggebende Gesichtspunkt. Ist er einerseits pro parte heres institutus, anderseits unbelastet, so verschwindet einerseits die zwischen ihm und dem Vater stehende Person des Pupillen (subducta persona pupilli), anderseits aber auch jeder Anspruch auf die Quart.

22) ibid. — rursus si negemus, aliter quam quod vulgo probatum est, respondetur —

23) Als unmittelbarer Erbe des Vaters gedacht, ist er (wiederum subducta persona pupilli) auch mit einer unmittelbaren Erbportion beschwert, und also zur Quart berechtigt. Dieser Gesichtspunkt (atque si patri heres extitisset) ist im Vergleiche zu der patrimonii ratio der überwiegender; denn erst von ihm aus gelangt man zu dem Saße, daß für die Falcidische Rechnung des Pupillarsubstituten blos der väterliche Nachlaß in Betracht komme, und darnach (wenn überhaupt beiderlei B.W. zur Befriedigung gelangen sollen) contributio legatorum stattfinde (— opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem).

24) Derjelbe Gesichtspunkt, der dem belasteten Substituten zur Quart verhilft, würde wenn eingehalten den unbelasteten der Quart verlustig machen (neque idem patitur instituti comparatio — die Gleichstellung mit dem institutus würde die Quart nicht zulassen). Die Legatate des Pupillen würden sich nämlich an das Theorem der subducta persona pupilli nicht lehren, und falls nicht dieser sie noch befriedigt hat, den Substituten (der atque si heres institutus esset keine Quart hätte) in solidum belangen. Allein nach gemeiner Annahme hat dieser die Quart; der Gesichtspunkt als ob er heres institutus wäre, wird also hier, da der Substitut nicht onerirt ist nicht eingehalten; hier wird er als Substitut (damit als Erbe) des Pupillen behandelt, der dessen Lasten tragen, aber auch die Quart behalten muß: itaque varietas existet, ut is quidem qui proprio nomine oneratus est, veluti institutus desideret quartam, alter autem qui non est oneratus, ut substitutus (vgl. §. 374 Ann. 17. 18). — Im Vergleiche zu den bisherigen Auslegungen von l. 11 §. 6

Den Fall, da mehreren Pupillen eine und dieselbe Person substituirt ist, s. unten 2, d.

2. Wo mehrere Erbportionen in einer Person vereinigt werden, findet

a. confusio partium (damit auch contributio legatorum und Eine Falcidische Rechnung) statt, wenn weder in den Erbportionen noch in den Vermächtnissen ein Grund zur Auseinanderhaltung liegt. Das ist richtiger nur dann schlechthin der Fall, wennemand auf mehrere Portionen, auf jede unbedingt, oder bedingt, oder theils bedingt, theils unbedingt eingesezt ist²⁵⁾. Wo ein pro parte Eingesetzter eine andere Portion durch caducorum vindicatio, heute noch durch Creption (S. 52, S. 198 §. 396) erwirbt, ist es nicht der Fall²⁶⁾; wo

cit. (deren Uebersicht und Kritik bei Amann S. 92—133) ist hier (in Uebereinstimmung u. a. mit Ringerow, Arch. f. civ. P. Bd. 36 S. 239—248, hinwider im Gegensage zu Amann S. 97 fgg.) davon ausgegan-gen, daß Papinian für seine zwei Fragen zwei Fälle sieht (indem das eine Mal der Pupille nicht überschwert ist — Falcidiam quam pupillus non haberet — das andere Mal überschwert ist), oder, was eins ist, daß er für seine zwei Fragen nur soweit einen Fall sieht, als einem Pupille zwei Substituten gegeben sind. Hinwider ist der Amannschen Auslegung gegen die Ringerowsche Auslegung darin beigeplichtet, daß der andere Substitut nicht bloß nicht überschwert, sondern auch nicht schwert ist; „in omnibus“ ließe sich am ehesten verstehten, wenn zu nondum solvit „omnia“ hinzuzudenken wäre. Daß im zweiten Falle der Pupille überschwert ist, stimmt auch mit dem Schlusssatz, da dann bei den Substituten die Quart, beziehungsweise die Klage aus der dem Pupille bestellten Caution zusteht. — Daß übrigens onerari sachlich auch Ueberschwerung bedeuten könne, und dann „in omnibus“ erklärlicher wäre, wird sich nicht läugnen lassen (vgl. §. 417 Anm. 41).

25) I. 11 §. 7 in f. I. 87 §. 3 D. h. t. Im Falle der Vereinigung durch caducorum vindicatio gingen die römischen Juristen auseinander (I. 1 §. 14 Paulus); Paulus selbst tritt mit Proculus u. Justinian für Separation ein, wahrscheinlich deswegen weil die faduke Portion doch schon einen heres hatte, oder doch nur jure singulari von einem Anderen vindicirt werden konnte (Ulp. XVII, 1). Diese Meinung ist als recipiert zu erachten, da D. Antoninus im entgegengesetzten Sinne nur judicirt haben „soll“ (judicasse dicitur — vgl. H. Pernice, *commentationes juris Rom. duae, comm. 1 p.*, nach dem Vorgang der Glossen u. von Cujacius); die Änderung von commiscendas in non miscendas (Huschke Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. VII S. 200 fg. Amann, S. 20) ist nicht nothwendig, um Paulus Ansicht für recipiert zu erachten.

26) s. die vorige Anmerkung.

er sie durch Substitution oder Accrescenz erwirbt, ist es nicht schlechthin der Fall²⁷⁾.

b. Keinesfalls stets confusio partium (nebst contributio legatorum und Eine F. Rechnung) tritt dann ein, wenn die Vereinigung der Portionen durch Bulgar substitution oder Accrescenz erfolgt. Hier fällt zunächst der Unterschied, ob die Vermächtnisse den Theilerben namentlich, oder der Erbschaft überhaupt²⁸⁾ aufgelegt sind, ins Gewicht. Letzterenfalls vertheilen sie sich pro rata auf die Erbportionen, und gehen mit diesen von jeher im Substitutions- wie im Accrescenzfall auf den Erwerber über. Ihnen gegenüber kann keine Portion mehr, keine weniger beschwert sein als die andere; keine erschöpft sein, indeß die andere frei wäre; ihnen gegenüber theilen alle dasselbe Loos²⁹⁾. Hier steht der confusio partium wie der contributio legatorum nichts im Wege³⁰⁾; getrennte Behandlung und mehrfache Rechnung hätten kein anderes Ergebniß als die Eine. — Ist dagegen auch nur Einer der Theilerben, dieser auch nur mit dem einen oder anderen Vermächtnisse namentlich beschwert, und also die Möglichkeit einer ungleichen Beschwerung der verschiedenen Portionen gegeben, so findet keinesfalls schlechthin confusio partium mit deren weiteren Folgen statt. Dem ausfallenden Miterben namentlich auferlegte Vermächtnisse gingen ursprünglich bei der Accrescenz gar nicht, im Substitutionsfalle nur infolge ausdrücklicher repetitio legatorum auf den Erwerber über; erst ein Rescript von Antoninus Severus verordnete, daß, wenn kein entgegengesetzter Wille des Testators ersichtlich wäre, die repetitio ge-

27) f. 2b.

28) z. B. I. 4 §. 1 D. leg. I. I. 98 D. leg. III I. 44 pr. I. 33 pr. D. leg. II. vgl. mit I. 74 D. leg. I. I. 61 §. 1 D. leg. II.

29) — weshalb in allen den Fällen, da die verschiedenen Portionen als verschieden beschwert erscheinen, an namentlich hinterlassene BB. gedacht werden muß, wenngleich es nicht gesagt ist: z. B. I. 1 §. 13 I. 78 D. h. t. I. 21 §. 1 D. legat. II. cf. I. 87 §. 4 D. h. t. I. 61 §. 1 D. legat. II. Vgl. Amann S. 13 oben und die Anm. 28 citt. II., insonderheit I. 87 §. 4 cit. in f. — scilicet si ab eo nominativ data sunt, non „quisquis mihi heres erit“ —

30) Zum Belege dient I. 87 §. 4 inf. cit. — sowie die Thatsache, daß alle die Stellen, welche von einer getrennten oder gemischten Behandlung reden, namentlich hinterlassene BB. voraussetzen.

gen den Substituten stillschweigend anzunehmen sei; und erst jetzt ließ man analog dasselbe auch für den Accrescenzfall gelten³¹⁾. Abgesehen aber von dieser späten Anerkennung der auf der Substitutions- und Accrescenzportion namentlich aufliegenden Vermächtnisse lag in der Erwägung, daß man Legatare, welche durch namentliche Anweisung an diesen Erben auch auf dessen Portion verwiesen scheinen, nicht ohne weiteres auf andere Portionen vertheilen oder der Konkurrenz der übrigen Legatare aussezen dürfe, wenn man den Intentionen des Testators gerecht werden wolle, Grundes genug, die confusio partium hier mit ihren Folgen wo nicht auszuschließen, so doch einzuschränken. Bestritten aber und zweifelhaft ist sowohl das Ziel, welches die Jurisprudenz hier verfolgte³²⁾, als der Weg auf dem dieses geschah. Ueber das Ziel läßt sich zwar so viel mit Gewißheit sagen, daß die Vereinigung der Portionen in Einer Person den Legataren der Substitutions- und Accrescenzportion nichts nützen, den anderen dagegen soll helfen können³³⁾; allein fraglich ist, ob sie den ersten nur nichts nützen, oder auch soll schaden können — oder was eins ist; ob sie den letzteren überall wo dies nach Lage des Falles und irgend einer Rechnungsweise möglich ist, förderlich sein soll? Mit dem Ziel ist auch der Weg unsicher. Wiewohl nun die Quellen für Unterstützung der eigenen Legatare des Antretenden selbst auf Kosten der anderen Legatare zu sprechen, und also Separation nur da, wo Confusio diesen anderen Legata-

31) I. 74 D. leg. I. l. 61 §. 1 D. leg. II. Vgl. oben § 391 Nr. 4. Almann, S. 2 Alin. 2. Die Möglichkeit, daß der Testator nur den im ersten Grade Eingesetzten beschwert haben will, wird auch durch l. un. §. 4 C. ead. toll. 6, 51 nicht ausgeschlossen.

32) Sollten gegen den Nachtheil den die Confusio der Substitutionsportion brachte, blos deren Legatare, oder auch der Institutus geschützt werden? sollte letzterer vom Ueberdrüsse der Substitutionsportion an die Legatare der Substitutions- u. Accr.-Portion nichts abgeben, letztere durch die Vereinigung der Portion nie gewinnen?

33) Dieses ist ausgedrückt in dem non augebuntur auf der einen, durch das augebuntur, adjuvari und quod ex subst. coheredis ad coheredem pervenit, proficit auf der anderen Seite (l. 1 §. 13 l. 78 D. h. t.). Uebrigens muß, um auch nur zu so viel Gewißheit zu kommen, von l. 87 §. 4 D. h. t. — die übrigens auch nicht hieher gehört — Umgang genommen werden. Vgl. unten Ann. 42.

ren nützen würde, sonst Confusio zu gebieten scheinen³⁴⁾), sprechen doch innere Gründe dafür, daß den Legataren der Substitutions- oder Accrescenzportion die Vereinigung der Portionen zwar nichts nützen, aber auch nichts schaden, darum grundsätzlich Separation eintreten, und aber eine Modification der Separation dann stattfinden soll, wenn die hinzuerworbene Portion einen Überschuß über die Quart bietet, und die eigenen Legatare bei reiner Separation einen Abzug zu erleiden

34) 1. 1 §. 13 D. h. t. Paulus, scheint für möglichste Förderung der eigenen Legatare des Antretenden zu sprechen, insoferne denselben nicht nur zu statten kommen soll quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, sondern der Institutus, welcher zugleich ex substitutione erwirbt, dem Erben gleichgestellt wird, welcher in einer Portion bedingt, in die andere unbedingt eingefügt ist. Gegenüber einem solchen Erben tritt confusio partium (und contributio legatorum) ein (Anm. 25); was von dem Muster scheint aber von dem simile gelten zu sollen. Freilich tritt bei dem Muster die confusio unbeschränkt ein, während sie beim simile nur beschränkt eintreten kann; hier muß sie unterbleiben, sobald sie den Substitutionslegataren nützlich würde; wogegen sie, dem Buchstaben der 1. 1 §. 13 entsprechend überall sonst platzgreifen hatte, also nicht nur, wo dies den Legataren der Substitutionsportion nichts nützt, sondern auch wo ihnen das schadet: wie das da der Fall wäre, wo beide Portionen überschwert wären, die Institutionsportion aber in höherem Maße als die Substitutionsportion, in Folge der confusio partium und contributio legatorum der Abzug an den Institutionsvermächtnissen geringer, an den anderen größer würde als er außerdem wäre. Insoweit wären, um das Ziel der möglichsten Erleichterung der eigenen Legatare des Antretenden zu erreichen, zweierlei Wege eingeschlagen: confusio etc., insofern sie den eigenen Legataren frömmt, — Separation, wo confusio den Legataren der Substitutionsportion nützen (den anderen schaden) würde (vgl. meine Pand. 1te Aufl. S. 334, 3). „Quod ex substitutione ad coheredem pervenit“ wäre demnach nicht blos der Überschuß über die Quart aus der Substitutionsportion —, auch nicht blos die Quart selbst (was beides nur unter Voraussetzung der Separation denkbar ist), sondern alles was unter Voraussetzung der confusio an den Miterben ex substitutione kommen kann. Hiermit übereinstimmend ist auch 1. 78 D. h. t. Gajus, insoferne hier (ohne Unterscheidung von Substitution und Accrescenz) die Fragestellung auf Separation oder Confusion gerichtet ist, und auch die Antwort so lautet, daß für den einen Fall zweifellos Separation, für den anderen allem Anschein nach Confusion v. geboten ist. Denn mag dieser andere Fall — wo die Institutionsportion durch B. erschöpft ist — nach dem überlieferten Texte (adjuvari . . per deficientem partem quia — Hal. quae — non est legatis onerata) dahin zu ergänzen sein, daß die andere Portion frei ist, oder mag der Zwischenfall quia non est onerata mit Momenten als Glossen zu streichen und also nur zu ergänzen sein, daß die deficirende Portion nicht erschöpft ist, so ergibt sich das adjuvari per deficientem partem ohne weiteres aus der confusio partium und contributio legatorum, und ist eine dritte in der Fragestellung nicht begriffene Rechnungsweise, um die Antwort zu erklären, nicht nothwendig.

hätten; hier soll Separation mit Einrechnung jenes Ueberschusses in die Quart der eigenen Portion stattfinden^{35).}

Verschieden von Vermächtnissen, welche mit der Substitutionsportion auf den Substituten übergehen, sind Vermächtnisse, welche erst dem Substituten (für den Fall daß er aus der Substitution Erbe werden sollte) auferlegt werden^{36).} Gleich-

35) Daß die Legatare der Substitutions- oder Accrescenzportion selbst aus der ihnen angewiesenen Portion nicht überall alles was ihnen diese zu bieten vermag erhalten sollen, während die Legatare der eigenen Portion jedenfalls so weit begünstigt sind, daß in Ansehung des Ueberschusses aus der anderen Portion der Erbe selbst hinter sie zurücktreten muß, erscheint als unbillig, und durch keine Intention des Testators — von dem man vielmehr annimmt, daß er sie a substituto etc. repetit habe (Anm. 31) — gerechtfertigt. Wie die Billigkeit spricht auch die Consequenz gegen diese Annahme. Denn wenn der Erbe mit der deficiens pars in dem Falle, da sie legatis ex hausta ist, so zu versfahren hat, wie der Ausgesetzte zu versfahren gehabt hätte; warum soll dann, wenn sie nur überschwert ist, nicht dasselbe gelten? Für die im Text jetzt angenommenen Fälle nunmehr namentlich Windscheid §. 653 zu Anm. 8, während Wangerow (§. 535 III u. V) dieselben nur für die Accrescenz begründet findet, für den Substitutionsfall dagegen Confusio dann annimmt, wenn die Substitutionsportion weniger überlastet ist als die andere, also nach dem scheinbaren Sinne von l. 1 §. 13 eit. Confusio auch zum Schaden der Substitutionsvermächtnisse platzgreifen läßt. (Vang. Arch. f. C. P. Bd. 36 S. 321). Wegen l. 87 §. 5 und l. 87 §. ult. in f. i. unten Anm. 43. Von allen anderen weicht Amann §. 1 §. 2 darin ab, daß er (Nichtüberschwerung der Substitutionsportion vorausgesetzt) mit der Vereinigung der Portionen eine confusio partium eintreten läßt, folgerecht Eine Quart aus beiden Portionen berechnet, aber folgewidrig (§ 418 Anm. 3) nicht auch contributio legatorum zuläßt, sondern trotz der confusio partium Legatare der einen und der anderen pars, sowie die eine und andere pars um des Ueberschusses willen auseinander hält, mit dem die eine pars den Legataren der anderen aushelfen soll. — Mit l. 78 eit. läßt sich die herrschende Ansicht versöhnen wenn man betont, daß Gajus als Antwort auf seine allgemein gestellte Frage keine allgemeine Antwort gibt, sondern nur eine Beliebung (placeat) der Jurisprudenz für die konkreten Fälle anführt, da entweder die eine oder andere Portion mit W. erschöpft ist, und es dem Leser überläßt, sich aus dem konkreten Entscheide die allgemeine Antwort auf seine Frage zu folgern. Gerade diese Folgerung führt aber, wie bemerkt, zur Bejahung nur der Einen Frage, nämlich zur Separation, wenngleich nicht ohne Modification. Und selbst l. 1 §. 13 eit. ist nicht unüberwindlich, wenn man betont, daß der substitutierte Miterbe dem pure und bedingt eingesezten nur ähnlich, also nicht nothwendig schlechthin so wie dieser behandelt sein soll. Wird er dies ja ausgesprochenemassen schon dann nicht, wenn es zu seinem Nachtheil ausschlüsse. Daß ihm deficiens pars zu statthen kommen soll, lautet so allgemein, daß es an und für sich auch von der Unterstützung blos durch den Ueberschuß verstanden werden kann.

36) vgl. die legata secundis tabulis reicta z. B. in l. 41 §. 6 D. vulg. 28, 6.

wohl dürften sie, auch im Falle der Konkurrenz mit Vermächtnissen, welche dem Substituten als Institutus auferlegt sind, nicht anders zu behandeln sein, als solche Vermächtnisse welche zunächst dem Voreingesetzten auferlegt und dann vom Substituten ausdrücklich oder stillschweigend wiederholt sind³⁷⁾.

c. Kommt es zur Vereinigung mehrerer Portionen in einer Person dadurch, daß der Eingesetzte zugleich Pupillar-substitut seines Miterben ist, so kann er in beiden Eigenschaften 1. selbst dann beschwert sein, wenn der Pupille exheredit ist³⁸⁾. Hier gibt es nur Eine Falcidische Rechnung³⁹⁾ — nur Eine Erbschaft oder dieselbe Erbschaftsportion⁴⁰⁾; zusammengeworfen werden nur die zweierlei Vermächtnisse; auf den Ertrag des pupillarischen Nachlasses kommt wiederum nichts an (vgl. Ann. 11—14)⁴¹⁾; — ist 2. der Pupille eingesetzt,

37) A. M. sind Vangerow §. 535. III., Arch. f. civ. P. Bd. 36 S. 382. 3 und Windscheid §. 653 zu Ann. 6 und Ann. 9, welche für den Fall, daß nur Vermächtnisse ab instituto eodemque substituto vorliegen, Confusio und Contribution annehmen, für den Fall aber daß noch Vermächtnisse vom Voreingesetzten hinzukommen, die a substituto hinterlassenen B.B. zweimal in Rechnung bringen: einmal zusammen mit den Voreinschlagsv., dann zusammen mit den Einsetzungsvv. Indessen sind die erst dem Substituten auferlegten B.B. von den repetirten doch nur dadurch verschieden, daß sie nicht schon zuvor auferlegt sind; eine Anweisung an die Substitutionsportion enthalten sie nicht minder als jene, ein Anrecht auf das Privileg der „Einsetzungsv.“ haben sie so wenig als jene. Ueber die Stütze die man für das Gegentheil in der Pupillar-substitution sucht, s. unten Ann. 47. Vangerow ist freilich insofern konsequent, als es für ihn eine Confusio auch schon der legata a substituto repetita mit den „Einsetzungsv.“ gibt (Ann. 35).

38) Der Fall, daß der Substitut des exheredirten Pupillen zugleich institutus (patri heres) ist, erscheint zugleich als der Grund weshalb er mit B.B. beschwert werden konnte: l. 1 §. ult. D. h. t. — cum ideo legata valere dixerit Julianus . . . quod idem patri heres extiterit. Stets gilt die väterliche Erbschaft beschwert, wo B.B. a substituto hinterlassen sind (Ann. 17); an dieser Unterlage für B.B. fehlt es, wo der Pupille exheredit und sein Substitut nichts als dieses ist; zugleich instituirt, ist er tabulis primis unbedingt, tabulis secundis quasi tabulis primis sub conditione Erbe des Vaters (cf. l. 11 §. 5 in f. D. h. t.)

39) l. 1 §. ult. cit. — necessario ratio confundetur —

40) Darum ist aus diesen und anderen Fällen der Pupillar-substitution nicht hinüberzuschließen auf den Fall da der Institutus zugleich Pupillar-substitut u. damit zu verschiedenen Portionen berufen ist nicht minder muß von diesem Falle denn auch der andere unterschieden werden, wo der institutus abermals Pupillar-substitut und mit B.B. beschwert, aber als solcher Erbe einer zweiten Portion, der pupillarischen ist: l. 11 §. 7 D. h. t. unten Ann. 48.

41) l. 10 eod. Vangerow, Arch. f. civ. P. Bd. 36 S. 309—

und wird demnach der Pupillarsubstitut zweifach Erbe des Vaters, kraft Einsetzung und kraft Pupillarsubstitution, so wird unterschieden, ob der Pupille effectiv Erbe geworden ist oder nicht⁴²⁾. Letzterenfalls tritt wieder una legis F. ratio, aber Confusio der beiden Erbportionen wie der beiderseitigen Vermächtnisse ein⁴³⁾; ersterenfalls kommt es zur

S. 316. Die sprachliche Schwierigkeit, welche der Text der l. 10 cit. bietet, ob man mit den Bulgathdij. in pecunia legatum, oder mit dem Florent. in pecuniam legatum lese, (vgl. darüber Bang. a. a. D. S. 311 Ann. 4. Mommsen D. h. l.), scheint auch durch die Emendation von Cujacius (in pecuniam legatam) nicht behoben, da „in pecuniam legatam onerare“ (zur Entrichtung des Vermächtnisses oneriren) seines gleichen — wohl vergleichbar — sucht. Klar und schlagend läge, was man allgemein in der Stelle findet, nur dann vor, wenn sie (mit Beglaßung der schwierigen Worte) lautete: Quod supra quadrantem apud heredem potest per venire, supra dodrantem non onerat heredem. Büchstäblich freilich könnte die Stelle den entgegengesetzten Sinn haben: „so viel über den Dodrans vermacht, als der Beschwerte nachträglich über den Quadrans bekommen kann, beschwert den Beschwerten (in Wahrheit) nicht (soll den Legataren zugute kommen).“

42) Dahin sind die Worte der l. 87 §. 4 D. h. t. — si filius antequam patri heres existeret decessisset — zu verallgemeinern. Daß nicht wie man gewöhnlich annimmt an den Fall da der Sohn noch vor dem Vater gestorben und also Bulgarsubstitution zuträfe, gedacht werden darf, erhebt aus der Thatsache, daß der Substitut ex substitutione erst Erbe wird nachdem er ex institutione angetreten (cum T. ex inst. adiisset et immobile filio mortuo ex subst. heres extitisset). Auch würde das Vorabsterben vor dem Vater nicht umschweifend als Vorabsterben vor der Beerdigung des Vaters ausgedrückt worden sein. S. dagegen Umann S. 47 u. die dort eitt. Donellus, Huschke, v. Pernice — hinwider auch die Schwierigkeiten, welche für den Text aus dem Vorabsterben vor dem Vater erwachsen, bei demselben Umann S. 50—53; daß man von dem Pupillen, der nicht immischt hat, sagen kann: heres non existit, erhebt e contrario aus l. 11 §. 5 D. h. t.

43) Von dem Falle da der P.-Substitut als institutus überschwert ist, handelt l. 87 §. 4 cit.: von dem umgekehrten Falle §. 5 eod. Faßt man in letzterer Stelle augeri als Folge der Confusio, und dentet man ein „Nichterwerben des Pupillen“ hier wie im ersten Theile von l. 87 §. 4 als stillschweigende Voraussetzung des Entscheides, so stimmen beide §§. vollkommen überein: tritt Confusio ein, wo der Erbe als P.-Substitut überschwert ist, so muß daselbe um so mehr der Fall sein, wo er als institutus überschwert (es sich um Erhaltung der Institutionsvermächtnisse handelt). Die Voraussetzung des §. 5, daß der Pupille nicht (effectiv) Erbe geworden ist, wird auch durch die Argumentation aus der Bulgarsubstitution unterstützt — eine Argumentation, welche da wo der Substitut als solcher unbeschwert ist, überhaupt, insonderheit aber im Munde Julians nichts anstößiges hat. Nicht ohne Grund wird für den Fall gegenseitiger Pupillarsubstitution (l. 87 §. 6 eod.) Confusio ohne weiteres angenommen (Ann. 49). Die stillschweigende Voraussetzung, daß der Pupille nicht (effektiver) Erbe geworden ist, fehrt auch in l. 87 §. ult. wieder (Ann. 48).

Separation, nämlich der dem Institutus als solchem und der ihm als Pupillarsubstituten obliegenden Vermächtnisse⁴⁴⁾, mag er als letzterer nun blos mit den dem Pupillen auferlegten oder überdies mit eigenen Vermächtnissen belastet sein⁴⁵⁾. Denn die dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse sind dadurch daß dieser Erbe geworden ist, zur Schuld des Pupillen geworden, welche dessen Substitut in keinem anderen Maße tragen kann, als der Pupille selbst⁴⁶⁾; und dasselbe Maß gilt nothwendig auch für die dem Substituten im eigenen Namen auferlegten stets nach Maßgabe der pupillarischen Portion zu berechnenden Vermächtnisse (Anm. 7). Wäre dagegen der Pupille selbst unbeschwert und der Pupillarsubstitut nur als solcher oder auch als Institutus belastet, dann wird der Pupillarsubstitut als in den einen Theil der väterlichen Erbschaft unbedingt, in den anderen bedingt eingesetzt behandelt, mithin Einer Falcidschen Rechnung — der confusio partium und contributio legatorum unterworfen⁴⁷⁾). Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß der substituirte Miterbe nicht gleich dem Pupillen nothwendiger

44) l. 87 §. 4 cit.

45) Innerhalb der dem Pupillen und seinem Substituten auferlegten Vermächtnisse kommt es niemals zu einer Separation: l. 11 §. 7 cit. — quale est, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam? dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem — daß es dagegen zwischen diesen, und den dem institutus als solchem auferlegten Vermächtnissen zur Separation kommen könne, erhellt aus l. 87 §. 4 cit.

46) l. 87 §. 4 cit.

47) l. 41 §. 6 D. vulg. subst. bezeugt dies für den Fall da der P.-Substitut blos als solcher belastet ist, d. i. gerade für denjenigen, da man zweifeln könnte (vgl. Anm. 44—46). Entgegen dem Einwand, daß es daran bei Pupillarsubstitution zur Confusio kommt, während bei Bulgarsubstitution Separation (mit oder ohne Berechnung) stattfindet (Anm. 37), ist zu bemerken, daß der Pupillarsubstitut die dem institutus (pupillus) auch namentlich auferlegten Vermächtnisse von jener so gut wie die von ihm selbst hinterlassenen tragen müßte (vgl. Bang. Arch. f. c. P. Bd. 36 S. 333), mit dem Voreingesehenen also von altersher mehr identifiziert wurde als der Bulgarsubstitut, so denn aber billigerweise für den Fall unserer Portionenvereinigung auch in Ansehung der pupillarischen Portion vielmehr als ein Institutus denn als ein Substitutus, und also seine Pupillarportion neben seiner Institutionsportion nicht blos accessorisch wie eine Accrescenz- oder Bulgarsubstitutions-Portion, sondern ebenbürtig gleich einer anderen Institutionsportion behandelt wurde (l. 42 §. 1 cit. — perinde praestabit ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto —)

Erbe des Vaters ist⁴⁸); wäre letzteres der Fall so müßte trotzdem der Pupille sich auf die Erbschaft eingelassen hat, Confusio, und nöthigenfalls Erneuerung der Falcidischen Rechnung platzgreifen⁴⁹).

d. Erfolgt eine Vereinigung mehrerer Portionen dadurch, daß Eine Person Mehreren substituirt ist, so läßt sich falls die Substitution eine Vulgar substitution ist, kein Unterschied im Unrecht der Legatare begründen, ob Vermächtnisse blos den Eingesetzten oder auch dem Substituten, und ob erstere überhaupt oder namentlich auferlegt sind; die Vereinigung bewirkt hier also confusio partium und contributio legatorum wie zwischen bedingt und unbedingt hinterlassenen Portionen⁵⁰). Ist die Substitution Pupillar substitution, dann läßt sich unterscheiden, ob die Pupillen effectiv Erben geworden sind, oder nicht. Letzterenfalls kann kein Unterschied zwischen Vulgar- und Pupillarsubstitution gemacht werden⁵¹);

48) Ausdrücklich fährt I. 11 §. 7 cit. fort: sed legata quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere; ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam (salvam) Bangerow portionem habeat ut institutus. Bgl. I. 87 §. 6 eod. Die I. 87 §. 4 cit. stimmt mit I. 11 §. 7 cit. überein, insoferne sie in ihrem Titius allem Anjheine nach einen institutus externus denft; umgekehrt fügt sich I. 11 §. 7 in I. 87 §. 4, wenn in ihr, was nahe genug liegt, vorausgezeigt ist, daß der Pupille effectiver Erbe geworden ist. Zu widersprechen scheint I. 87 §. ult., insoferne hier Contribution eintritt, ohne daß der coheres als filius gefennzeichnet ist; allein da dieser Entscheid und die Distinction si (impubes) filius antequam patri heres existeret decessisset (I. 87 §. 4) von demselben Julian herriühren, ist wahrscheinlich, daß dieier hier (I. 87 §. ult.) nicht anders gesprochen haben wollte als in I. 87 §. 4 — d. h. daß er zu dem impubere mortuo „antequam patri heres existeret“ hinzugedacht haben wollte.

49) wie in dem Falle der I. 87 §. ult. D. h. t. — In der Sache selbst ist ausgesprochen, daß die Legatare der sich gegenseitig substituierten Pupillen in Anjehung der lex Falcidia schlechthin (d. h. auch nachdem diese effectiv Erben geworden) gleichgestellt sein sollen. Aber woher dieses?

50) Windscheid §. 653 Anm. 14 kommt auch in Anjehung der Vulgarsubstitution zu blos „gegenseitiger Aushilfe“ zwischen den „Voreinsetzungsvermächtnissen“, „weil der Substitut die Voreinsetzungsvermächtnisse nicht suo, sondern alieno nomine trägt.“ Allein letzteres trifft nur bei den P.-Substitution und auch hier nur dann zu, wenn der Voreingesetzte effectiv „Erbe geworden ist“ (I. 87 §. 4 D. h. t.). Die im Text aufgestellte Ansicht bezeichnet Windscheid a. a. O. als „wie es scheint allgemein angenommen“.

51) arg. I. 87 §. 4 D. h. t.

im anderen Falle müssen zwar jeder pupillarischen Portion gegenüber die dem Pupillen und die seinem Substituten aufgelegten Vermächtnisse zusammengerechnet⁵²⁾, dagegen die mehreren Portionen unter einander nebst ihrem jeweiligen Gefolge von Vermächtnissen getrennt behandelt, hinwider so viel, als der Substitut über die Quart des väterlichen Nachlasses aus der einen oder anderen Portion hat, den Legataren überschwerter Portionen zu gute gerechnet werden⁵³⁾.

Minder einfach gestaltet sich die Sache, wenn der Eine Substitut zugleich eingesetzter, es sei nun auswärtiger oder eigener, Erbe ist⁵⁴⁾.

e. Erfolgt die Vereinigung der Portionen erst durch Beerbung des Miterben, so greift schlechthin Separation platz⁵⁵⁾. Wo der mehreren Erben Einer zwar wieder erst durch den Miterben, allein unmittelbar durch dessen Antritt zu einer weiteren Portion gelangt (wie das nach älterem Rechte in vollem Umfange der Fall war, wenn der Vater nebst seinem Hauskinde zum Erben eingesetzt war und letzteres ebenso antreten

52) Wäre zwar der Substitut als solcher, aber ohne Bezugnahme auf diese oder jene Portion belastet, so wären diese Vermächtnisse als stillschreibend auf die einzelnen Portionen vertheilt zu betrachten.

53) der Substitut soll nicht besser daran sein, als es der heres exasse wäre. Hiefür l. 14 §. 2 D. h. t. Dem Buchstaben nach könnte dieses Fragment auch auf den Fall, da die Pupillen abstinent oder vor der Einmischung starben, bezogen werden. Allein dagegen ist l. 11 §. 7 D. h. t. Weitere Distinctionen s. bei Vangerow, Arch. f. civ. P. Bd. 37 §. 359 IV. (der übrigens l. 14 §. 2 cit. gleich der Glossie wieder von „vollständiger Vereinigung beider „Portionen“ versteht — §. 363), und Umann §. 9, welcher auch hier wieder (ohne Unterschied ob die Pupillen Erben geworden sind oder nicht) confusio partium ohne contributio legatorum annimmt, wohl aber Zurechnung des Neberschusses fordert.

54) Indessen ist festzuhalten, daß die Legatare des Institutus wohl von der Bulgarsubstitutionsportion, dagegen nicht umgekehrt die Legatare der Bulgarsubstitutionsportion auch von der Institutusportion Nutzen ziehen können (Anm. 35), doch dagegen zwischen den Legataren der Institutus- u. der Pupillarsubstitutionsportion Ebenbürtigkeit herrscht, und Separation zwischen denselben nur insoweit geboten ist, als sie durch das effective Erbe werden der Pupillen schon vollzogen ist (Anm. 47, 44, 45).

55) nach l. 1 §. 15 D. h. t. noch sowohl im Falle des Erbgangs, als in dem der Arrogation. Nach justianischem Rechte bleibt die Erbschaft dem Arrogirten (Bd. 1 §. 46 zu Anm. 23); immerhin aber bekommt der Adoptivvater dieselbe regelmäßig in seinen Nießbrauch, und muß dieser in und mit der Substanz gegen das etwaige Nebermaß von B.W. geschäft werden.

ließ wie er selbst antrat) trat Separation mit der Modifikation ein, daß der Überschuß aus der Kindesportion den eigenen Legataren des Vaters zu gute gerechnet werden mußte⁵⁶). Nach justinianischem Rechte muß sich diese Berechnung auf den gesetzlichen Missbrauch des Vaters an der Erbportion seines Kindes beschränken⁵⁷).

§. 420.

Abzug.

Dieser trifft nicht überall alle die Vermächtnisse welche zur Berechnung der Vermächtnisse (§. 417 III) in Ansatz gekommen sind, nämlich nicht die gefreiten. Hier wird fraglich, ob diese Gefreitheit an den dem Abzug unterworfenen Legataren, oder ob sie am Erben ausgehe¹⁾. Bezuglich der vom Soldaten hinterlassenen Vermächtnisse ist entschieden, daß sie, in Konkurrenz mit den von ihm als Nichtsoldaten hinterlassenen Vermächtnissen, auf Kosten des Erben befreit waren (§. 417 Anm. 22 a. E.). Daselbe muß von der Gefreitheit der durch Verfügung des Erblassers der Falcidia entzogenen Vermächtnisse gelten²⁾. Die noch übrigen gefreiten Vermächtnisse kommen als Schulden oder wie Schulden bei der Berechnung

56) I. 25 pr. D. h. t. Ueber den Fall, da der Herr nebst seinem Sklaven eingezogen wurde, s. die nicht unbedenkliche, von den Byzantinern für das Gegentheil ausgelegte I. 21 §. 1 eod. Nach dem uns überliefertem Texte ist aber (wenn man mit Mommsen interpunkirt und nach dodrans „sit“ hinzudenkt) für den Erwerb durch den Sklaven gerade so entschieden wie für den durch das Kind.

57) Arndts, Pand. §. 564, 2. Vgl. oben Anm. 55.

1) ob um so viel die Quart unergänzt bleibe, oder um so viel der Abzug entgegen den ungefreiten Legataren vergrößert werden dürfe.

2) Justinian hat das jus publicum der lex Falcidia insoferne zum jus privatum herabgesetzt, daß der Erblasser dem Erben das beneficium legis F. entziehen kann (S. 334; daß derselbe auch umgekehrt den Legatari unter den ihm durch die F. belassenen dodrans herabdrücken könne, würde, wenn es der Fall wäre, nicht ohne ausdrückliche Verfügung des Erblassers möglich sein; eine derartige ausdrückliche Verfügung wäre aber nicht Ausschließung der Falcidia, sondern Rücknahme des schon gegebenen Vermächtnisses und Wiederverleihung zu einem geminderten Betrag. Vgl. den Umweg, auf dem I. 88 §. 2 D. h. t. zur Befreiung des einen Legatari auf Kosten des anderen gelangt.

der Vermächtnisse gar nicht in Ansatz (§. 417 Anm. 22 u. ebendas. III, 1).

Die Größe des Abzugs bemisst sich zunächst nach der Summe, welche dem Erben, damit er die Quart habe, fehlt, oder um welche die Quart, die er hat, zu viel belastet ist (§. 117 III 1). Hiemit ist die Größe des Abzugs erledigt, wenn die Vermächtnisse sämmtlich dem Abzug unterworfen sind. Sind etwelche gefreit, so kommt jene Summe nicht ganz, sondern nur so weit in Abzug, als sie auf die ungefreiten Vermächtnisse trifft. Auf diese trifft aber nicht mehr, als auf sie trafe, wenn alle dem Abzug unterworfen wären (Anm. 2); es trafe sie dann aber der Abzug nach Proportion ihrer Größe³⁾.

Seiner Art nach ist der Abzug nur die Durchführung einer ipso jure eingetretenen Minderung der Vermächtnisse⁴⁾. Also darf die Vermächtnissklage, wenn das Vermächtniß theilbar ist, ipso jure nur auf den treffenden Theil intendirt⁵⁾, — wenn es untheilbar ist, zwar auf das Ganze, aber nur gegen Einbringung des zu viel verlangten Werththeiles ange stellt werden; einer exceptio bedarf der Erbe nur in diesem letzteren Falle⁶⁾. Auch wenn zur Zeit die Statthaftigkeit der Falcidia oder der Umfang der Minderung noch in Schweben ist, kann freilich nur gegen Caution (satisfatio, quanto amplius quam per legem Falcidiari coperit, reddi) — auf das Ganze geflagt werden⁷⁾; ist nur der Umfang der Minderung

3) §. ult. J. I. 73 §. 5 D. h. t.

4) I. 73 §. 5 cit. — legata . . . pro rata portione per legem ipso jure minuuntur —

5) I. 80 §. 1 D. h. t. — haec legata . . . tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succuri, ut aestimatione facta denunciet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione d. mali I. 7 eod. cf. I. 76 pr. D. leg. II. Diese exceptio ist im klassischen Rechte exclusorisch: I. 5 §. 1 D. d. m. exc 44, 4 — summo veri eum d. m. e., Marcellus ait —; seit I. ult. C. comp. 4, 32 ihr diese Wirkung nicht mehr zugestanden werden kann.

6) da hier tota legata ad legatarium pertinent — I. 80 §. 1 cit. (Anm. 5).

7) I. 1 pr. D. si cui plus, quam per legem F. lieuerit legatum esse dicatur 35, 3 I. 31 I. 45 §. 1 cf. pr. I. 73 §. 2 cf. §. 1 I. 70 D. h. t.

und eine rei vindicatio in Frage, so kann es, ausnahmsweise, zur incertae partis vindicatio kommen (Bd. 2 §. 168 Anm. 30). Wären derselben Person mehrere Vermächtnisse hinterlassen, und etwelche ganz gezalt, so könnte, vermittelst exceptio doli, der auf alle treffende Abzug gegen die noch übrigen in seinem ganzen Umfange gestend gemacht werden⁸⁾. — Auch in der Offensive, welche dem Erben zur Wahrung der Quaestio zu steht, zeigt sich daß die Minderung ipso jure platzgreift. Ist die vermachte Sache noch von Erblassers Seiten her beim Legatar, so steht dem Erben partis vindicatio zu⁹⁾. Von Vindication kann aber nicht mehr die Rede sein, wenn der Legatar erst später und durch den Erben in den Besitz der (ganzen) Sache gelangt ist¹⁰⁾; durch solche Besitzesveräußerung hat der Erbe sein Vindicationsrecht auch in Ansehung des ihm gebührenden Sachtheils verloren¹¹⁾. Soll er hier eine andere oder überhaupt eine Klage haben, so darf einerseits seine Besitzesveräußerung nicht der Ausdruck eines Verzichtes auf den Abzug, überhaupt oder nur an diesem Vermächtnisse, gewesen¹²⁾, und muß anderseits der zu anderer Klage nothwendige besondere Grund gegeben sein. Ein solcher liegt möglicherweise vor zu einer Versprechensklage (ex stipulatu), wenn die Entrichtung des ganzen Vermächtnisses gegen Caution (Anm. 8) —, zu einer indebiti condicio, wenn sie aus entschuldbarem Irrthum¹³⁾ — zu einer in factum actio, wenn der Honorirte das Empfangene bereits vom Erblasser her und in Gestalt einer

8) I. 16 D. h. t. Daß hier nur an mehrere derselben Person hinterlassenen BB. gedacht werden kann, bemerkt schon die Glossa. Exceptio ist zur Weltendmachung des Retentionsrechtes in diesem Falle darum nothwendig, weil ipso jure jedes Vermächtniß nur pro rata portione dem Abzug unterworfen ist.

9) I. 26 D. h. t.

10) I. 1 §. 11 eod. — possessionem nactus est . . . voluntate heredis — d. h. der Legatar der schon durch das (Vindications-) Legat Eigentümer war, hat ermächtigt durch den Erben auch den Besitz an sich genommen; in solchem Besitzerwerb auf der einen liegt zugleich eine Besitzesveräußerung auf der anderen Seite (Bd. 2 §. 515 besonders zu Anm. 58).

11) I. 1 §. 11 cit. — et non potest avocari ei res —

12) vgl. I. 46 l. 71 D. h. t.

13) I. 9 C. I. 31 D. h. t. I. 5 §. 15 in f. D. d. i. v. e. u. 24, 1. In I. 1 §. 11 cit. steht actio in Gegensaß zur vindicatio (non potest avocari), nicht zur repetitio.

res incorporalis erhalten¹⁴⁾ — zu einer actio de dolo, wenn der Legatar die unverkürzte Auszahlung durch Vorstiegelung der Erbschaftssufficienz erwirkt¹⁵⁾ — zum interdictum quod legatorum, wenn der Legatar sich eigenmächtig in den Besitz der Sache gesetzt hat¹⁶⁾.

Trotz seiner ipso jure eingetretenen Minderung muß ein Vermächtnis in seinem ganzen Umfang entrichtet werden, wenn dem damit belasteten Erben hinwider zu Lasten des damit Honorirten ein Vermächtnis zugewendet ist (Wechsellegat), das den Abzug erzeugt¹⁷⁾ und auf dem er besteht¹⁸⁾; den anderen Legataren darf nicht um dies mehr abgezogen werden.

14) I. 77 §. 2 D. leg. II. Hier ist der Fall einer m. c. donatio gesetzt, welche als Ermächtigung zur dotis stipulatio erfolgte, so daß der Honorirte mit einem Forderungsrecht bedacht ist. Wäre eine res corporalis Gegenstand der m. c. donatio gewesen, so würde partis vindicatio zugesstanden sein (I. 1 §. 5 D. quod legat. 43, 3). Zur Rechtfertigung der in factum actio wird es darum nicht genügen, „wenn der Legatar . . . schon vom Erblasser empfangen hat“ (Seuffert §. 624 zu Note 6 und meine Pand. 1te Aufl. S. 947).

15) I. 23 D. dol. 4, 3.

16) arg. I. 1 §. 5 D. quod legat. 43, 3.

17) I. 22 D. h. t. — si id quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat quod deducere desiderat. Wäre ex voluntate zu suppleat zu ziehen, so müßte die voluntas bewiesen werden; nun aber zeigt die Vergleichung mit I. 94 in f. D. h. t. (si modo ea quartam suppleant), daß die Deckung blos tatsächlich vorliegen und ex voluntate auf percepturus bezogen werden muß. Daß nichtsdestoweniger die weiterhin befohlene „Compensation“ der Falcidia mit dem Wechsellegat (I. 78 in f. D. h. i. 28, 5 und I. 15 in f. D. his quae ut indign. 34, 9 I. 77 §. 31 D. leg. II.) auf eine „präsumtive Willensmeinung des Erblassers“ zurückzuführen sei (Dernburg, Einr. in die q. F. u. Treb. Arch. für civ. P. Bd. 47 S. 302), scheint bedenklich; wenigstens sonst beruht die Compensation auf aequitas, und von einer aequitas compensationis ist auch hier die Rede: I. 15 in f. cit. Mit all dem will aber die Möglichkeit, daß der Erblasser geflissenlich zu diesem Zwecke ein Gegenvermächtnis gibt, nicht gefäugnet werden: I. 75 D. ad I. Falc. 35, 2. Was vom Wechsellegat gilt von der Deckung unter Lebenden: I. 56 §. 5 D. h. t.

18) I. 22 cit. — cum is . . . petit — vgl. Dernburg a. a. O. S. 301. Von einer Compensation kann, da kein in vicem debeti vorliegt, vielmehr von zwei Ansprüchen desselben Berechtigten (dem auf das beneficium I. F. und dem aus dem Wechsellegat) der eine durch den anderen aufgehoben werden soll, nur im weiteren Sinne des Wortes die Rede sein. Auch muß hier der Eine Anspruch (Wechsellegat) geltend gemacht werden, damit der andere erlösché, während die eigentliche C. darin besteht, daß (usque ad congr. q.) keiner der beiden Ansprüche geltend gemacht werden kann. Wohl dagegen kann auch hier auf die Compensation verzichtet — wie dort einseitig gezahlt, so hier auf das Wechsellegat verzichtet (und damit das beneficium I. F. aufrecht erhalten) werden.

Darin, daß der Abzugsberechtigte die in dem Wechsellegat enthaltene Deckung annimmt, liegt ein Verzicht auf das beneficium legis F. Ein solcher ist auch aus anderen und beliebigen Gründen, sowohl in Worten als in Werken, möglich¹⁹⁾; allein in ihm liegt zugleich eine Anerkennung des letzten Willens²⁰⁾ und — wohl im Zusammenhange mit der Abhängigkeit, in welche das beneficium legis Falcidiae neuestens zu dem letzten Willen gebracht ist²¹⁾ — soll diese Anerkennung im Gegenhalte zu mehreren Legataren neuestens nicht getheilt, vielmehr nur zu Gunsten Aller oder gar nicht auf die Quart verzichtet werden können²²⁾. Hiemit ist der Verzicht auf die Quart aber nicht schlechthin untheilbar geworden²³⁾.

d. Personen.

§. 421.

Die Lehre von den bei einem Vermächtniß in Betracht kommenden Personen ist sowohl in der Person dessen der ver-

19) Er ist überhaupt möglich: der Erblasser konnte gegen das Gesetz nicht aufkommen, wohl der Erbe (deshenthalben es gegeben ist — ?) S. über das Motiv des Gesetzes Dernburg, Arch. f. civ. P. Bd. 47 S. 292 S. 307. Das beneficium ist sein Recht, das er mindern kann: l. 71 D. h. t.; — „in Worten“: l. 46 D. h. t. — spopondit se daturum, cogendus est solvere — l. 71 eod (was aber nicht von jeher unbestritten war: l. 19 C. h. t. und auf das Versprechen bei Lebzeiten des Testators nicht erfreut werden darf: Vangerow §. 538 Anm. II, 1); — „in Werken“: durch geistige (folgsame) Ganzzählung: vgl. l. 46 eit. (voluntatem testatoris secutus) mit l. 19 C. cit. — heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem — im Gegensatz zu dem der aus Irrthum ganz zahlt (Anm. 15). Ein werthätiger, allenfalls theilweiser Verzicht kann auch in dem Austritt der Erbschaft liegen, wenn diese mit der Auflage irgend einer an sich nicht gebotenen Einrechnung in die Quart, oder Weglassung einer Aktivpost bei Berechnung der Quart verbunden ist: l. 12 D. h. t.

20) ja vielmehr auf das Verlangen, dem Testator treu zu sein, als auf Liberalität gegen den Legatär, wird der Verzicht zurückgeführt und darum z. B. intra virum et uxorem nicht als donatio betrachtet: l. 5 §. 15 D. d. i. v. e. u. 24, 1.

21) Nov. 1 c. 2 §. 2. S. oben §. 416 Anm.

22) Nov. 1 c. 3. Gegen abweichende Ansichten s. Vangerow §. 538 Anm. II, 1.

23) nicht in dem Falle von dem hier oben ausgegangen ist (Anm. 18). — nicht gegenüber einem Vermächtniß oder einem Legatär: l. 15 §. 2 l. 16 pr. §. 1 D. h. t. und dazu Vangerow a. a. D.

macht, als in der des Onerirten und des Honorirten eine Frage nach der Fähigkeit: wer als Geber, Träger, Empfänger zu einem Vermächtniß mitwirken könne; in der Person des Onerirten und des Honorirten zudem nicht selten die Frage, wer in Wirklichkeit onerirt oder honorirt sei. Erstere Frage ist abermals Rechtsfrage, letztere abermals Thatfrage oder Sache der Auslegung, welche auch hier für viele Fälle usuall geworden ist (vgl. S. 309 Anm. 1).

I. Um ein Vermächtniß hinterlassen zu können, muß man testiren können¹⁾, also testamentifactio im rechtlichen wie natürlichen Sinn des Wortes haben (§. 368, 1a. 2a), gleichviel ob man dasselbe in einem Testamente oder sonstwie anordnet²⁾. Allein während zur testamentarischen Hinterlassung die Fähigkeit sofort bei der Errichtung des Vermächtnisses da sein muß, kann es zur sonstigen Hinterlassung genügen, daß dieselbe beim Tode des Testators da sei³⁾.

II. Insoweit als man unter Fähigkeit eine rechtliche Eigenschaft der Person (personae conditio), hier testamentifactio, Capacität, und allenfalls noch Dignität — vgl. §. 368) versteht, ist die Frage nach derselben eine für den Vermächtnisträger (Onerirten) und Vermächtnisnehmer (Honorirten) gemeinsame. Denn um mit einem Vermächtniß onerirt werden zu können muß man (mit einem solchen oder mit Erbeinsetzung oder überhaupt leßtwillig) honorirt werden, Erbschaften und Vermächtnisse erwerben und behalten können (arg. §. 412 Anm. 2. §. 416 ab init.), also die (s. g. passive) testamentifactio, Capacität und Dignität haben⁴⁾. Diese testamentifactio

1) 1. 2 D. leg. I. — eos demum fideicommissum relinquere posse qui jus testandi habent. l. 114 pr. eod. l. 1 §. 2 — §. 4 D. leg. III.

2) 1. 6 §. 3 D. jure cod. 29, 7 Codicillo is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. l. 8 §. 2 eod.

3) 1. 1 §. 1 D. leg. III — quasi nunc datum — cf. l. 1 §. 5 eod. — si modo in eadem voluntate duravit. Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 46 S. 344.

4) Die legata erforderten gleich der heredis institutio testamentifactio in der Person des Honorirten (§. 24 J. legat. 2, 20 und dazu Theophilus, l. 7 D. pro legat. 41, 8 arg. l. 3 pr. l. 4 pr. §. 1 D. his qui pro non ser. 34, 8), ursprünglich nicht so die fideicommissa (Ulp. 25, 6 redet nicht exclusiv: Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 46 S. 381); diese konnte man ohne tf. erwerben (capere), wie namentlich als Peregrine

geht aber heutzutage Niemandem, insonderheit den „Fremden“ nicht ab⁵); dieselben Zwecke, für welche der ganze Nachlaß oder ein aliquoter Theil desselben von rechtswegen oder kraft Privilegs erbeinsetzungswise ausgejezt werden kann, können gleichmäßig mit Vermächtnissen bedacht werden (S. 53 unten und fg.). Daßemand trotzdem er testamentifactio hat, erwerbsunfähig (incapax) sein könne, hat zur Stunde zwar für Vermächtnisse wie für Erbeinsetzung in Einem Falle noch eine gewisse beschränkte Geltung; weil hier aber die Erwerbsfähigkeit nur auf eine gewisse Quote der Erbschaft beschränkt ist, wird auch die Möglichkeit der Belastung nur bis zu gewissem Maße eingeschränkt (S. 51 Anm. 22. 24 §. 396 S. 199). Indignität (S. 52 fg. S. 199 Abs. 1) entspringt zu Vermächtnissen größtentheils aus denselben Gründen wie zur Erbeinsetzung (§. 396); aber etwelche sind der Erbeinsetzung, etwelche den Vermächtnissen eigenthümlich⁶). —

(Gaj 2. 285 — peregrini poterant fideicomissa capere); ein Senatusc. unter Hadrian nahm den Peregrinen diese Capacität (Gaj. I. cit. u. dazu Huschke, jurispr. antej.); das diesem incapax hinterlassene Fc. war nicht pro non scripto wie das ihm hinterlassene legatum, sondern caducum, zu Gunsten des Christus (Gaj. I. cit. und I. 7 pr. D. legat. I. — da auch der Deportirte Noncivis ist. Vgl. Arndts a. a. D. S. 382 fg. und I. 12 §. 2 D. legat. I. cf. I. 13 §. 2 D. testam. mil. 29, 1 l. 7 §. 1 D. leg. III. — quibus legare possumus etc.). Schon hiemit war der Peregrine in Ansichtung der Fideicomissie nicht viel besser daran als in Ansichtung der Legate (vgl. §. 368 zu Anm. 21 §. 396 S. 199). Die spätere Gleichstellung der Legate und Fideicomissie unterwarf auch die Fideicomissie dem Erforderniß der testamentifactio; allein die Peregrinen unter römischer Herrschaft waren jetzt alle Bürger geworden. Lange vorher hatten übrigens die Soldaten liberum arbitrium quibus velint (hereditates et legata) relinquendi, nisi lex specialiter eos prohibuerit (z. B. servus poenae; I. 13 §. 2 D. testam. mil. 29, 1 — Haeretiker; I. 22 C. haeret. 1, 5) erhalten; I. 5 C. test. mil. 6, 21 Severus Alex. I. 13 §. 2 cit. Ulp. Gegen Mühlensbruch, der dieses Privileg nur von einem Nachlaß in der für das Dasein der tf. entscheidenden Zeit versteht, s. Arndts a. a. D. S. 386 fgg.

5) §. 368. 1. Arndts a. a. D. S. 384 Abs. 1. Was die Kaiser nur den Soldaten einräumen: testamentifactio mit Fremden und Deportirten (Anm. 3 a. E.), ist nunmehr Alten gewährt.

6) „Gegen den ausgesprochenen Willen des Testators“ §. 396 I. 2 kann man nur Erbe (und die Erbschaft zu behalten unwürdig) werden; was hier blos unwürdig macht, hebt das Vermächtniß überhaupt auf (ademption); andere Gründe sind wenigstens nicht ausdrücklich auch auf Vermächtnisse bezogen: so die in §. 396 zu Anm. 13, 15, 30, 31. Nur auf Vermächtnisse geht: die Verheimlichung des Testamentoes (in deren Folge das B.

Eine auf natürlicher Eigenschaft der Person beruhende Fähigkeit wie die in der testamentifactio des Testators inbegriffene natürliche Handlungsfähigkeit (§. 368, 2, a) wird wiederum gleichmäßig weder vom Vermächtnisträger noch vom Vermächtnisnehmer gefordert⁷⁾.

Darin daß auch er ein Empfänger ist⁸⁾, steht der Vermächtnisträger dem Vermächtnisnehmer gleich; darin daß er nicht blos empfängt, sondern zugleich gibt oder geben muß, unterscheidet er sich von diesem. Daz man empfangen muß um onerirt werden zu können, versteht sich so sehr von selbst, daß aus einer Onerirung allenfalls auf eine vorgehende Honorirung geschlossen wird⁹⁾. Das Empfangene muß nicht dasselbe, aber es muß von demselben Schrage sein, wie das zu Leistende, also von Geldwerth¹⁰⁾; von Geldwerth nicht blos an und für sich, sondern auch für den Empfänger¹¹⁾. Auch in ihrem Grunde müssen der Empfang und die Belastung vom gleichen Schrage — auch der Empfang muß ein leztwilliger (eine mortis causa capio) sein¹²⁾. Hinwider genügt alles was unter den Begriff der mortis causa capio fällt zur Unterlage für ein Vermäch-

aber quasi pro non scripto ist und also apud heredem manet) I. 25 C. legat. 6, 37; vgl. S. 202 3. 5—7) — Verschleppung von Erbschaftssachen (mit entsprechender denegatio actionis legatorum, zweifelsohne wieder zu Gunsten des Erben) — I. 5 eod. I. 50 (48) D. ad SC. Treb. 36, 1.

7) Zum Erwerbe von Vermächtnissen bedarf es keiner Handlung (§. 427); um mit Vermächtnissen belastet werden zu können, mehr als einer Handlung (mortis c. capio: §. 412 Ann 2 §. 416 ab init.).

8) I. 6 §. 1 D. leg. III — nec recipiendum esse, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges.

9) I. 77 D. leg. I. — ab omni debitore fc. relinqu potest .. quasi videatur heres rogatus remittere ei debitori —

10) I. 94 §. ult. D. leg. I. Qui test. manumittitur, et neque legatum neque hereditatem capit, fc. praestare cogendus non est ... is enim demum pecuniam ex causa fc. praestare cogendus est, qui aliquid ejusdem generis vel similis ex testamento consequitur. cf. I. 196 D. r. j. 50, 17. §. 413.

11) was nicht der Fall wäre, wenn er nur bekäme was er ohnehin zu fordern hatte, und nichts darüber: I. 7 §. ult. D. leg. III arg. I. 2 pr. §. 1 D. dot. prael. 33, 4 — oder bloße Befreiung seiner Sache von Pfandhaft (I. 3 §. ult. D. leg. III). Frühere Fälligkeit, oder Ersparung von Prozeßkosten würde kein zum B. ausreichendes „darüber“ bilden: I. 8 §. 2 D. leg. III.

12) I. 1 §. 6 D. leg. III. — eorum fidei committere quem posse, ad quos aliquid per venturum est morte ejus — I. 3 pr. eod. — haec ita si mortis causa donatura marito fecit acceptum —

niß: nicht blos Erbfolge, Legat und Fideicommiss, sondern auch mortis causa donatio¹³⁾ und die Bereicherung aus Erfüllung einer vom Erblasser einem Erben oder Legatar gestellten Bedingung¹⁴⁾. Gegeben ist auch, was nicht genommen wurde, da es genommen werden konnte¹⁵⁾ — wie die Intestaterbschaft¹⁶⁾, vorausgesetzt, daß sie nicht nur nicht genommen ist, sondern auch nicht genommen werden wollte¹⁷⁾. Empfänger ist endlich auch wer mittelbar empfängt: als Pupillarsubstitut¹⁸⁾, oder auch nur als Intestaterbe des von der Erbschaft nicht ausgeschloßenen Pupillen¹⁹⁾, oder als Gewalthaber²⁰⁾, und endlich als Erbe des Erben oder Vermächtnisnehmers²¹⁾.

Auf die Frage, wer onerirt oder honorirt werden könne, folgt die Frage, wer onerirt oder honorirt sei. Auch auf diese Frage (vgl. S. 309) kann die leztwillige Erklärung Zweifel übrig lassen; aber auch hiefür ist, gegenüber öfter wiederkehrenden Zweideutigkeiten, durch Usualinterpretationen nachgeholfen. Eine Auslese von solchen folgt §. 422 §. 423²²⁾. An die Frage wer onerirt oder honorirt sei, schließt sich natür-

13) I. 9 C. fideic. 6, 42 §. B. I. 3 pr. cit. I. 77 §. 2 D. leg. II. I. 11 D. dot. prael. 33, 4 I. 1 C. m. c. d. 8, 57.

14) I. 96 §. ult. D. leg. I. — obwohl I. 9 C. cit. diesen Fall nicht aufzählt; I. 1 §. 6 cit. begreift ihn mit.

15) I. 1 §. 6 cit. — ad quos aliquid per venturum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non admittitur.

16) I. 8 §. 1 D. jure cod. 29, 7 — ideo sc. dari possunt ab intestato succendentibus, quoniam creditur pf. sponte sua his relinquere legitimam hereditatem. arg. I. 114 §. 2 D. leg. I.

17) Der Pflichterbe soll zu der Injurie der Exheredation oder Praetition nicht auch die Last von WW. zu tragen bekommen: I. 31 C. fideic. 6, 42 I. 2 D. leg. III.

18) Der Pupillarsubstitut des exhereditirten Pupillen ist auch kein mittelbarer Empfänger; es wäre denn der exhereditirte Pupille als Substitut eines Miterben Erbe geworden — §. 419 zu Ann. 18.

19) I. 92 §. ult. — I. 94 pr. D. h. t.

20) Ulp. 25, 10 — quamvis ab eo legari non possit — I. 11 pr. D. leg. I und dazu Mommsen ad h. I., I. 94 §. 1 eod. I. 4 D. leg. III.

21) I. 5 §. 1 D. leg. I. — hoc valere benignum est.

22) Eine weniger auf das Ständige gerichtete und nicht gerade musterhaft gegliederte Sammlung gibt Pothier, Pand. ad D. leg. I. II. III. Secunda pars; hieher auch Fr. Mantica, de conjecturis ult. volunt. Francf. 1680.

licherweise die andere an: wie weit jemand onerirt oder honorirt sei.

§. 422.

Wer onerirt sein solle, versteht sich von selbst, wenn ohne Bezeichnung desselben¹⁾ vermachts wurde; es ist der Erbe, oder es sind die Erben, je nachdem ein oder mehrere Erben da sind²⁾. Soll ein Anderer als der Erbe, oder sollen von mehreren Erben blos einige beschwert werden, so muß dies gesagt werden³⁾. Wo „von“ nur Einigen eine Nachlaßsache vermachts ist, entsteht als erste Frage die, ob dieselben die ganze Sache zu entrichten haben, oder nur so viel als ihnen davon gehört? Nach heutigem Rechte entrichten sie das Ganze⁴⁾. Eine weitere, sowohl für den Fall daß alle, wie für den daß

1) — wie das beim Vindicationslegate typisch war: Titio hominem Stichum do lego: Gaj. II. 193. — desgleichen beim Praeceptionislegate: L. Titius hominem St. praecipito: Gaj. II, 216, — während die Damnation ohne Nennung des zu Obligirenden unmöglich war, Gaj. II, 201 — heres meus Stichum .. dare damnas esto, — ob sie nun buchstäblich als Damnation oder als ein nachter Imperativ (dato) aufrat; folgerichtig auch das legatum sinendi modo: Gaj. II, 209: Heres meus d amnas esto sinere L. Titium Stichum sumere sibique habere. Das Fideicommiss brachte Nennung des Fiduciars nothwendig mit sich, wenn es buchstäblich als „fideicommitto“, — nicht nothwendig, wenn es als Wunsch oder Wille (volo) aufrat: Gaj. II, 249. Heute sind alle Arten von Vermächtnissen, auch die blos obligirenden, ohne Nennung des zu Obligirenden möglich: „Meinem Neffen das Haus Nr. 14“ kann so gut blos obligatorisch als dinglich sein (vgl. §. 426).

2) arg. 3. B. I. 124 in f. D. leg. I.

3) es sei nun, daß Alle mit Ausnahme bestimmter Einzelner, oder vornherein gewisse Einzelne genannt werden: I. 54 § 3 I. 86 §. 1 D. leg. I. 1. 98 D. leg. III. I. 17 D. duob. r. 45, 2.

4) Nach classischem Rechte scheinen sie, wenn das B. Vindicationslegat war, nicht über ihren Theil belastbar gewesen zu sein. Ein Vindicationslegat hat Julian in I. 81 §. 4 D. leg. I. vor Augen; er läßt non amplius quam quincunem vindicare. Wenn I. 17 D. duob. r. 45, 2 „totum schulden“ läßt, so möchte man das auf ein Damnationslegat zurückführen (totum eos legatum debituros); allein dazu paßt das a certis personis legatum wenig, und der Grund quia hereditas eos obligat gar nicht (Anm. 6); darum möchte auch hier an ein Vindicationslegat, zugleich aber an eine vielleicht auf das SC. Neronianum gestützte Abweichung der citirten Juristen (Atilius, Sabinus, Cassius) zu denken sein. Jedenfalls seit Entbindung der Legate u. Fideicommissen von der verborum observantia (I. 21 C. legat. 6, 37 Constant. a. 339) muß ein auch nur einigen Erben auferlegtes B. als ganz gewollt und, über ihren Theil hinaus, obligatorisch obliegend gedacht werden.

einige Erben onerirt sind, auftauchende Frage ist die nach den Theilen: ob wenn das Vermächtniß getheilt ist, die Belastung nach Erbschafts-, oder in Virilportionen getheilt sei⁵⁾. Allem Anscheine nach bilden aber Erbschaftstheile die Regel. Diese kann durch den Willen des Vermächtnißgebers durchbrochen werden. Als ein solcher, Virilportionen anstatt der Erbschaftsportionen setzender Wille wurde die namentliche Nennung der belasteten Erben entschieden dann ausgelegt, wenn das Vermächtniß ein Damnationslegat war und überdies nur einige der Erben damnirt wurden⁶⁾. — Ist das Vermächtniß unge-

5) hierauf bezieht sich der Konflikt zwischen l. 17 D. duob. r. 45, 2 auf der einen, und l. 54 §. 3 l. 124 D. leg. I auf der anderen Seite. Vgl. darüber Bangewow §. 521 Anm. 3. Arndts Rechtsl. VI S. 284 fgg. und Forts. d. Gl. Comm. Bd. 47 S. 222 fgg. Dabis, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 1 Nro. 9 über l. 17 eit., Gerstlacher (von d. Rechtsv. zw. mehreren mit einem L. belasteten Erben und dem Legatar 1853. Rudorff, zu Puchta's P. §. 524 b. Serafini, Arch. giuridico 1871 p. 138. Windscheid, P. §. 626 Anm. 11.

6) — quia personarum numeratio hunc effectum babet, ut exaequentur in legato praestando (l. 124 D. leg. I Nerat.) Ausdrücklich spricht diese Stelle von Damnation, nimmt aber Virilportionen auch dann an, wenn alle Erben beschwert und mit Namen genannt sind, während (l. 54 §. 3 eod. Pompon.) nicht ausdrücklich von Damnation spricht und jedenfalls nur wenn blos einige Erben damnirt und mit Namen genannt sind, Virilportionen gewollt sieht. Dem entgegen will l. 17 D. duob. r. 45, 2 (Paul.) nur Erbschaftstheile, ob nun alle oder nur einige beschwert und ob sie mit Namen genannt sind oder nicht. M. E. deutet aber l. 17 eit. an ein Bindifikationslegat (vgl. m. 1te Pand.-Aufl. S. 914 fgg.); denn auch das Bindifikationslegat konnte von Einigen oder Allen und unter deren namentlicher Nennung hinterlassen werden (ab heredibus meis Titio, Maevio, Sejo sumito, habeto, capito — cf. Gaj. II, 193 — cf. l. 86 D. leg. I — vindicari — Kretschmar, Prael. S. 21), und daß hereditas eos obligat und nur hereditas, kann man blos beim B.-legate sagen. Ohne daß sie Erben werden können, auch die damnati nicht obligirt werden und insofern sind auch sie durch die hereditas obligirt; allein während beim B.-legate die obligatio, ex testamento) nur quasicontractlich ex re (hereditate) entspringt, kommt beim Damnationslegat zu den res noch das versällende Wort des Testators hinzu. Wo nun die Obligation der Erben einzigt auf der hereditas beruht, da sollen auch nur Erbschaftstheile gelten, ob der Testator von Onerirten spricht oder nicht spricht, dieselben mit ihrem Namen nennt oder nur als Erben bezeichnet, Alle oder nur Einen onerirt (l. 17 eit.); wo sie nicht blos auf der hereditas beruht, sollen nicht schlechthin Erbschaftstheile gelten: da kann der Testator die Onerirten mit Namen genannt haben, weil er von ihrer Eigenschaft als Erbe und ihren Erbschaftstheilen abgesehen haben will. Darnach bestünde eine Differenz nicht zwischen l. 17 und den beiden anderen Stellen, wie man gewöhnlich annimmt, sondern zwischen l. 104 u. l. 54 §. 3, und zwar dahin, daß (im Damnationsfalle) nach l. 104 schon die

theilt, und zwar ungetheilt durch den Willen des Testators⁷⁾, so kann der Legatar, wie wenn sie duo rei wären, von den Onerirten wen er will in solidum⁸⁾, aber auch jeden zum Theile belangen⁹⁾, — ist es ungetheilt wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes, so kann wieder nach Auswahl des Legatars jeder auf das Ganze belangt werden¹⁰⁾, allein der Betroffene kann was er über seinen Erbschaftstheil gezahlt hat, den Mitbelasteten in Rechnung bringen¹¹⁾. Sind Zweie konjunctiv (T. et M.) mit demselben Vermächtnis beschwert, so kommt es, wenn sie beide antreten zu Theilen; wenn dagegen Einer nicht antritt, zu solidarischer Haftung des Anderen¹²⁾, vorausgesetzt daß der Erbtheil des Anderen an ihn kommt¹³⁾.

S. 423.

Wer honorirt sein solle, ergibt sich nicht überall aus dem Namen und der Benennung dessen an den geleistet werden

namenliche Onerirung, nach l. 54 §. 3 die namenliche Nennung nur in Verbindung mit Einschränkung der Onerirung auf einige Erben als Anordnung von Virilstportionen betrachtet wird. Allerdings bringt diese Einschränkung einen besonderen Grund für Virilstportionen mit sich: die Unmöglichkeit direkter Anwendung der Erbschaftstheile. — Wo Nachlaßsachen vermacht sind, kann nach all dem nur dann auf Virilstportionen erkannt werden, wenn eine ausdrückliche namentliche, und — nach dem strengerem Erforderniß der l. 54 §. 3 — eine sich auf einige Erben beziehende Verpflichtung der Erben hinzukommt. — Dem entgegen nimmt Windscheid a. a. D. u. die dort Agg. einen Widerstreit zwischen l. 17 u. den beiden anderen Stellen, und Virilstportionen als Regel an.

7) ein Wille, der durch alternative Fassung der Onerirten zum Ausdrucke gebracht werden kann (l. 8 §. 1 D. leg. I), ohne Zweifel auch durch die Bestimmung, daß sie ungetheilt (in solidum) haften sollen. In l. 9 pr. D. duob. r. 45, 2 ist et in aut zu verwandeln (Cujac).

8) l. 8 §. 1 D. leg. I. — quasi si duo rei essent — vgl. Bd. 2 §. 254. 2 insbes. Ann. 9—11. Von einem Erbsanspruche dessen der in solidum zahlt, ist hier keine Rede. Vgl. unten Ann. 11.

9) l. 25 pr. D. leg. III.

10) l. ult. D. serv. leg. 33, 3 l. 11 §. 23 §. 24 D. leg. I. Die scheinbare Abweichung in l. 80 §. 1 D ad l. Falc. 35, 2 ut partem aestimationis (legatarius) inferat, geht auf die Falc. Quart zurück.

11) l. 11 §. 23 in f. D. leg. III. Vgl. Bd. 2 §. 233. I. 1. c.; oben §. 407 S. 279, 2. S. 281 Ann. 54.

12) l. 122 §. 1 D. leg. I.

13) l. 16 §. 1 eod — In diesem Falle gilt der ausfallende Eibe pron scripto: l. 122 §. 1 cit. Der Erblasser wollte, kann man sagen, dem Legatar nicht Theile, sondern das Ganze geben; Theile werden nur concursu der Onerirten; hört der auf, so kommt das ursprüngliche Verlangen des Erblassers zur Geltung. Vgl. unten §. 423 Ann. 46 u. 47.

jolle; mit der Leistung kann ein Anderer als der Empfänger beschenkt und honorirt sein, so daß ein Anderer als an den geleistet werden soll, auf die Leistung klagen kann¹⁾. Möglich ist ferner, daß der Empfänger sowohl als ein Dritter aus dem Vermächtniß Vortheil schöpfe, daß für jeden gesorgt, und aber doch nur der Empfänger Legatar (und klageberechtigt) sein soll²⁾; möglich nicht minder, daß durch dieselbe Gabe der Eine ausdrücklich, der Andere stillschweigend bedacht und jeder Legatar sein soll³⁾, — möglich aber auch, daß von den Mehreren die durch die Eine Gabe (unum legatum) alle beschenkt sein könnten, doch nur Einer bedacht sein will⁴⁾.

Wer aus Mehreren honorirt sein jolle, kann der Erblässer der Wahl des Onerirten überlassen⁵⁾; wählt er nicht, so sind von dem Augenblicke an da er hatte wählen sollen, alle zur Klage zugelassen, ob nun aus alternativ Genannten, oder aus sonst einem geschlossenen Kreise zu wählen war⁶⁾; mit demselben Augenblicke ist auch der Tag des Vermächtnisses gekommen⁷⁾;

1) I. 11 §. 22 D. leg. III. Interdum alterius nomen scribitur, alteri vero fideicommissi petitio competit — z. B. „mein Erbe soll für den T. dessen Steuer zahlen“: I. 11 §. 21 eit. — Vermächtnisse an Haussinder u. Slaven mit denen der Gewalthaber erleichtert werden soll: I. 42 D. cond. 35, 1 — ein legatum liberationis steht in dem Befehl, an den Gläubiger eines Dritten zu zählen: I. 28 §. 10 §. 11 l. 3 §. 5 l. 41 D. lib. leg. 34, 3 l. 49 §. 5 §. 6 l. 69 §. 2 D. leg. I. — alias habet actionem quam cui testator dari jussit — desgleichen in dem Vermächtniß an X zum Behufe der Zahlung einer Erbhaftschuld: I. 49 §. 4 D. leg. I. l. 69 §. 2 eod.; Klage auf Leistung an einen Dritten ist hier möglich, weil ein Interesse des Klägers vorliegt (Bd. 2 § 239 Anm. 2).

2) I. 71 §. 3 D. cond. 35, 1: ein B. an den Schwiegerohn behufs Dotirung der Tochter — in welchem Fall aber umgekehrt auch die Tochter Legatarin sein kann: I. 69 §. 2 D. leg. I.

3) I. 3 §. 4 D. lib. leg. 34, 3 — non solum eum, cuius nomen in test. scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque qui non est scriptus, si et ejus contemplatione (nämlich des anderen der duo rei debendi) liberatio relicta esset cf. §. 3 eod. I. 11 §. 21 cf. §. 20 D. leg. III.

4) I. 11 §. 20 D. leg. III. Plerumque evenit, multorum interesse id quod relinquitur (z. B. alle rei debendi interessirt die liberatio legata), verum testatorem voluisse uni honorem habitum. cf. §. 21 eod.

5) denn damit ist nicht in arbitrio ejus qui rogatus est positum, an omnino velit restituere — I. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34, 5. Vgl. unten §. 425.

6) I. 24 l. 25 D. leg. II; I. 16 eod.

7) Dies ward von Scaevola gegen Marcellus dahin gemacht,

in ihrem Verhältniß zu einander sowie zum Onerirten sind die mehreren Berechtigten den duo rei stipulandi gleich⁸⁾.

Substitutionen sind auch bei Vermächtnissen und Schenkungen von Todeswegen, und zwar 1) nach Art der **Bulgar substitution** bei Erbeinheizungen, d. i. für den Fall möglich, daß der Ersthonorirte nicht Legatar wird⁹⁾, es sei nun, daß er zuvor stirbt¹⁰⁾, oder daß er ausschlägt¹¹⁾, oder einer den Verfall auch von Vermächtnissen nach sich ziehenden Indignität unterliegt und nicht der Fiskus vindikationsberechtigt ist (§. 421 zu Anm. 6 §. 396 IV.). Diese Substitution ist eine Species der Translation von Vermächtnissen¹²⁾. Wo für den Todesfall des Ersthonorirten substituirt war, konnte je nach Umständen der Translation die Transmission auf die Erben des Legatars vorgehen, oder den Vorrang streitig machen¹³⁾. — 2) Eine Substitution in Vermächtnisse nach Art der **Pupillar substitution** und zwar derjenigen Pupillarsub-

dass Alle die zur Klage zugelassen wären, aber vor der Klage sterben, auf ihre Erben transmittiren, nicht blos der zuletzt übrige: l. 24 D. leg. II.

8) was wenigstens für den Fall der alternativen Fassung ausgesprochen ist: l. 16 eit.

9) l. 50 pr. D. leg. II. Ut heredibus substitui potest, ita et legatariis . . . et cum m. c. donabitur — l. unie. §. 7 C. cad. toll. 6, 51 — nisi et hic vel substitutus relictum accipiat —

10) l. 3 pr. D. adim. leg. 34, 4 — Titio . . do lego; si Titius decesserit, Sejo heres meus dare damnas esto —

11) an welchen Fall die Juristen weniger gedacht zu haben scheinen —

12) l. 3 pr. D. adim. vel transf. leg. 34, 4 — recte translatum legatum videtur.

13) Trat der Tod noch vor dem dies legati cedens ein, so griff Translation platz: l. 3 §. 1 in f. eod. cf. §. 3 eod. Erlebte der Ersthonorirte den dies l. cedens, so griff wohl Transmission auf dessen Erben platz, wenn die Substitutionsbedingung einfach auf den Tod des selben lautete (si decesserit) arg. l. 10 §. 1 eod.; anders wenn sie auf den „Tod vor Empfang“ (si ante decesserit quam accipiat) lautete; da kam jus quae situm des Legatars und seiner Erben mit dem Willen des Testators in Streit und ein salomonischer Schiedsspruch in Frage (secundum meram subtilitatem utrique obligatum videri heredem, i. e. et Sempronio et heredi Titii.); statt dessen unterschied man weiter, ob der Erbe oder der Legatar in mora geweien, und ließ darnach Translation oder Transmission gelten (l. 1 §. 1 cf. §. 2 — utpote re ipsa mora subsecuta). Der Entscheid Julians in l. 30 §. 4 eod. ist ex causa fideicommissi zu erklären. Die Bedingung si non dederit (heres mens Titio dato, si non dederit Sempronio dato) ist dahin zu verstehen, daß S. substituirt sein soll, wenn dem T. nicht gegeben sein kann, weil er den dies cedens nicht erlebte: l. 3 §. 1 eod.

stitution, welche in secundum casum (si heres erit — S. 84) verordnet wird, ist das s. g. successive, Einen nach dem Anderen berechtigende Vermächtniß; sei es, daß der Erste als bloße Mittelsperson honorirt ist¹⁴⁾, oder daß er auf längere oder kürzere Zeit selbst haben soll¹⁵⁾. Mit der s. g. fideicommissariischen Substitution, in welcher die Weiterbegebung einer Erbschaft (Universalfideicommiss — §. 430) mitinbegriffen ist, ist das successive Vermächtniß nicht gleichbedeutend; wohl bildet dieses die eine Hälfte der fideicommissariischen Substitution¹⁶⁾. Ein Fall des successiven Vermächtnisses, der mehr als ein anderer die Auslegung und Gesetzgebung herausgesfordert hat, ist das (römische) Familienfideicommiss¹⁷⁾. Bei vollem Ausdrucke besteht dieses in einem Veräußerungsverbot und der Anordnung, daß die nicht zu veräußernde Sache in der Familie bleiben soll¹⁸⁾. Jede dieser beiden Anordnungen, mögen sie nun an den Erben gerichtet sein, der die Sache um welche es sich handelt, in der Erbschaft vorfindet¹⁹⁾, oder an den Legatar dem sie vermacht ist²⁰⁾, schließt, zum Theil möglicherweise, zum Theil nothwendigerweise, die andere in sich, und kann denn auch mit der Wirkung als

14) s. oben §. 412 Anm. 3, und z. B. I. 9 pr. D. quemadm. cav. 7, 9 — si fideicommissarii causa ususf. mihi relictus est — ein Fall der auf die Frage wer caviren müsse zurückwirkt: I. 9 pr. cit. I. 4 D. q. m. ususfr. 7, 4, — ja selbst auf die Existenz des Vermächtnisses: I. 88 §. 13 D. leg. II I. 29 D. usu 33, 2.

15) I. 9 pr. cit. — si mihi spes aliqua durat ususfructus — I. 77 §. 13 D. leg. II.

16) Da vor Ausgleichung der legata und fideicommissa jede Weiterbegebung des Vermächtnisses wie der Erbschaft nur durch Fideicommiss angesetzt werden konnte (Gaj. II, 271), war das succ. B. nothwendig fideicommissariisch.

17) Als eine Stiftung unter Lebenden erscheint dieses in der donatio Flavii Syntrophi (T. Flavii Syntrophi donationis instrumentum ineditum. Huschke Vratisl. 1838. Dazu dessen Commentar ebenda). u. Lewis, das R. des Familienj. Berlin 1868 S. 4 fgg. Legitwillig waren derartige Verfügungen vor der Klagbarkeit der Fideicommissa mit flagbarem Effekte nicht möglich. Bgl. Lewis a. a. O. S. 7.

18) I. 114 §. 15 D. leg. I — fideicommissit, ne fundum alienaret et ut in familia relinqueretur — I. 69 §. 3 D. leg. II — petiit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur — I. 77 §. 27 eod. Libertis praedium reliquit, ac petiit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent —

19) I. 114 §. 15 cit. I. 69 §. 3 cit.

20) I. 77 §. 27 eod.

ob beides ausdrücklich verordnet sei, für sich allein vorkommen²¹). Gleichwie ferner in der Bestimmung, daß die Sache in der Familie bleiben solle, sich die Honorirung von Geschlecht zu Geschlecht wiederholt²²), wiederholt sich stillschweigend auch das Veräußerungsverbot an die jeweilig Honorirten²³). Wann, wie, und durch wen immeremand in Folge dieser Verfügungen zu der fideicommissarisch begebenen Sache gelangt, so hat er ein Vermächtniß²⁴), und zwar aus der Hand des Stifters²⁵); jener lebendige Zusammenhang, der zwischen Erblässer und Erben gefordert wird (§. 382, 2), ist zwischen dem Erblässer und seinen Fideicommissaren nicht nothwendig²⁶); nur auf unabsehbare Zukunft soll nach neuestem Rechte das Familienfideicommiss auch durch ausdrücklichen Willen des Stifters nicht erstreckt werden können²⁷). — Fragt man endlich,

21) Nothwendig schließt die Verfügung, daß eine Sache in der Familie bleiben solle, ein Veräußerungsverbot in sich, und kann denn auch ohne dieses ein Familienfideicommiss sein: arg. I. 67 §. 5 D. leg. II — „peto non (ne) fundus ex familia exeat“; — das Veräußerungsverbot wäre ohne Dasein oder Erkennbarkeit der Person in deren Interesse es erlassen ist, nudum praeceptum (§. 376 Anm. 6); allein ausdrückliche Nennung der letzteren ist nicht nothwendig, wenn sie anderweitig erschlossen werden kann (I. 114 §. 4 D. leg. I). Angenommen nun daß sich die familia als der Personenkreis erweisen läßt, um dessentwillen das Veräußerungsverbot ergangen ist, so bestünde ein Familienfideicommiss in einem bloßen Veräußerungsverbot; das Veräußerungsverbot enthielte ein Fideicommiss, wie es auch als solches auftritt: fideicommissit, petitiū ne alienarent etc. II. catt.

22) vgl. I. 32 §. 6 D. leg. II.

23) arg. I. 67 §. 2 eod.

24) so namentlich auch dann wenn er die Sache durch Beerbung eines Vorhonorirten befäme: z. B. I. 114 §. 18 cf. §§. 15—17 D. leg. I. — Die fideicommissi petitio kann ursprünglich nur gegen den Restitutionspflichtigen oder dessen Erben gegangen sein; seit I. 1 u. I. 2 C. comm. legat. 6, 43 ist sie in rem (vgl. Lewis S. 15).

25) Von dem vorausgehenden Fideicommissinhaber kann er dieselbe vermächtnißweise nicht mehr bekommen: I. 67 pr. D. leg. II; sie bleibt außer Betracht bei der Fideicidischen Rechnung, welche durch die Erbsfolge in den Nachlaß des früheren Fideicommissinhabers veranlaßt ist: I. 67 §. 1 eod. Daß jeder Grad ex pacto et providentia majorum honorirt sei, hat also seinen Sinn und seine Geltung schon im römischem Familiencommisse.

26) Dies ist seit Modestin I. 32 §. 6 D. leg. II entschieden der Fall (vgl. Nov. 159 praef. — neque unquam de meo nomine egredi —). Für die frühere Zeit behauptet Huschke a. a. D. S. 11 fgg. das Gegenteil auf Grund von Gaj. II. 287 l. 54 D. ad I. Fale. 35, 2 l. 38 §. 1 l. 69 §. 3 D. leg. II; f. aber dagegen Lewis a. a. D. S. 9 fg.

27) Neben die Grenze, welche denselben für den Fall, da der Testator nicht ausdrücklich das Gegenteil verordnet hatte, schon im classischen Rechte

wer innerhalb dieser Grenze durch das Familienfideicommiss überall honorirt sei, so kann man sagen, daß bedingterweise alle Familienglieder honorirt sind, das Fideicommiss also mit Grund Familienfideicommiss heißt²⁸⁾, die Bedingung aber unter der alle honorirt sind, eine verschiedene ist, je nachdem der mit dem Fideicommiss an erster Stelle beschwerte Erbe oder Legatar, oder ein jeweiliger Fideicommissinhaber, die Sache gegen den Willen des Erblassers veräußert, überhaupt an eine nicht zur Familie gehörige Person lehztwillig gelangen läßt²⁹⁾, — oder aber eine solche Verlezung der Stiftung nicht stattfindet. Ersterenfalls ist eben der Treubruch die Bedingung unter der alle honorirt sind, die dann zur Familie³⁰⁾ gehö-

gestellt war, s. I. 32 §. 6 D. h. t. — qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit. Lewis beschränkt diesen Entscheid auf Fideicommissse an die familia libertorum (a. a. O. S. 17). Die Novelle 159 c. 2 u. c. 3 stellt 4 „Generationen“ (c. 2) oder 4 „Successionen“ (c. 3) als Grenze des Fideicommisses hin, nach dem Ausdrucke von c. 3 in dem Sinne, daß das Fideicommissgut freiveräußerblich wird, nachdem es erb- oder restitutionsweise vier Generationen hindurch in der Familie geblieben ist, — während c. 2 zu sagen scheint, daß nach vier Generationen gleichviel ob sie in den Besitz des Fideicommissgutes gekommen sind oder nicht) ein Anspruch aus dem Fideicommiss nicht mehr erhoben werden könne (— quod quatuor jam generationes praeterisse viderentur, haud sustineremus tam obsoletam causam denuo tradi judiciis). Indessen bezieht sich c. 2 nur auf den vorgelegenen Fall, während c. 3 das Gesetz gibt. — Daß „der vorlebte Inhaber vor Erreichung der Impubertät gestorben“ sei (Windscheid §. 637 Anm. 7) ist doch wohl keine weitere, über die 4 Successionen hinausgeforderte Bedingung, sondern eine (durch den vorgelegenen Fall veranlaßte) Concession; das in der Unmündigkeit verstorbene Kind (das im vorliegenden Fall tatsächlich nicht succedit hat, aber succedit und auf seine Mutter vererbt hätte, si testamentum ille non confecisset (c. 2)), soll als dritte Generation oder Succession gelten, wenn es gleich nicht geerbt hat, hingegen diejenige Person, die nunmehr das Fideicommiss hat, es unter andern Umständen mittelst des Kindes erworben haben würde. — Ob diese Einschränkung auf Zeit heute noch geltet, s. Pfeiffer, pract. Russ. III S. 66; für das deutschrechtliche Fd. gilt sie nicht.

28) I. 5 §. 1 C. v. s. 6, 38 — si fe. familiae suaे reliquerit — 1. 69 §. 1 D. leg. II.

29) I. 69 §. 3 D. leg. II. — si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit — 1. 67 §. 3 eod. — si . . . ille fundus extraneo relictus est —

30) Justinian I. 5 pr. §. 3 C. v. s. 6, 38 versteht unter familia noch immer rem u. personas (cf. I. 195 pr. D. v. s. 50, 16), unter letzteren, abgelehnen von den liberti und patroni, parentes, liberos omnesque propinquos, unter familia in Ansehung des Familienfideicommisses nicht nur

ren³¹⁾; trotzdem dies mit der Maßgabe gilt, daß der nähere Grad dem entfernteren vorgehen soll³²⁾, sind doch alle honorirt; denn diesen Vortritt erhält der Nähtere nur gegen das verbürgte Versprechen dureinstiger Restitution an die Familie; die Berechtigung auf Sicherstellung ist bereits Honorirung³³⁾. Anderenfalls sind Alle honorirt, wenn der onerirte Erbe oder Legatar oder letzte Fideicommissinhaber sie sämmtlich zur Nachfolge beruft; er genügt aber dem Willen des Stifters, wenn er auch nur Einen aus ihnen beruft, und also die Bedingung unter der sie alle berufen wären deficiren läßt³⁴⁾. — Eine Zwangsveräußerung, welche wegen Schulden des Stifters stattfindet, gibt die Bedingung unter der Alle honorirt sind nicht ab³⁵⁾; durch Schulden des Onerirten veranlaßt, hebt sie das Fideicommiss nicht auf; allein vor dem Tode des Onerirten können die Fideicommissanwärter ihr Recht nicht geltend machen³⁶⁾. Wer seinen Anteil am Fideicommissgute fideicommisswidrig veräußert, verzichtet damit auf künftige Ansprüche aus dem Fideicommiss³⁷⁾; wer zur fideicommisswidrigen Veräußerung zustimmt, auf seinen Anspruch aus dieser Veräußerung³⁸⁾. — —

Wie weit honorirt sei, wird u. a. dann fraglich, wenn

omnes propinquos, sondern auch generum et nurum (§. 1 eod.), sowie schließlich die familia libertorum. Das ältere Recht betr. s. l. 69 §. ult. D. leg. II. l. 38 pr. D. leg. III. Lewis, S. 12 fg.

31) l. 69 §. 3 D. leg. II. — si non paruerit . . voluntati . . omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt — Zu diesem fuerunt s. Lewis S. 9 a. a. E.

32) l. 69 §. 3 cit.

33) l. 69 §. 3 cit. — nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet etc. Der Vortritt des näheren Grades ist eine „Temperierung“, nicht Aufhebung des Grundsatzes, daß in dem gedachten Falle Alle zur fideic. petitio zugelassen seien. Ob die cautio „satisfatio“?

34) l. 67 §. 2 eod. — satis erit uni reliquise; nam postquam paritum est voluntati, ceteri conditione deficiunt.

35) l. 114 §. 4 D. leg. I. Selbst Veräußerung aus freier Hand hebt hier das Fideicommiss auf, wenn zur Tilgung der Erbschaftsschuld keine anderen Erbschaftssachen da sind: l. 68 pr. D. leg. III.

36) l. 69 §. 1 D. leg. II.

37) l. 77 §. 27 D. leg. II.

38) l. 120 §. 1 D. leg. I. l. 11 C. fidec. 6, 42.

dasselbe Mehreren vermachts ist. Da kommt es denn noch immer darauf an, ob den Mehreren „zusammen“ (conjunctim) oder „getrennt“ (disjunctim) vermachts ist³⁹⁾; auf die Art oder Form des Vermächtnisses kommt nichts mehr an⁴⁰⁾. Aber auch der Unterschied verbundener und getrennter Honorirung hat nicht mehr die Bedeutung, daß letzterenfalls jedem das Ganze vermachts sein könnte⁴¹⁾; auch bei getrennter Honorirung zerfällt das Legat, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet ist, in Theile⁴²⁾. Ferner ist der alte Unterschied, daß dort partes ab initio sein können, hier dagegen partes concursu sunt, nicht aufgehoben⁴³⁾; allein der ausfallende Theil bleibt jetzt nie mehr⁴⁴⁾ ohne weiteres beim Onerirten; vielmehr tritt, wo „zusammen“ vermachts ist, jetzt überall Accrescenz — allerdings eine auf den Willen des Collegatars gestellte Accrescenz ein, und bleibt der ausfallende Theil nur wenn ihm von den Collegataren seines will, bei den Onerirten⁴⁵⁾; ist

39) I. unic. §. 11 C. cad. toll. 6, 51 cf. Gaj. II 199. 205. „Conjunctim“ ita legatur: Tō et Sejo hominem do lego, disjunctim ita: Tō hominem Stichum do lego; Sō eundem hominem do lego. In einer bloßen Verbalverbindung ist hier wo eadem res vermachts ist, nicht zu denken. Wäre von Mehreren jedem ein Theil derjenigen Sache vermachts, so wäre ihnen nicht eadem res vermachts (Windscheid §. 644 Anm. 13).

40) vgl. I. unic. §. 11 u. 11^a + 1^b 1^c mit Gaj. II. citt.

41) Während beim Damnationslegat jeder ganz, der eine mit res, der andere mit aestimatio bedacht schien, zerfiel das Vindicationsslegat auch hier in Theile: Gaj. citt.

42) I. unic. §. 11^c — Haec autem ita fieri sancimus nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei, singulis in solidum praestetur.

43) arg. I. 34 §. 9 D. leg. I. Si conjunctim res legetur, constat partes ab initio fieri — cf. I. unic. §. 11 d. — ut ex aliorum concursu prioris legatum minnatur — Dem entgegen nehmen Andere (z. B. Windscheid §. 644. 1 u. 2) auch bei verbundener Honorirung niemals mehr partes ab initio, überall nur partes ex concursu an. Damit scheint aber die Bestimmung der I. unic. §. 11a Anm. 45 und deren Gegensatz zu §. 11 d. Anm. 46, 47 unvereinbar. S. auch Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 48 §. 13 fg. Zu I. 80 D. leg. III, worin das reine Gegentheil zu I. 34 §. 9 cit. gesagt zu sein scheint (conjunctim . . . legari hoc est . . . tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri) s. die Bemerkung Windsheids über den verschiedenen Sprachgebrauch von „conjunctim“ §. 644 Anm. 9 a. E.

44) wie vordem beim Damnationslegate: Gaj. II, 205.

45) I. unica §. 11a — omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc

„getrennt“ vermachts, so tritt vielmehr Decrescenz als Accrescenz ein⁴⁶); die getrennte Honorirung wird jetzt überall dahin ausgelegt, daß der Testator jedem die Sache ganz vermachts, einem Einzelnen aber nur unter der Voraussetzung ganz geleistet haben wollte, daß die Uebrigen von der Concurrenz abstünden oder nicht zum Vermächtniß gelangen könnten⁴⁷). Der aus Concurrenz entsprungene Theil wird, wenn er entfällt, nicht vacant und den erworbenen Theilen zugeschlagen (Num. 45); folgerecht geht er mit den etwa auf ihm gelegenen Lasten unter⁴⁸); der durch Verbindung gegebene Theil wächst, wenn er entfällt und nicht ausgeschlagen wird, mit seiner Last zu⁴⁹); um ebendeswillen braucht er nicht angenommen zu werden. Ueberhaupt sind auch diese Bestimmungen der I. unica de cadiis tollendis zum Theil aus dem sonst aufgehobenen Caducitätsrecht geschöpft⁵⁰).

Ist mehreren alternativ vermachts, so muß nach gesetzlichem Entscheid das „oder“ als „und“ verstanden werden⁵¹).

§. 423a.

Praelegat.

Praelegat ist das dem einen oder anderen von mehreren Erben zu Lasten der Erbschaft hinterlassene Vermächtniß ge-

apud eos remanere, a quibus derelictum est; cum vero quidam voluerint, quidam noluerint, voluntibus solummodo it totum accedere.

46) I. cit. §. 11 d. — non vacatur pars quae defecit, nec alii accrescit, ut ejus qui primus accepit legatum augere videatur; sed apud ipsum qui habet solida res maneat nullius concursu deminuta.

47) I. cit. — haec solida ejus sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum adsignare videtur, aliis supervenientibus partem a priore abstrahentibus —

48) I. unic. §. 11 e. f.

49) I. unic. §. 11a.

50) Hierher gehört der gegen den Begriff der Accrescenz, aber im Sinne der caducorum vindicatio von dem Willen des Collegatars abhängige Zuwachs in Num. 45; hierher der Lastenübergang wenn angenommen wird. Vgl. oben §. 391 nro. 4, insb. S. 174. Diese historische Grundlage scheint sicherer als die base nouvelle . . . c'est la volonté du testateur qui en constitue le fondement unique — Van de Wetter, droit accroissement entre collegataires. Memoire couronné. Bruxelles 1866 p. 308 — allegirt bei F. Hofmann, frit. Studien im r. R. 1885 S. 58 Num. 1, — und j. diesen selbst S. 60 Alin. 1. Windscheid §. 644 zu Num. 6.

51) I. 4 §. 1 C. v. s. 6, 38 Justinian. — gegen I. 16 D. leg. II.

nannt¹⁾). Weil ununterschieden allen Erben auferlegt ist es dem honorirten Erben falls er wirklich Erbe wird zu dessen Erbtheil „von ihm selbst“ und darum zu demselben Theile ungültig hinterlassen²⁾. Wird er nicht Erbe, so entfällt der Grund, aus dem er nicht das ganze Vermächtniß haben kann³⁾, und ist was im anderen Falle Praelegat war, einfaches Legat⁴⁾.

1) Andere Bedeutungen von praelegare (praelegatum, subst., kommt nicht vor) und zwar = antea legare (z. B. I. 87 §. 2 D. leg. II), — = relegare (dos praelegata — peculum praelegatum u. a. m.) s. Buchholz, d. Q. v. d. Praelegaten S. 18—22. Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 47 S. 22 fg., bei Ann. 27. Den Beleg für die gewöhnliche Bedeutung s. bei Buchholz Ann. 100. — Stets aber ist das Praelegat Vermächtniß, wenngleich einem Erben noch in anderer Weise etwas im voraus zugewendet werden kann (z. B. conditionis impl. g.): Arndts, a. a. Q. S. 28. — In der Doctrin ist auch ein Vermächtniß, das einem Erben zu Lasten blos seiner Miterben hinterlassen wird, Praelegat genannt, aber als „prael. impoprium“ bei Seite gehalten worden (Buchholz, S. 145).

2) Die drei Formen des Grundes: Heredi a semetipso legatum dari non potest (I. 116 §. 1 D. leg. I) — a semetipso ei legatum inutiliter videtur (z. B. I. 34 §. 11 D. leg. I) — endlich non consistit legatum heredi relictum pro parte ejus hereditaria (z. B. I. 18 §. 2 D. quae ut indign. 34, 9) s. Kretschmar, die Natur d. Praelegats S. 18. — Dieser Grund deckt alle Fälle des Praelegats, nicht nur den da eine fremde Sache dessen Gegenstand bildet, sondern auch den da (im Nachgang zum alten legatum per praeceptionem) eine Erbschaftssache, mithin eine Sache praelegirt wird, die der Legatar zum Theil ohne Legat (als Erbe) bekommen kann (in parte . . . quam suo jure per bon. possessionem habiturus est — I. 40 pr. D. leg. III). Allein nicht nur deckt obiger Grund auch diesen Fall: es gibt auch in diesem Fall für die theilweise Richtigkeit des Praelegats keinen anderen Grund als ihn. Namentlich darf man hier die theilweise Richtigkeit nicht darauf zurückführen, weil Legatar zu diesem Theil bereits hat, als Erbe hat (z. B. Arndts a. a. Q. S. 71, S. 73—76 Keller, Band. §. 560 Ann. 2); denn im Conflicte mit dem Erben geht der Legatar, der unmittelbar vom Erblässer, nicht etwa durch den Erben hindurch hat (§. 427 Ann. 40) dem Erben vor; allerdings hat der Praelegatar den nichtig vermachten Theil, als Erbe, jure hereditario: allein er hat ihn jure hereditario darum, weil ihm a semetipso inutiliter vermacht ist, nicht ist ihm inutiliter vermacht, weil er jure h. hat.

3) I. 17 §. ult. D. leg. I. — Si abstinerit se hereditate, consequi eum legatum posse, constat. I. 18 eod. Et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset I. 87 cf. I. 88; I. 91 §. 2 D. leg. I. I. 12 C. leg. 6, 37. Hierin der schon durch die Proculejaner vermittelte Gegensatz des Praelegats zum alten Præceptionallegat (Gaj. II, 218, 222.) —

4) Hiemit schließt sich der Text jener (von Pfeiffer, v. d. Pförtner, Kunze, Arndts a. a. Q. S. 103—116 vertretenen) Auffassung des Praelegates an, wonach es vom Erfolge abhängt, ob ein Theil des B's in sich zusammenfällt (evanescit) oder aufrecht bleibt, und welche man ebenso-

Wird der Praelegatar Erbe, so hat und behält er den von ihm ungültig hinterlassenen Theil als Erbe (*jure hereditario*)⁵⁾:

wohl die Erfolgs- als die „Evaneszenztheorie“ (Kretschmar, §. 4) nennen könnte. Sie steht entgegen nicht nur der herrschenden (in neuerer Zeit namentlich von Buchholz, Degenkolb, Bangerow, Windscheid — vgl. darüber Kretschmar §. 5. Arndts a. a. D. S. 91—102 — vertretenen) s. g. Convaleszenztheorie, wonach das Praelegat zum Theil vornherein nichtig, für den Fall aber daß Legatar nicht Erbe wird, jedoch den dies cedens legati erlebt, bald kraft präsumtiven legit. Willens (Buchholz, Degenkolb), bald auf Grund einer eben diesem Fall entsprechenden stillschweigenden Bedingung (Glosse, Donellus), bald auf Grund derselben stillschweigenden Bedingung und einer stillschweigenden repetitio legati nachträglich gültig werden soll (Bangerow, Windscheid), — sondern auch der durch Unterscheidung primären und secundären Willens vermittelnden Theorie von Kretschmar (§. 15, § 18 a. E.; dazu u. dagegen Czylarz, Münchener-Biertelj. S. 171). — Wer nun aber dem A, der als Theilerbe eingesezt ist, ver macht, hat ihm nicht auch schon unter der Bedingung ver macht, daß er Erbe werde (wie es beim alten Praeceptionslegat der Fall war, und beim Praelegat der Fall sein kann: I. 88 cf. I. 87 D. leg. I), sondern ver macht, ob er nun Erbe werde, oder nicht; darum läßt sich nicht sagen, daß pro parte primär inutiliter, secundär utiliter ver macht sei. Um ebendesswillen läßt sich auch weder ex regula Catoniiana, noch aus I. 29 D. r. j. (quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere) anfängliche Richtigkeit des Praelegates pro parte hereditaria ableiten (Arndts, S. 101. S. 106 Anm. 6 S. 107 unten). Von einer repetitio legati schweigen die Quellen; auch muß was repetirt werden soll schon einmal gegeben sein, während die hier supposede repetitio von einem ab initio inutiliter datum ausgeht (s. Kretschmar's lehrreiche Erörterung der repetitio (S. 60—78). Die I. 75 §. 1 D. leg. II, nach welcher das Praelegat, wenn der Legatar, dem seine Miterben substituirt sind, vor Antritt der Erbschaft, aber nach dem dies cedens legati stirbt, nur zu den Portionen der Miterben transmittirt wird, nicht auch zu der pars hereditatis in welche sie substituirt sind — macht jeder Theorie Schwierigkeit, und scheint keinem der bisherigen Vermittlungsversuche zu weichen (Arndts S. 116—126; insonderheit gegen die von Arndts und Serafini s. Kretschmar S. 80—84; gegen den von Kretschmar, S. 292 f. was Arndts S. 94—99 zuvor u. a. gegen Bangerow bemerk hat). Vielleicht ist es aber am Ort zu fragen, ob auf der pars hereditaria in welche die miterbenden Substituten nachrücken, ein onus legati, das sie mitübernehmen müßten, überhaupt gelegen war? Auf dem vorgehenden Erben (von dem als Erben inutiliter relictum war, und den sie als Erben ersehen) lag keines; rückten die Substituten in einen anderen als diesen unbeschwertem Erbtheil ein?

5) Vgl. Anm. 2. Konsequenzen: 1. Einrechnung in die Falcidische Quart (S. 417, Anm. 26. I. 74 D. ad Falc. 35, 2), nicht minder in die Trebellianische Quart: I. 91 arg. I. 76 D. ad I. Falc. 35, 2 I. 24 C. fam. h. 3, 36 (dazu Buchholz, Anhang: die Interpretation der I. 24 cit. S. 647 fgg.), überhaupt Buchholz (gegen die Ansicht, daß Praelegate in die Treb. Quart schlechthin nicht einzurechnen seien) S. 503—532); — 3. im Falle des Universalfideicommisses Restitution, wenn der Praelegatar hereditatem oder hereditatis partem zu restituiren gebeten ist: Buchholz

es wäre denn, daß er Collegatare hat⁶⁾; hier verliert er

(S. 460—499, insb. S. 467); — 4. Evictionsregel des Praelegatars gegen die Miterben, wenn der ihm angeblich jure hereditario verbliebene Theil der praelegirten Sache evincirt wird (Arndts S. 80—82); — 5. Unzulässigkeit des interdictum quorum bonorum (l. 1 §. 6 D. quod legat. 43, 3); — 6. Schutz gegen Indignität welche nur Vermächtnisse trifft: l. 15 D. bis quae ut indign. 34, 9 cf. l. 18 eod. Kretschmar S. 11. 3.

6) Für den Fall, daß er einen oder mehrere Collegatare hat, welche nicht Miterben sind (extranei), ist nach l. 34 §. 11 und l. 116 §. 1 D. leg. I unbedenklich Accrescenz an die Collegatare begründet, so daß also das Praelegat in allen seinen Theilen so lange als möglich als Legat festgehalten wird. Ebenso tritt Accrescenz je des ungültig vermachten Prælegatstheiles an den anderen Miterben ein, wenn den zwei (zu ^{1/12 u. 11/12}) eingesetzten Erben dieselbe Sache vermachts ist: l. 34 §. 12 D. leg. II. Ist von mehreren Miterben nur einigen dieselbe vorausvermacht, so sollen sie das V. nicht pro hereditaria portione, sondern zu Kopftheile haben: l. 67 §. 1 D. leg. I. Auf gleiche Theile kommt aber auch l. 104 §. 5 D. leg. 1 u. l. 34 §. 1 D. usu et usufr. 34, 2 hinaus, trotzdem allen Erben dieselbe Sache vermachts ist, und jedenfalls in l. 34 §. 1 die Erbtheile ungleich sind. Auf Grund dieser Stellen läßt man gemeinlich zwar überall wo der Prælegatar einen Collegatar hat, Accrescenz zu, geht aber wesentlich darin auseinander, daß das Maß der Accrescenz anlangend den Einen l. 34 §. 11 l. 116 §. 1 und l. 34 §. 12 citt. das Princip, die andere Gruppe von Stellen aber nur scheinbare oder historisch zu fassende Abweichungen enthält (Wangerow, Pand. Ann. I. B und Arch. f. civ. P. Bd. 35, 8 S. 260 fgg. Nettelbladt, Prael. S. 60 und die bei Buchholz S. 404 Ann. 114 citt. Autt. Diese Lehre als herrschende bezeichnet von Arndts, S. 159) — während Andere umgekehrt aus der zweiten Gruppe die für uns geltende Regel (gleichheitlicher statt proportionirter Theilung) zu begründen, und die Geltung von l. 34 §. 11 c. auf die darin enthaltenen Fälle zu beschränken bestrebt sind (Buchholz, 15tes Cap. insb. S. 173 Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr. (ed. Frits) S. 456 vgl. Roschirt, Verm. I S. 276. Sintenis pract. gem. Civilr. §. 210. 4) oder für unser heutiges Recht auch wenn alle Erben, allein oder nebst Nichterben, bedacht sind, also überhaupt nur die zweite Gruppe (gleichheitliche Theilung) gelten lassen (Claußen, bei Arndts, S. 166, diesen selbst S. 166—178 u. die daselbst Agff.: Holzschafer, Tewes, Bering u.). Kretschmar (§. 11) aber ist der Ansicht, daß da wo die Collegatare nur Copraelegatare sind, nicht Accresenzrecht, sondern gleichheitliche Vertheilung stattfinde und gewollt sei (S. 167; l. 67 §. 1 c. S. 172; zu l. 34 §. 12 c. S. 179); und Windscheid §. 627 a. E. u. Ann. 8) tritt der Accresenz selbst für den Fall entgegen, wenn der Praelegatar Nichterben zu Collegataren hat (l. 34 §. 11 l. 116 §. 1 citt.), und es (wie heute zu vermuthen) der Wille des Erblassers sei, daß der Praelegatar die vermachte Sache nicht blos, wenn er bloßer Legatar werde, sondern auch als Erbe behalten solle. Dieser Windscheid'schen Ansicht sind alle diejenigen, welche gleichheitliche Theilung zwischen dem Praelegatar und seinen Collegataren mehr oder minder bewußt auch für die Fälle der l. 34 §. 11 u. l. 116 §. 1 citt. (da der Praelegatar nur Nichterben zu Collegataren hat) anzunehmen. S. weiterhin die folgende Ann.

denselben Theil durch Accrescenz, ob die Collegatare nun Nichtenben oder Miterben (Copraelegatare) sind⁷). Was der Praesegatar durch Accrescenz an seine Collegatare verliert, bestimmt sich überall nach Maßgabe seiner Erbportion⁸); nach welchem Maßstabe dagegen die Collegatare durch Accrescenz gewinnen, ist fraglich, wenn die Collegatare Copraelegatare und deren mehr als zweie sind, richtiger aber und jedenfalls zweckmäßiger dahin zu entscheiden, daß die Theilung keine proportionelle (den geringsten Theilerben am meisten honorirende), sondern eine gleichheitliche zu sein hat⁹). Dasselbe muß für den Fall gelten da den Copraelegataren Collegatare, welche Nichtenben sind, beigegeben werden¹⁰). Uebrigens ist, ob „zusammen“ oder „getrennt“ vermacht wird, auch hier zu unterscheiden (S. 384 u. §. 427 Anm. 56–63).

Das „uneigentliche Praesegat“ (Anm. 1 a. E.) hat vor dem gemeinen Vermächtnisse nichts voraus¹¹), wenngleich sich vertheidigen läßt, daß es in familiae herciscundae judicium kommen könne¹²).

7) I. 34 §. 11 l. 116 §. 1; I. 34 §. 12 D. leg. I. Eine „divisio voluntatis“ (l. 18 §. 2 in f. D. de his quae 34, 9), so daß von den Collegatare der eine als Legatar, der andere als Erbe haben solle, wozufür in ersterer Falle Windſcheid (s. die vorige Anm. a. E.) hinauskommt, scheint so schwierig, wie die Negation, daß Copraelegatare sowohl Erben als Legatare sind, also nicht bloß als Legatare behandelt werden können, wie im anderen Falle thatshäglich Kretschmar (s. die vor. Anm. a. E.) will. Vgl. Anm. 6.

8) II. citt.

9) Dafür direct die auf die Gewinnseite der Accrescenz concipierte I. 67 §. 1 cit. (pro virili id legatum habere debent) — dafür die mathematisch ausgleichende I. 104 §. 5 cit., sowie I. 34 §. 1 cit. Daß überall Gedem das Ganze vermacht und daraus zu folgern sei (Windſcheid §. 627 Anm. 7), vermögen wir nicht zuzugeben (S. 384). Die proportionelle Theilung ist vorzugsweise von Bangewow, Pand. 523 I. B. 2. b. c. u. Arch. f. civ. P. Bd. 35 S. 310–316 vertheidigt. Eine innere Nothwendigkeit besteht für diese Annahme nicht (vgl. oben §. 422 S. 376).

10) S. dagegen Bangewow S. 316. III.

11) Arndts, S. 10–29 unten.

12) Dafür der Umstand, daß doch auch diese Obligation aus der gemeinsamen Erbschaft herrüht (§. 407 Anm. 3–10. 44), dafür der Wortlaut von I. 17 §. 2 D. leg. I. S. dagegen Arndts S. 14 fgg.

e. Errichtung.

§. 424.

Form.

Die Errichtung der Vermächtnisse erscheint

1. als Nebengeschäft — neben der Erbeinsetzung, und zwar
 a. im Testamente, als möglicher (nicht nothwendiger) Te-
 stamentsinhalt (§. 376 vgl. §. 372 Anm. 1). Die Solemnität
 deren das Testament überhaupt bedarf (§. 369, Anm. 2), gilt
 zugleich für die Vermächtniserrichtung; nicht ebenso kommt
 der Nachlaß an Solemnität, mit welchem gewisse Testamente
 in Ansehung der Erbeinsetzung privilegiert sind, durchweg auch
 den Vermächtnissen zu stehen¹⁾; —

b. außerhalb des Testamento, in Gestalt von Codicil-
 len, wenn der Codicill ein s. g. Testaments-Codicill, d. i. „Perti-
 nenz“²⁾, insofern „Theil“ des Testamento³⁾, seinem Inhalte
 nach zum Testamente gehörig⁴⁾ und seiner Kraft und Wirk-
 samkeit nach auf das Testament gestellt ist⁵⁾. Ursprünglich ruht
 auch die Beglaubigung der Codicille im Testament; es gab
 keine andere als testamento confirmati; anlässlich von Codicil-
 len, welche nach dem Testamente errichtet, aber nicht confir-
 mirt — sowie von Codicillen, welche ohne Testament errichtet
 waren, kam es allmählig zu dem Erfordernisse eigener Beur-
 fundung für alle Codicille hiemit aber auch

1) Beim testamentum parentum inter liberos sind für Vermächtnisse an dritte Personen wenigstens 5 testes rogati nothwendig: §. 369 I.
 2. c.; zu Mühlenbruch noch Mayer d. V. v. d. Legaten §. 15 Anm. 14;
 ebenso beim testamentum ad vias causas: Schulte, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. J. Bd. 8 S. 222. In beiden Fällen besteht das Privileg um
 der Erben willen; anders wenn es dem Testator, d. B. weil er Soldat ist, gilt.

2) I. 16 l. 18 D. de jure codicillorum l. 1 pr. C. de codicillis 6, 36.

3) l. 14 D. h. t.

4) I. 2 §. 2 eod. — ut quaecunque in his scriberentur, perinde
 haberentur, ac si in t. scripta essent —

5) l. 3 §. 2 eod. Testamento facto etiamsi codicilli in eo con-
 firmatio non essent, vires tamen ex eo capient. l. 16 in f. eod. —
 jus sequentur ejus. l. 14 eod. — quod codicilli pro parte t. habentur
 observationemque et legem juris inde traditam servent.

2. zu Intestatcodicilleu in welchen Vermächtnisse neben-
geschäftlich zu Lasten der gesetzlichen Erben errichtet werden⁶).

Abgesehen davon, daß nunmehr eine Fünfzahl von testa-
mentsfähigen Zeugen die Regel bildet⁷), steht der Codicill jetzt

6) Wie es ursprünglich keine andern als Testamentscodicille gab, mußten sie, rückwärts oder vorwärts, im T. bestätigt (t. confirmati) cf. l. 8 pr. D. h. t.), und also, selbst formlos, bloße „codicilli“, durch die Solemnität des Testamentes gedeckt sein. Aber von Codicillen, welche nach dem Testamente errichtet, jedoch in diesem nicht bestätigt waren, spricht Paulus l. 8 pr. cit. (per fideic. facto test.) Plin. epist. lib. II, 16; von Codicillen, denen kein Testament vorausging oder nachfolgte. (fideicomissa sine te-
stamento — Intestatcodicille) — schon Julianus (l. 3 §. 2 D. h. t.), beide in dem Sinne, als ob die einen und anderen Codicille auch so gegol-
ten hätten, vielleicht auch in dem, daß mehr als Echtheitsbeweis vom Pro-
ducenten nicht gefordert wurde (vgl. l. 2 C. Th. de testam. et cod. 4, 4); waren ja fideicomissa zum Unterschiede von legata in nichtconfirmirten
Codicillen möglich (Ulp. XXV, 8). Als „suspecta compendia“ (Sym-
machus, epist II, 13) mochten daneben derartige urkundlose Blätter oder
Episteln längst betrachtet sein, als Constantin d. G. für Intestatcodicille
dieselbe Form verlangt wie für Testamente, also 7 oder 5 Zeugen (in der
Stadt oder auf dem Land) (vgl. Fein, das R. d. Codicille, Forts. d. Gl.
Comm. Bd. 44 u. 45 S. 19 gegen Mayer, die L. v. d. Legaten §. 17
Anm. 6). Daß zunächst vom Intestatcodicill Solemnität gefordert wurde,
und zwar die des Testamentoes versteht sich wenn man bedenkt, daß durch
einen solchen Codicill die Intestaterben quasi scripti heredes wurden (l. 3
§. 1 D. h. t.). Unbestätigte Testamentscodicille (auf welche e. 2 C. Th.
eod. zu gehen scheint) mögen noch lange hingegangen sein; der strengerem
Observanz, welche Papinian für die dem Testament vorausgegangenen Codicille
behauptete, traten die Kaiser Severus u. Antoninus entgegen (l. 5 D.
§. 1 J. h. t.). Erst durch e. 7 § 2 C. Th. eod. 426 wird die fast ein
Jahrhundert zuvor verlangte Solemnität der Intestatcodicille zum Erforder-
nis für alle Codicille, (In omni autem genere . . . seu codicilli con-
scriptibantur) — eine Verordnung welche von Justinian in l. 8 §. 3 C. h. t.
mit der Modifikation wiederholt wird, daß zum Unterschied von Testamenten
für Codicille überall 5 Zeugen genügen sollen. Die Leichtigkeit nun überall
römische Bürger zur Zeughaft zu finden, trug zur Steigerung der Anfor-
derung an die Codicille bei (pr. J. h. t.). Nach all dem kann die solem-
nitas, von welcher §. 3 J. eod. die Codicille entbindet, nur von der inneren
Anordnung der Codicille verstanden werden.

7) Wo das Testament mehr als die regelmäßige Solemnität fordert,
verlangt auch der C. ein mehreres. Aber ohne sicherer Anhalt in l. 8 pr.
C. qui f. t. 6, 22 fordert man auf Grund dieser Constitution von dem blin-
den Codicillanten nicht bloß mehr, als für einen sonstigen Codicill, sondern
alles, was für das Testament eines Blinden gefordert ist (S. 360 l. 2 f.)
(Dann, da außer Form der C. nichts f. C. l. 8 IX §. 231.
Sintenis, pract. g. Civilr. III, §. 704, 1. Fein, a. a. D. S. 525.
559—562. Windscheid §. 628, Anm. 12); indessen ist diese Auslegung
legalisiert durch die R. Not. D. §. 11 (vgl. Lewes, Syst. d. Erbr. § 33
Anm. 2). Keine derartige Legalisierung steht der Ansicht zur Seite, daß
Schreibunfähige eines achtten statt sechsten Zeugen bedürfen (vgl. Wind-

äußerlich dem Testamente gleich; die Zeugen müssen gebeten⁸⁾, der Act muß einheitlich vollzogen⁹⁾, mit der Unterschrift seines Urhebers, sowie mit den Unterschriften und Siegeln der Zeugen ausgestattet¹⁰⁾ sein; ferner können auch die Codicille mündlich¹¹⁾, und der Codicill nicht minder als das Testament sowohl vor Gericht als vor Privatzeugen errichtet sein¹²⁾.

Stehen also die Codicille äußerlich so selbständige da wie die Testamente, so sind sie in der That doch bloße Pertinenzen, entweder eines Testamentes (als Testamentscodicille), oder der gesetzlichen Erbsfolge (als Intestatcodicille)¹³⁾. Das eine oder andere müssen sie sein, und sind es nicht etwa zufällig, dadurch daß ein Testament existirt oder zur Existenz kommt, oder der Erblasser ohne Testament verstirbt, sondern gewolltermaßen,

scheid a. a. D. gegen Fein, a. a. D. S. 92 fg.). Von selbst versteht sich, daß da wo der Codicillant weniger als die codicillarische Solemnität aufzubieten brauchte, wenn er ein Testament errichtete, der Codicill auf die Testamentsordnung herabgeht (§ 369 I. 2. a. b. c. e. Fein, a. a. D. S. 528—559). — Daß die Zeugen auch hier tfactionem haben müssen, s. Fein a. a. D. §. 1513 a. Mayer, d. L. v. Leg. u. Fc. §. 18 Anm. 1. Daß dieselben den Legataten u. Fideicommissen nicht sollen entnommen werden dürfen (Mayer, §. 18 Anm. 17), hat eine prekäre Analogie für, hinwider l. 22 C. test. 6, 23 und §. 11 J. test. 2, 10 gegen sich.

8) Gegen das „vel qui fortuito veneint“ in l. 8 §. 3 C. h. t. halte das „debent adhiberi“ ebendaselbst und vgl. l. 21 §. 2 D. qui test. 28, 1. Fein, S. 455 unten, Windscheid § 628 Anm. 5.

9) l. 8 §. 3 C. h. t.

10) Die Siegelung ist durch l. 8 §. 3 C. h. t. (sub notationem suam accommodantibus) allerdings in Frage gestellt und geht gegen die herrschende Meinung. S. aber Fein, S. 500.

11) l. 8 §. 3 cit.

12) Fein, S. 527.

13) Intestatcodicille sollen sich „von den testamentarischen wesentlich dadurch unterscheiden, daß die ersten ganz selbständig sind, während die letzteren als ein Accessorium des Testamentes aufgefaßt werden müssen“ (Bang. § 526 Anm. 1. II. Fein §. 1511 d. Roßhirt d. L. v. d. BV §. 3 S. 12, 1. Tewes, II. S. 249 B, 1. — minder schroff Mayer §. 21, 5, anders Witte, Rechts „Codicill“ Bd 2 S 677). Hierfür beruft man sich darauf, daß Intestatcodicille „vice testamenti“ sind (l. 16 D. h. t.), d. h. wohl darauf, daß in ihnen der Erblasser die gesetzlichen Erben stillschweigend „gewissermaßen zu geschriebenen Erben“ (l. 3 §. 1 cf. pr. D. h. t.) oder zu Erben „seines freien Willens“ (l. 8 §. 1 eod.) macht. Damit ist aber der Intestatcodicill von dem Bestande dieser stillschweigenden Willenserklärung, d. h. davon daß es bei der gewollten Intestaterbsfolge sein Bewenden hat, also jener durch kein Testament derogirt wird, nicht minder abhängig, als der Testamentscodicill von dem Bestande des Testaments, dessen Theil oder Pertinenz er bildet.

dadurch daß ihr Urheber sie als Anhänger oder Zusätze zu einem Testament, oder zur gesetzlichen Erbsfolge errichtet haben wollte¹⁴⁾). Präsumtionen ersehen den Mangel ausdrücklicher Willenserklärung¹⁵⁾). — Der Testamentscodicill kommt nur kraft Testamente, der Intestatecodicill nur kraft der Intestat-erbsfolge in Wirksamkeit; allein während der Intestatecodicill von keinem gewissen Grad oder Ordo, sondern nur von der Intestaterbsfolge überhaupt abhängt, ist der Testamentscodicill dadurch, daß ex testamento succedit wird, noch nicht von Be-stand; es muß auch dasjenige Testament in Kraft treten, zu welchem der Codicill errichtet wurde¹⁶⁾.

14) Codicilli ab intestato facti (l. 16 D. l. 4 C. h. t. l. 6 pr. D. si quis om. c. t. 29, 4) enthalten einen Hinweis darauf, daß der C. zur Intestaterbsfolge gehören sollte (vgl. l. 11 l. 19 eod.); die Adressirung an Testamenteben (l. 14 §. 1) oder Confirmation im Testamente (l. 8 pr. l. 5 l. 18 eod.) zeigt das Gegentheil. Nichtet sich der C. an die Erben, „ob sie nun ex testamento oder ab intestato succediren“ (l. 9 D. leg. III. l. 13 D. inoff. 5, 2), so erhellt aus dem Erfolg, ob er Testa-ments- oder Intestatecodicill sei. — Ueberhaupt genügt die bloße Thatssache, daß ein Urkundact den Erfordernissen eines Codicills entspricht, zum Dasein eines Codicills nicht; eine Urkunde, die Testament sein wollte, es aber nicht ist, gibt keinen Codicill ab, wenn sie zu solchem gleich genügen sollte: l. 1 l. 13 §. 1 D. h. t.

15) Eher als ein Intestatecodicill (Fein S. 173) ist der dem Testa-ment vorausgehende Codicill in §. 1 J. h. t. ein unbestimmter, oder ein nur vielleicht an die Intestaterben gerichteter C. Ein solcher sollte, wenn es zum Testamente käme, nach Papinian nur mittelst Confirmation als Te-stamentscodicill gelten können (cf. l. 5 D. h. t.), während ein Reksript von Severus u. Antonin ihm auch ohnedies als solchen gelten ließen: voraus-gesetzt nur daß ihm weder das Testament noch sonst eine Willensäußerung des Testators widerspräche (si appareat, enim qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat, non recessisse). Im Zweifel gilt also der einem T. vorausgehende C. als zu dem nachfolgenden T. gehörig. Um so mehr wird man im Zweifel den nachfolgenden C. auf das vorhergehende T. beziehen (Fein S. 162), denselben C. also auch für richtig erklären müssen, wenn das vorausgehende T. nichtig ist, und dem Erblässer die Nichtigkeit unbekannt war (Fein, S. 195—197). War sie ihm bekannt, so muß ein Intestatecodicill vermuthet werden. Ein dem nich-tigen Testamente voraufgeganger C. müßte als Testamentscodicill und nichtig erklärt werden, wenn er abgeschen von der Nichtigkeit des Testaments nach Maßgabe von §. 1 J. h. t. als Testamentscodicill zu erachten wäre. Würde er sich freilich vornherein als Intestatecodicill bewährt haben, so könnte er ein nichtiges Testament überdauern.

16) l. 16 D. h. t. — ad testamentum autem quoquo tempore fecisset. pertinent codicilli — kann, besonders im Gegensatz zu dem was zuvor vom Intestate gesagt ist, nicht heißen: „sie gehören zu jedem dem Testament“ — sondern: sie gehören, je nach der Zeit in der sie errichtet

3. Sowohl neben einem Testamente als ab intestato fönnen Vermächtnisse schließlich jure communi¹⁷⁾ ohne jede Solemnität durch bloßen Auftrag an den Erben oder überhaupt denjenigen, der mit dem Vermächtnis beschwert werden soll, insoweit wirksam errichtet werden, als der darum Belangte gegen vorgängigen Calumnienid des Klägers entweder die Existenz des Auftrages oder die Größe seines Belanges abschwören muß, wenn er der Klage entgehen will¹⁸⁾. Ein solches Vermächtnis ist so recht eigentlich fideicommissum, wie das Fideicommissum der voraugusteischen Zeit¹⁹⁾, nur daß dem Fideicommissar jetzt Gewissensrührung durch Eidesdelation gestattet ist²⁰⁾. Für derartige Vermächtnisse ist man, ausgehend von der Ansicht, daß sie dem Erben oder sonstigen Vermächtnisträger von dem Erblässer mündlich und also anwesend aufgerlegt werden müssen, zu dem Namen „Oralfideicommissum“ oder „fideicommissum heredi praesenti injunctum“ gekommen; und in der That spricht mehr für diese Ansicht als dagegen²¹⁾.

sind, zu dem Testamente der einschlägigen Zeit (anders Fein S. 161 Anm. 19); denn daß mit einem Testamente auch die zu diesem T. gehörigen Codicille rumpirt werden, ist sicher: l. 1 pr. §. 1 C. h. t.

17) also abgesehen von dem Privileg der Soldaten (vgl. Anm. 7).

18) l. 32 pr. §. 1 §. 2. C. fideic. 6, 42 Justinian. §. 12 J. fideic. her. 2, 23.

19) §. 12 J. cit. — quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent —

20) l. 32 C. cit. — cuius religio et fides a fideicommissario electa est —. Ob das ohne Vorgang in früherer Zeit constituit wurde? nämlich ohne entsprechende Vorgänge in der Zeit, da die Solemnität der Codicille noch nicht eingeführt und doch auch schon codicilli non confirmati wirksam waren? (vgl. Anm. 6).

21) Unter den Fall „si sine scriptura et praesentia testium . . . ab eo relictum est fideicommissum“ (l. 32 pr. cit.) läßt sich zwar außer der praesentmündlichen Onerirung durch den Erblässer auch noch die durch einen Boten denken; allein weiterhin (l. 32 §. 2 cit.) wird der Eid als einer de veritate bezeichnet, und diesen kann von dem Belagten nur derjenige verlangen, welcher behauptet, daß er die Onerirung selbst vernommen habe, daß er selbst Zeuge derselben sei (l. 32 pr. — cum ipse sibi judex et testis inveniatur —). Im Falle der Botschaft ist ihr Ueberbringer, nicht der Addresiat, Zeuge. Bei brieflicher Onerirung (die doch wohl schon durch den Fall si sine scriptura ab eo fc. sit, ausgeschlossen ist), ist Niemand Zeuge; es liegt ein Document vor, an das der Addresiat glauben kann, aber auch nicht. Das Referat in §. 22 J. cit. geht auf unmittelbar mündliche Onerirung (necessere eum habere quod nihil tale a testatore audivit). (Vgl. Witte, Rechtsl. Bd. 2 S. 681. Mayer, a. a. D.

Glaubt der Fideicommissar, daß eine solche mündliche Onerirung vorliege, so kann er es auf den Eid des angeblich Onerirten auch dann ankommen lassen, wenn ihm ein solnner Codicill zur Seite steht; zur Geltendmachung seines Anspruches steht ihm aber nur die Eidesdelation oder der Codicill zu²²⁾.

§. 425.

Willenserklärung.

Diese muß, ob das Vermächtniß nun testamentarisch oder codicillarisch oder blos mündlich errichtet wird,

1. auch hier (vgl. §. 371) eine des Erblassers selbst sein, darf also weder was den Inhalt oder die Person des Legatars¹⁾, noch was die Existenz des Vermächtnisses anlangt, gänzlich eines Dritten sein²⁾. Allein nicht nur ist auch hier von der Willenserklärung die Würdigung, sowie die Handlung unterschieden, und so denn ein Vermächtniß zulässig geworden, welches von der Würdigung oder von irgend einer Handlung eines Dritten abhängt³⁾; ob eine lektwillige Verfügung nicht doch auf die bloße Willenserklärung eines Dritten versteilt

§. 29 Anm. 9. 10 und weitere von Windscheid §. 629 Anm. 3 außer nebst dem Seuff. Arch. IV. 66 V. 38 IX. 52 agff. Autt.). Für die entgegengesetzte, daß Oral fideicommiss auf schriftliche Mittheilung und Botschaft und also das juramentum veritatis auf einen Glaubenseid ausdehnende Ansicht Bangerow §. 528. Arndts Pand. §. 545 Anm. 2. Windscheid, a. a. D. u. a. daselbst eitt. Autt.

22) l. 32 pr. cit. — nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis, sed sive quinque sint testes vel minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmatem quam exactiōem — §. 1 cum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirienda est — §. 2 Cum autem . . . dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur etc.

1) vgl. Windscheid §. 630 Anm. 18. Doch s. auch l. 32 D. h. t. 28, 5 — quo s. T. voluerit —

2) l. 52 D. cond. u. dem 35, 1. Modest. — in alienam voluntatem conferri legatum non potest —

3) l. 11 §. 7 D. leg. III. — si fueris arbitratus „aestimaveris“, „putaveris“, „si tibi videbitur“ — womit nicht „plenum arbitrium“ sondern „boni viri arbitratus gemeint ist“ — um so mehr Auswahl aus einem geschlossenen Kreise: l. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34, 5: — si in Capitolum ascenderit: l. 52 cit. l. 3 D. leg. II.

werden könne, ist auf dem Gebiete der Vermächtnisse durch unsere Quellen selbst fraglich⁴⁾, für hierorts aber schon oben (§. 371 Anm. 3 a. E.) in verneinendem Sinne entschieden worden. Anders als mit der Willenserklärung eines Dritten verhält es sich mit der des Legatars⁵⁾. — Der Satz, daß die Willenserklärung eine des Erblassers selbst sein muß, erstreckt sich nur so weit als das Vermächtniß vornherein bestimmt sein muß; insoweit als dieses unbestimmt gelassen werden darf (vgl. Bd. 2 §. 240), kann es zu bestimmen jedem Dritten überlassen werden. Vornherein bestimmt muß das Vermächtniß insoweit sein, daß es über die Willkür derer die damit belastet sein können, erhaben ist⁶⁾. — Die Willenserklärung muß auch hier

2. in Anziehung des Willens entschieden (vgl. §. 371. 2), insonderheit muß der Erblasser auch hier über seine

4) indem nach I. 52 cit. Modest. in alienam voluntatem legatum conferri non potest — nach Ulpian. I. 43 §. 2 D. leg. I dagegen legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest, nach Ulpian so denn auch die Bedingung si voluerit in der Person eines Anderen zulässig sein sollte: I. 1 pr. D. leg. I und dazu und überhaupt zu dieser Frage §. 371 Anm. 3

5) §. 371 S. 69. Die Bedingung „wenn er (der Legatar) will“, ist entweder ernstlich als solche gemeint und schreibt dann den dies legati cedens auf, oder aber eine bloße Phrase, ihre Behandlung in feinem Falle formaljurisprudenz (wogegen theilweise Thering, Jahrbb. f. Dogm. d. h. r. u. d. R. Bd. 1 S. 35).

6) Es muß „necessitas dandi“ vorliegen (I. 7 §. 1 D. reb. dub. 34, 5): der Erblasser darf nicht in potestate ejus facere si velit dare (I. cit.); so weit, daß dies nicht der Fall sei, muß der Erblasser selbst verfügen. Dazu genügt aber, daß 1. die Person des Honorirten anlangend für den Fall da der Onerirte nicht leisten wollte, irgendwie zur Klage ermächtigt sei; dazu braucht keine Person individuell bestimmt zu sein: genug daß (alternativ oder sonstwie) ein bestimmter Kreis von Personen genannt ist, unter welchen der Onerirte die Wahl hat (I. 7 §. 1 cit.) und der dann wenn er nicht wählt alle klagen können (I. 16; I. 24 I. 25 D. h. t.); daß 2. die Person des Onerirten anlangend einer oder der andere von denen welche onerirt sein können, zur Auswahl des Honorirten gestellt ist (I. 8 §. 1 D. leg. I I. 25 pr. D. leg. III I. 9 pr. D. duob. r. 45, 2. — vgl. §§. 421—423; daß 3. anlangend den Gegenstand des Vermächtnisses ein solcher generell (§. 22 J. leg. 2, 20 I. 37 pr. D. leg. I.) oder alternativ (I. 34 §. 14 I. 84 §. 9 §. 11 I. 109 §. 1 D. leg. I) oder bloß der Quantität (I. 4 D. trit. leg. 33, 6), ja nicht einmal der Quantität nach (I. 7 pr. eod.) bestimmt sei, so daß die Bestimmung der Species, des Einen oder Anderen, der Qualität, und allenfalls selbst der Quantität, entweder dem Onerirten belassen oder dem Honorirten gegeben sein kann (II. ctt. §. 241 a. b. §. 242 a. b.).

Testirfähigkeit im Reinen sein⁷⁾). Eine bestimmte Vorstellung von der Person, welche honorirt werden soll, ist zur Entschiedenheit des Willens auch hier nicht mehr nothwendig; genug daß wer honorirt sei, objektiv sichergestellt ist⁸⁾; und nicht mehr blos Personen, sondern auch gewisse Zwecke können wie mit Erbschaften so auch mit Vermächtnissen bedacht werden⁹⁾.

3. Die Willenserklärung ist auch hier (vgl. S. 80 Anm. 1) von der gewissen Stelle und Form entbunden worden, dermaßen daß nunmehr weder legata und fideicommissa, geschweige denn verschiedene Arten des Legates, oder der Form nach verschiedene Wirkungen des Vermächtnisses unterschieden werden können¹⁰⁾. Nach Maßgabe der alten Fideicommissa genügen anstatt der Worte nunmehr überall auch Zeichen und Geberden¹¹⁾, anstatt direkter auch blos konfluente Neuherungen¹²⁾, sowie die Sprache von was immer für einem Volke¹³⁾; nur daß ein entschiedener Wille zum Ausdrucke gelangt sei, ist nothwendig¹⁴⁾.

7) l. 1 pr. D. leg. III. Vgl. §. 371 Anm. 16.

8) so daß nunmehr sowohl qui primus ad funus meum venerit, als auch ein postumus alienus honorirt werden kann — §. 371 Anm. 15 vgl. mit Anm. 10. 12. 13. 14 ibid. Anders noch tutoris datio: Anm. 14 ibid.

9) §. 371 Anm. 16 vgl. mit Anm. 11. 12.

10) l. 21 C. legat. 6, 37 Constant. a. 339. In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia — l. 1 C. comm. de legat. et fideic. 6, 43 Justinian a. 529 — quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet — l. 2 eod. Omne verbum, significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est sive directis verbis etc. et ex omnibus nascentur in rem actiones — cf. l. 1 l. 3 §. 2 eod. — Zu der gewissen Stelle s. §. 34 J. h. t.

11) vgl. l. 21 §. 3 D. leg. III mit l. 2 C. cit. — et omnia quae naturaliter insunt legatis et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legitum . . . ubi autem aliiquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum ejus dirimatur naturam.

12) l. 93 D. dem. 35, 1 l. 15 C. fideic. 6, 42 l. 108 §. 14 l. 114 §. 6 D. leg. I arg. l. 77 §. 24 D. leg. II. Arndts, Forts. d. Gl. Com. S. 404, 4 — zum Unterschiede von blos zweideutigen der voluntatis quaestio unterworfenen Ausbrüchen s. B. l. 67 §. ult. D. leg. II. l. 74 pr. D. leg. III. l. 118 D. leg. I. — Vgl. §. 372 S. 80 Anm. 1.

13) l. 11 pr. D. leg. III. — non solum Latina vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana vel alterius cuiusque gentis — cf. Gaj. II §. 282 — legata graece scripta non valent —

14) blos vorbereitende, verheißende, guten Rath ertheilende s. Neuherungen genügen nicht: l. 34 pr. in f. D. leg. II. l. 11 §. 2 D. leg. III;

Vollinhaltlich braucht der Wille nicht im Testament oder Codicill selbst zum Ausdruck zu gelangen; ist dort nur so viel ausgesprochen, daß vermacht sein soll, so kann die Nennung des Honorirten oder der vermachten Sache vorbehalten und in beliebiger Form nachgetragen werden¹⁵⁾. — Eine unverständliche Erklärung ist gleich keiner¹⁶⁾; eine zweideutige kann der richterlichen Auslegung durch nachträgliche Erläuterung des Erblassers entzogen werden¹⁷⁾; fehlerhaft unterliegt sie der

daneben jedoch große Nachgiebigkeit zu Gunsten der Vermächtnisse: z. B. I. 67 §. ult. D. leg. II und die Ann. 12 a. E. citt. II.

15) I. 25 D. reb. dub. 34, 5 l. 21 § 1 D. qui test. 28, 1 vgl. I. 18 D. usu 33, 2. Vgl. §. 372 zu Ann. 45. 46. Mayer a. a. D. §. 30. Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 47 §. 389. 3. Einen Vorbehalt im Testament oder Codicill selbst (vgl. Arndts a. a. D. Windscheid §. 633 zu Ann. 11) jetzt I. 25 eit. voraus, nicht auch I. 21 §. 1 eit. Indessen geht I. 21 § 1 eit. von dem Falle des obscurius scriptum vel nuncupatum und daran anknüpfend von (unwillkürlichen) Auslassungen aus, welche allerdings ohne Vorbehalt nachträglich und zwar in beliebiger Form, nicht etwa bloß in Gestalt von Anerkennungen (nota) im Testament oder Codicill ergänzt werden können (vgl. Mayer §. 30 zu Ann. 16 und diese Ann. selbst im Gegenhalte zu desselben S. 174 Alin. 1). Dem Legatär freilich wird es gleichzeitig sein, ob seine oder der Sache nachträgliche Benennung Kraft Vorbehalt als nachträgliche Offenbarung, oder ohne Vorbehalt als nachträgliche Ergänzung zu betrachten sei. — Ueber die Ausdehnung des Vorbehalts auf den Onerirten s. Arndts a. a. D. S. 390 zu Ann. 17. Mayer Ann. 20 a. E. — Dafür daß der Nachtrag dem Vorbehalt entsprechen müsse, s. Arndts, a. a. D. S. 391 Alin. 1 gegen Mayer zu Ann. 24; — dafür daß der Vorbehalt sowohl in mündlichem als schriftlichem Testament und Cod., darnach auch im Urtsideicommiss gemacht werden kann, Arndts, S. 396—404 gegen Mayer a. a. D. zu Ann. 25.

16) I. 2 D. his quae pro non script. 34, 8.

17) I. 21 §. 1 D. qui test. 28, 1 — nihil enim nunc dat, sed datum significat — Vgl. Ann. 15; — der richterlichen Auslegung: I. 7 C. fideic 6, 42 cf. I. 24 D. reb. dub. 34, 5, nebst der dunklen Unterscheidung in his quae extra testamentum incurrerent und quae ex ipso testamento orerentur: I. 16 D. dem. 35 1 und dazu die Glossie, welche sich für ea quae extra test. auf I. 9 und I. 61 eod., für quae ex test. auf I. 69 D. legat. III (!) I. 6 D. transact. 2. 15 (!) I. 14 C. testam. 6, 23 (!) beruft. Auf richterlicher Auslegung beruht der Entscheid auch da, wo das id quod actum est (Bd. 1 §. 29 Ann. 1) durch die Partei bewiesen wird, z. B. I. 33 §. 1 D. cond. 35, 1 l. 8 §. 1 D. leg. II. Wie bei der Auslegung der Gesetze helfen da wo das id quod actum est nicht erwiesen werden kann, Wahrrscheinlichkeiten (quod credibile est, credendum I. 24 D. reb. dub. 34, 5 z. B. I. 77 §. 9 D. leg. II. I. 13 §. 1 D. reb. dub. 34, 5 l. 4 pr. D. alim. 34, 1) und Rechtsvermutungen (— in dubiis benigniora: I. 56 I. 192 §. 1 D. r. j. 50, 17 z. B. I. 93 §. 3 D. leg. III; — maxime sententia ejus spectanda est qui eam protulisset: I. 96 D. r. j. cf. I. 69 pr. D. leg. III. I. 18 §. 3 D. instr.

Correctur¹⁸⁾), insoferne die Fehlerhaftigkeit des Ausdrucks nicht dem gänzlichen Mangel des letzteren gleichzustellen ist¹⁹⁾.

4. Gegenüber der Irrung (error) verhält sich auch diese Willenserklärung nicht wesentlich anders als die Erbeinsetzung (§. 82) und andere Rechtsgeschäfte²⁰⁾. Eine Besonderheit ist daß der Irrthum (falsa opinio), wenngleich er blos das Motiv betrifft, das Vermächtniß zwar nicht ipso jure, aber doch ope exceptionis doli dann entkräftet, wenn klar ist, daß der Erblasser außerdem nicht vermacht haben würde (s. g. error

leg. 33, 7 l. 21 §. 1 D. qui test. 28, 1 3. B. l. 50 §. ult. D. leg. I: — quod minimum est sequimur: l. 9 D. r. j. 50, 17 3. B. l. 29 §. 1 l. 75 D. leg. III. l. 39 §. 6 D. leg. I. l. 47 D. leg. II; — favendum est libertati: l. 179 l. 20 D. r. j. 50, 17) aus (vgl. Bd. 1 §. 29 §. 141 — 3te Aufl.).

18) Vgl. Bd. 1 §. 30. l. 24 D. reb. dub. 34, 5 — ambigue aut etiam perperam —

19) Letzteres wäre der Fall, wenn der Erblasser die Gattungsnamen (vocabula rerum) nicht in ihrer gemeinen Bedeutung gebraucht hätte (l. 4 pr. D. leg. I. l. 7 §. 2 D. supp. leg. 33, 10); anders wenn er Menschen, Grundstücken, Thieren falsche Eigennamen (error nominis) oder falsche Eigenschaften beilegt (falsa demonstratio n. §.) §. 29 J. leg. 2, 20 l. 4 pr. cit. l. 7 §. 2 cit. l. 7 §. 1 C. legat. 6, 37; l. 28 D. reb. dub. 34, 5 l. 17 pr. §. 1 l. 33 pr. l. 34, pr. l. 40 §. 4 D. cond. 35, 1 §. 30 J. leg. II, 20). Die Correctur setzt Gewissheit oder den Beweis dessen voraus was der Erblasser gemeint oder gewollt hat (ll. eitt.); sie besteht darin, daß man von dem Fehler absieht (l. 24 D. reb. dub. 34, 5 — benigne interpretari). Von der Fehlerhaftigkeit des Ausdrucks ist sein Gebrauch in der nicht gewöhnlichen Bedeutung zu unterscheiden: auf diesen bezieht sich l. 69 pr. D. leg. III: Non aliter a significatione verborum (d. i. von ihrer technischen Bedeutung) recedi oportet quam cum est manifestum aliud sensisse testatorem — und l. 96 D. r. j. 50, 17 — maxime sententia ejus spectanda est, qui eam protulisset (vgl. Ann. 17 — überhaupt meine Pand. 1ter Aufl. §. 1567).

20) Auch das Vermächtniß ist irrungshalber nur dann richtig, wenn der error nicht blos „falsche Meinung“ (Irrthum), sondern Willenslosigkeit (error in corpore) oder zwar bloßer Irrthum, aber ein dem error in corpore gleich erachteter error in substantia ist. Den error in corpore s. l. 4 D. leg. I. cf. l. 9 pr. D. h. i. 28, 5; er bewegt sich auch hier möglicherweise blos in quantitate s. parte: arg. l. 9 §. 3 D. h. i. 28, 5 Der error in substantia kann hier, und in leßtwilligen Verfüungen überhaupt die Person des Honorirten betreffen: l. 5 C. testam. 6, 23 l. 7 C. h. i. 6, 24 vgl. l. 14 §. 2 l. 25 pr. D. lib. et posth. l. 11 §. 16 D. leg. III; betrifft er den Gegenstand des Vermächtnisses, so muß er dann ohne Einfluß sein, wenn die Substanz eine geringere ist als die geglaubte: arg. l. 22 D. v. o. 45, 1 l. 1 §. 2 D. pign. act. 18, 7.

causam dans)²¹⁾. — Zwang ertragen die Vermächtnisse so wenig als leztwillige Verfügungen überhaupt²²⁾.

5. Kaptatorische Bedingungen machen auch das Vermächtnis selbst kaptatorisch und verwerflich²³⁾; unmögliche Bedingungen auch das Vermächtnis nicht unmöglich²⁴⁾; zum Unterschiede von der Erbeinsetzung²⁵⁾ dagegen erleidet das Vermächtnis einen Anfangs- und End-Termin²⁶⁾.

f. Recht.

§. 426.

Inhalt und Art.

Von Seite des Gebers ein die ganze Mannigfaltigkeit der Vermögenszuwendung umfassendes dare, obligare (§. 413), ist das Vermächtnis auf Seite des Empfängers der Effekt jenes dare, obligare, mithin dingliches Recht im weitesten¹⁾ Sinne des Wortes, (volles und minder volles Eigenthum, jus in re, das Recht aus der nominis datio, Schuldbefreiung²⁾) oder eine Forderung gegen den Onerirten (in personam actio)³⁾. Auch

21) I. 72 §. 6 D. cond. 35, 1 vgl. oben §. 372 a. E.

22) s. oben §. 377 Anm. 5. Schliemann, d. L. vom Zwang. S. 80 gegen Bangewow §. 431 Anm. 1.

23) vgl. §. 372 zu Anm. 54 und §. 371. 3 S. 71; insb. 1. 1 D. his quae pro non script. 34, 8.

24) §. 371, 3 zu Anm. 22 – 24.

25) §. 372 3. 8 l. 89 (88) D. h. i. 28, 5 l. 7 §. 10 in f. D. min. 4, 4).

26) 1 2 in f. l. 5 § 2 D. quando dies legat. 36, 2 l. 30 pr. D. leg. I. §. 35 J. h. t. 2, 20 cf. Ulp XXV, 8; — einen Endtermin (mit welchem das B. zum Onerirten zurückkehren soll) erst seit l. 26 pr. §. 1 C. legat. 6, 37 Justinian, da nach dem Vorgange der donationes und contractus auch legata und fideicomissa sollten temporalia sein können. Nur temporalia, nicht conditionalia (resolutio bedingt) sollten nunmehr auch die legata sein können. S. dagegen Windscheid §. 635, Anm. 4.

1) eine Berechtigung nicht blos gegen die Person des Onerirten in sich schließenden —

2) §. 413 Anm. 2. § 415 zu Anm. 57 und die Anm. 58.

3) Die Betrachtung dieser Obligation vom Standpunkt der Verträge zu Gunsten Dritter bei Unger (Her. Jahrb. Bd. 10 S. 23 sg.). Uebrigens ist der letzte Wille nicht blos im Obligiren, sondern auch im Geben von der Mitwirkung des Empfängers entbunden.

wo das Vermächtnis dinglich wirkt, ist es⁴⁾ zugleich den One-
riten obligirend⁵⁾. Ob es dinglich wirke, hängt nurmehr von
der rechtlichen Möglichkeit⁶⁾, also nicht mehr zugleich von dem
Willen des Erblassers und einer gewissen Form seiner Aus-
gebung überdies⁷⁾, ab.

4) — wahrscheinlich im Nachgange zum SC. Neronianum, welches
selbst auf das Vorkommen einer ausdrücklichen Verbindung des Damnations-
legates mit anderen Legatsformen zurückgeht: Arndts, Forts. d. Gl. Comm.
Bd. 46 S. 39 fg.; s. auch Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 9
S. 87 fg.

5) Dieser stillschweigenden wie der ausdrücklichen Obligirung des One-
riten entspricht „actio ex testamento“ s. „legati personalis (certi, in-
certi) actio“: l. 1 C. comm. de leg. et fc. 6, 43 §. 5 J. obl. quasi ex
contr. 3, 27 3 B. 1. 82 §. 1 l. 84 §. 1 §. 4 l. 85 l. 116 §. 4 in f.
l. 69 §. 5 D. leg. I l. 8 §. 6 l. 34 §. 3 lib. leg. 34, 3 l. 8 D. usfr.
ear. rer. 7. 5 l. 13 D. ut legat. 36, 3. Zu ihrer Fassung s. Arndts
a. a. D. S. 314. 329. Lenel, Ed. perp. S. 295 §. 170.

6) d. h. davon, daß der Erblasser die Sache, das Recht, das nomen,
welches er vermachte, die Forderung, von der er befreien will, in seinem
Vermögen hat, und also die Befreiung wie die Sachen und Rechte „geben“
kann: l. 1 C. comm. de legat. et fc. 6, 43 Justinian. cf. l. 20 pr. D.
a. r. d. 41, 1. Ob „vom Erben“ oder „von einem Vermächtnisnehmer“
vermacht wird, ist gleichgültig: l. 1 C. cit.: — Et haec disponimus non
tantum . . . sed et si a legatario vel fc. . . . in rebus quas a
testatore consecutus est . . . (relicta sunt). Daß der Erblasser
bloß obligirende Worte gebraucht hat, hindert die dingliche Wirkung nicht,
wo derselbe geben konnte (sonst hätte namentlich nicht sowohl aus fidei-
commissen als aus Legaten neben der personalis actio auch in rem
actio gegeben werden können — l. 1 C. cit. ab init.); umgekehrt schafft
das „geben“ die dingliche Wirkung nicht, wo der Erblasser nur obligiren
konnte. Aber wie wenn die Sache zwar nicht mehr des Erblassers war,
aber hereditatis (jacentis) wurde? — Mit derselben Wirkung wie von
seiner eigenen Forderung kann der Erblasser dem Schuldner auch die Be-
freiung von der Forderung des Erben vermachen (Defension mittelst exceptio
neben actio ex test. vgl. l. 22 D. lib. leg. 34, 3); allein die Exception ist
hier nur Folge der actio: l. 1 §. 4 in f. D. superf. 43, 18. — Der alte
Satz: Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione
consistit — ist durch l. 1 C. cit. so allgemein aufgehoben, als er in Paul.
R. S. IV. 1 §. 18 aufgestellt ist, mithin auch für Universalfideicommissa nicht
mehr gültig. Gegen die in meinen Pand. 1. Aufl. S. 942 aufgestellte Be-
hauptung kommt auch l. 3 §. 2 §. 3 C. comm. de leg. et fc. 6, 43 in
Betracht; näheres hierüber s. unten §. 428 Anm. 36.

7) Windisch eid. §. 617 zu Anm. 2 gibt dem Erblasser die Macht,
den dinglichen Rechtsvertrag auszuschließen. Allein so wenig die Gewährung
der in rem actio in l. 1 C. cit. (Anm. 6) auf den Willen des Testators
gestellt ist, so wenig kann diesem ihre Denegation zustehen. Sonst würde
der Erblasser wohl auch die in rem actiones der l. 3 §. 2 §. 3 eod. aus-
schließen können. Die Worte der l. 1 C. cit. „ex ejus voluntate praefatae . . . actiones contra res testatoris esse restituendas“ sagen nicht,
daß diese Klagen auf dem Willen des Testators beruhen, sondern nur daß

Der Vermächtnisnehmer erwirbt vom Erblasser, unmittelbar und von selbst (§. 427, 2); er erwirbt aber nicht getrennt oder unabhängig vom Erben oder einem diesen erzeugenden Universalsuccessor, sondern nur auf Grund der Universalsuccession⁸⁾ (§. 412 Anm. 1), und muß was ihm vermacht ist tatsächlich meist erst vom Erben bekommen⁹⁾; dies und der Umstand, daß der „Tag des Vermächtnisses“ mehr oder minder weit über den des Erbschaftsantrittes hinausfallen kann (§. 427) und sein Gegenstand inzwischen dem Erben gehört, macht das Vermächtnis sicherungsbedürftig.

§. 427.

Anfall und Erwerb. Ausschlagung. Accrescenz.

Der Erwerb des Vermächtnisses, damit des im Vermächtnis gewährten Rechtes, findet, was

1. die Zeit anlangt¹⁾, niemals vor dem Erwerbe der Erbschaft oder dem Eintritt der diese vertretenden anderweitigen Universalsuccession²⁾, — wenn das Vermächtnis betagt oder bedingt ist, überdies nicht vor Ablauf der Frist, oder dem Eintritt der Bedingung statt³⁾. Allein von dem Erwerb, durch den das Vermachte dinglich oderforderungsweise des Vermäch-

sie seinem Willen entsprechen; wer seine Sachen vermacht, muß wollen, daß der Bedachte ihrer mit jedweder actio, in rem u. in personam habhaft werde.

8) §. 412 Anm. 1 und z. B. l. 17 D. si quis omissa causa test. 29, 4.

9) Die vermachte Sache ist sein, allein factisch (dem Besitze nach) muß er sie erst bekommen sc.

1) D. quando dies leg. v. sc. cedat 36, 2 C. eod. 6, 53.

2) l. 17 D. si quis omissa causa test. 29, 4; l. 44 §. 1 D. leg. I. — ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est — l. 86 §. 2 l. 69 pr. eod. arg. l. 64 D. furt. 47, 2; arg. das „dominium quod hereditatis (jacentis) fuit“ oder die „res hereditatis“ oder die bezüglichen res nullius: §. 364 Anm. 18, Anm. 1.

3) nicht vor Ablauf der Frist: arg. l. 9 §. 2 D. usufr. quae-madm. cav. 7, 9 — per venturam — ; l. 45 §. 1 D. leg. II. (nicht auch l. 26 pr. D. usu et usfr. 33, 2 wo von einem Damnationslegate die Rede ist und der Legatar zwar allerdings nicht vor dem dies, aber auch nicht bevor heres „praestit dominium“, Eigentümer wird) (vgl. Fitting, Begriff der Rückziehung §. 73. Arndts, B. §. 560 b.); — nicht vor Eintritt der Bedingung: l. 45 §. 1 cit. l. 21 pr. in f. arg. l. 5 §. 2 D. h. t.

nißnehmers wird, verschieden ist der Anfall, welcher bei purem und betagtem Vermächtnisse dem Erwerbe vorausgeht, bei bedingtem, allenfalls auch einmal bei betagtem, mit dem Erwerbe zusammenfallen kann. Er bedeutet eine Anwartschaft, deren Werth darin liegt, daß sie vererblich ist, also „Transmittirbarkeit“ (§. 423 Anm. 13) des Vermächtnisses⁴⁾. Um transmittiren zu können, muß man selbst existiren; wie die Delation der Erbschaft (§. 386 Anm. 5—7) erfolgt auch der Anfall der Vermächtnisse nur an Lebende; der Honorirte muß am Leben sein, damit der Anfall ihn treffe. Dieser tritt bei unbedingtem Vermächtnisse sofort mit dem Tode des Erblassers, bei bedingtem erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. Mit ihm ist der Tag des Vermächtnisses angebrochen (dies legati cessit); „gekommen,“ mit der Erfüllung dessen was er verheißen hat nämlich, so daß das Vermächtniß nun auch erworben wäre, ist er noch nicht; dazu muß erst noch die Erbschaft angetreten werden, und wenn das Vermächtniß betagt und zur Zeit des Erbschaftsantrittes noch nicht fällig ist, die Frist verstrichen sein. Wäre das Vermächtniß bedingt, so würde der erst nach dem Antritt der Erbschaft erfolgende Eintritt der Bedingung den Anfall und Erwerb des Vermächtnisses zumal mit sich bringen — der Tag zugleich angebrochen und gekommen sein.⁵⁾

4) arg. l. 3 D. h. t. Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem cedere dixerit. Unger, oesterr. Erbrecht §. 62 Anm. 2. Im Vermögen des Honorirten ist das B. damit noch nicht (Köppen, Thier. Jahrb. S. 188 l. 6 pr. D. quae in fraud. credit. 42, 8); soweit als hereditas delata ist das durch den Anfall des B.'s erlangte Recht übertragbar (Köppen, a. a. D. S. 215 l. 59 §. 1 D. j. d. 23, 3; vgl. aber auch hier unter Anm. 52); selbst ein Vorrecht vor Substitution begründet die Transmission nicht (s. denselben S. 187 fg. — u. unten Anm. 18 — 21).

5) Was hier vom Anfall, ist in den Quellen von dem dies cedens gesagt. Gegen die frühere Vermengung von dies cedens und Erwerb (z. B. bei Buchta, Bering S. 724, einst Arndts, Sintenis, Unger) s. meine Band. 1. Aufl. S. 948, Windscheid §. 642, Anm. 4. Unger, östr. Erbr. 2. Aufl. §. 62); eine kurze Entgegensezung von dies cedens und Erwerb enthält l. 21 pr. in f. D. h. t. — neque res pertinere neque dies legati cedere potest. Daß dies cedens bei bedingtem B. vor dem Eintritt der Bedingung nicht da ist, s. l. 5 §. 2 l. 21 pr. inf. D. h. t.; daß er bei unbedingtem (betagtem wie unbetagtem) B. noch vor dem Antritt der Erbschaft und zwar mit dem Tode des Erblassers da ist, s. l. 5 §. 1 l. 21 pr. D. h. t. l. unic. §. 1 c. §. 5 C. cad. toll. 6, 51; Ulp.

Dieses Zusammentreffen von Anfall und Erwerb, oder der beiderlei Tage, findet noch dreimal statt: wenn der Erwerb der Erbschaft als einer nothwendigen mit dem Tode des Erblassers zusammenfällt und das Vermächtniß weder durch Bedingung noch Frist aufgeschoben, — wenn „das vermachte Recht an die Person gebunden“ ist⁶⁾, — wenn es in der Person des Honorirten nur durch die Trennung von Anfall und Erwerb unmöglich wäre.⁷⁾ Zur Erhaltung des Vermächtnisses fand einmal nicht nur Vereinigung des Anfalls mit dem Erwerb, sondern auch Aufschub beider statt.⁸⁾ Bei freiwilliger Erbschaft

24, 31; daß in denselben Fällen mit demselben Tage das V. zwar transmittirbar, hinwider vor Antritt der Erbschaft noch nicht erworben ist, §. 1. 3 C. h. t. 6, 53 (— petitionem ad heredes transmisit, licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fc.); daß in denselben Fällen mit dem Antritt der Erbschaft erworben (das V. flagbar, die vermachte Nachlaßsache nunmehr des Legatarii) ist, §. 1. 7 pr. D. h. t. (die petitio in l. 3 C. cit. eine actio nondum nata: vgl. Windischkeid §. 642 Ann. 5) l. 7 §. 5 D. dol. m. 4, 3 l. 15 pr. D. ad l. Aq. 9, 2 l. 1. 44 §. 1 D. leg. I. — retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est — l. 69 pr. l. 86 §. 2 eod. l. 65 (64) D. furti 47, 2; dafür daß bei betagtem Vermächtnisse damit es erworben sei auch der Tag „gekommen“ sein müsse, §. 1. 5 C. l. 21 pr. D. h. t. l. 48 (46) D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 9 D. ut. legat. 36, 3 l. 26 pr. D. usu et usfr. 33, 2 arg. g. l. 22 pr. D. h. t. l. 9 §. 2 D. usfr. quemadm. 7, 9 l. 1 §. 1 D. cond. 35, 1 l. 73 §. 4 D. ad l. Falc. 35, 2; dafür daß bei bedingtem V. dies cedens u. Erwerb zusammentreffen, wenn die Bedingung erst nach dem Antritt der Erbschaft eintritt, arg. l. 21 pr. in f. D. h. t.; dafür, daß mit der Aussstellung eines dies cedens nichts anderes gewollt ist, als die Transmittirbarkeit des Vermächtnisses, §. 1. 3 D. h. t. (Ann. 4). Von einem cedere diem sprechen die Quellen so gut bei unbetagtem wie bei betagtem V. (z. V. l. 5 §. 1 D. h. t.), wogegen „dies venit“ zwar im Gegensätze zu dies cessit, aber nur bei betagtem V. vorzukommen scheint (z. V. l. 9 cf. l. 8 D. ut. legat. 36, 3 l. 1 §. 1 D. cond. 35, 1 vgl. Windischkeid §. 642 Ann. 4 a. E.). Immerhin muß auch den unbetagten VV. der Tag, nachdem er cedit, zumeist noch kommen.

6) l. 3 D. h. t. (Ann. 4) cf. l. 2 l. 5 §. 1 in f. l. 9 D. h. t. cum personae cohaereat, recte dicitur, ante aditam hereditatem diem non cedere. l. unic. §. 6 C. cod. toll. 6, 51.

7) wie wenn dem testamentarisch freigesprochenen Sclaven etwas vermacht und die Erbschaft eine freiwillige (erst später zu erwerbende) war: l. 1 §. ult. l. 8 D. h. t. vgl. l. 86 §. 1 D. cond. 35, 1, dazu die Glossie „necessarius“, u. l. 13 pr. D. opt. leg. 33, 5.

8) Sollte der einem servus hereditarius vermachte ususfructus in der Person seines künftigen Herren gültig werden, so mußte der dies cedens legati auf den Antritt der fremden Erbschaft verschoben werden, und fiel, wenn die eigene Erbschaft schon angetreten war, dies cedens u. veniens zusammen: s. die §. 364 Ann. 20. 26. 27 citt. II. und dazu l. 18 D. q. m. usfr. a. 7, 4.

und unbedingtem Vermächtniß fallen Anfall und Erwerb (dies cedens und veniens) nothwendig, und zwar mindestens so weit wie der Tod des Erblassers und der Antritt der Erbschaft aus einander; bei betagtem Vermächtniß möglicherweise noch weiter.

Dass vor dem Erwerb der Erbschaft, sowie dem Eintritt der Bedingung und des Anfangstermins das Vermächtniß nicht erworben werden kann, versteht sich obenhin; desgleichen, dass auch von keinem Anfall die Rede sein kann, wenn der Honorirte den Erblasser nicht überlebt; fraglicher ist, warum überhaupt ein Anfall vor dem Erwerbe plazgreift, und warum er nicht ebensowohl bei bedingtem wie bei purem und blos betagtem Vermächtnisse sofort mit dem Tode des Erblassers plazgreift? Es lässt sich aber denken, dass man den Erwerb des Vermächtnisses nur gegen die Verzögerung durch den Erbschaftsantritt, nicht auch gegen die durch eine Bedingung sicherstellen wollte. Der Aufschub dort röhrt „von außen,” der Aufschub hier „aus dem Testamente,” vom Willen des Erblassers selbst her⁹⁾). Der Aufschub durch einen dies röhrt auch von innen her, wird aber meist als ein Aufschub nicht des Rechts sondern seiner Geltendmachung betrachtet¹⁰⁾ und also den Anfall betreffend gleich einem puren Vermächtnisse behandelt.

9) — magis enim mora, quam conditio legato injecta videtur — Dieses Wort Julians (I. 6 §. 1 in f. D. h. t.) kann man auch auf den Erbschaftsantritt beziehen; auch durch ihn (wie durch das edictum de alterutro) wird das B. extrinsecus, nicht ex testamento (I. cit.) aufgeschoben. Vgl. übrigens Zimmer, Arch. f. civ. P. Bd. 9 S. 366. 3, welcher den Grund, weshalb dies cedens vor dem Erbschaftserwerbe eintritt, in derselben Weise — weil „das Schicksal des Legataris“ nicht „in die Willkür des mit der Antretung jüngsten Erben gestellt sein“ dürfe — erklärt, dagegen den Grund warum bei bedingtem B. dies cedens nicht vor dem Eintritt der Bedingung plazgreift, nicht weiter versucht. Der Gegensatz von extrinsecus und ex testamento gibt den Grund für beide Erscheinungen. Anders Köppen, Thér. Jahrbb. Bd. 5 S. 186 sq.

10) I. 5 C. h. t. cf. I. 9 D. ut leg. 36, 3 I. 73 §. 4 D. ad I. Falc. 35, 2 — während anderwärts das Recht selbst als aufgeschoben, und aber (weil der Honorirte den dies nicht zu erleben braucht) sein Zustandekommen als gewiss hingestellt wird: I. 1 §. 1 D. h. t. (certum est debitum iri) I. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9 (— quia certum est proprietatem ad eum vel ad heredem ejus per venturam —). Einen inneren Widerspruch enthält das certum debitum iri et tamen ad heredem legatarii non transit in I. 13 D. h. t. Pomp.; richtig folgert Pa-

Den Anfall muß der Honorirte selbst erleben; auch den Erwerb, wenn Anfall und Erwerb zusammenfallen. Also schließt das bedingte Vermächtniß von Rechtswegen die Bedingung in sich, daß der Honorirte den Eintritt der Bedingung erlebe. Der Bedingung steht der „dies incertus“ gleich¹¹). An und für sich steht nur der dies incertus an der Bedingung gleich; nur dieser schließt an und für sich eine Bedingung in sich, zeigt eine Bedingung durch die gesetzte Zeit an und macht an und für sich das Vermächtniß zu einem negotium conditionale¹²); nur der dies incertus an trägt also an und für sich auch die Bedingung, daß der Honorirte diesen Tag erlebe, in sich. Allein eben diese Bedingung kann der Erblasser stillschweigend in einen dies legen, der sie an und für sich nicht enthält, und zwar in einen dies der schlechthin gewiß (dies certus an, certus quando), gleichwie in einen der nur insofern gewiß ist, daß er kommen wird (certus an, incertus quando); hiemit ist eine Zeitbestimmung die an und für sich nichts als dieses ist, zur Bedingung gemacht. In einigen Zeitbestimmungen, und zwar sowohl in einer die schlechthin, als in einer die nur in Betreff des Ob bestimmt ist, gilt die Bedingung des Erlebens krafft Rechtsvermutung als mitgewollt¹³);

pinian (l. 13 §. 1 in f. D. cond. 35, 1) aus dem diem non cedere ein incertum des fünfzigen Erwerbs, damit auch der Schuld.

11) l. 21 pr. D. h. t. — si incerta sit . . . nisi tempus conditione obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest — und Ulp. 24, 31 der dem pure vel in diem certum relictum blos das sub conditione relictum entgegensteht, in letzterem also den dies incertus mitbegreift. Ferner l. 30 §. 4 D. leg. I. — dies incertus condition appellatur — und l. 75 D. cond. 35, 1. Dies incertus conditionem in testamento facit — l. un. §. 7 C. cad. toll. 6, 51 — sub cond. . . vel sub incerto die.

12) vgl. l. 22 pr. D. h. t. — conditionem . . . in se continet — per tempus conditionio (demonstratur) l. 4 eod. — conditionale legatum est llmgefahrt wird die conditionio auch dies incertus genannt: l. 30 §. 4 cf. pr. D. leg. I.

13) Beim Rentenvermächtniß ist jedes einzelne V. an einen dies certus an und certus quando gefnüpft; allein einem jeden videri hanc interesse conditionem „Si vivet“: l. 4 D. ann. leg. 33, 1 (vgl. §. 415 Anm. 16, 18.); die Zeitbestimmung „quum heres morietur“, die nur das Wann unbestimmt läßt, macht das V. zu einem conditionale (l. 4 cf. l. 13 in f. D. h. t.; l. 49 §. 2 cf. pr. D. leg. I.), doch wohl nicht als ob diese Zeitbestimmung an sich ein dies incertus sei (l. 1 §. 2 D. cond.

dafür daß „jede ungewisse Zeit,“ „sei auch nur das Wann ungewiß“ als Bedingung gelte¹⁴⁾, ja auch nur dafür, daß „im Zweifel“ auch der sog. dies incertus quando eine Bedingung in sich schließe¹⁵⁾, enthalten die Quellen kein sicheres Zeugniß¹⁶⁾; eher haben jene beiden Erscheinungen ihren be-

35, 1 Pomp.), sondern weil das Erleben ungewiß (l. 79 §. 1 D. eod. Papinian. — quamvis . . heredem moriturum certum sit, tamen incertum est an legatario vivo, dieses Erleben also als stillschweigende Bedingung in derselben enthalten scheint.

14) Mayer, d. L. v. d. B. §. 40, Anm. 6. 8. Seuffert, prakt. Pdr. §. 611 zu Anm. 7.

15) Arndts, P. §. 554, 1. l. Windscheid §. 96 a „nach dem präsumtiven Willen des Erblassers.“ Baron, Pand. §. 59 I. 1 zu Not. 4 u. 4 a. Tewes, Syst. d. Erbr. §. 37. a. E. „in der Regel“: Mühlensbruch, Lehrb. d. P. 3. Aufl. §. 110. Göschken, Vorll. 2. Aufl. §. 103 S. 300.

16) namentlich nicht l. 75 D. cond. 35, 1 u. l. 30 §. 4 D. leg. I. (Mayer a. a. O. Anm. 6), da l. 75 wahrscheinlich (vgl. l. 74 eod.), l. 30 §. 4 sicher einen d. incertus an bedeuten; denn einen d. certus quando kann man die conditio nun einmal nicht nennen. Eher könnte man sich darauf berufen, daß „quum heres morietur“ als dies incertus (l. 1 §. 2 D. cond. 35, 1 cf. l. 16 §. ult. l. 17 D. cond. ind. 12, 6) und der dies incertus allgemein als conditio hingestellt wird (s. oben Anm. 11), — sowie darauf daß Ulp. 24, 31 unter condicio jedweden dies incertus (auch den certus an wenn er incertus quando ist) zu begreifen scheint. Indessen kann der dies quum morietur heres nachgehend, darum weil er eine Bedingung in sich schließt (l. 4 D. h. t.), incertus genannt sein; außer ihm finden wir nur Fälle des dies incertus an als dies incertus bezeichnet, z. B. l. 21 pr. D. h. t.; um eben deswillen ist fraglich, ob abgesehen von dem dies quum morietur heres in dem „dies certus“, z. B. bei Ulpian l. cit. nicht der dies certus an, incertus quando mitgegriffen, in dem „dies incertus“ (z. B. l. un. §. 7 C. cad. toll. 6, 51 l. 75 D. cond. 35, 1 etc.) derselbe ausgeschlossen sei. Die Älteren scheinen (nach Averranius interpr. Lib. II. c. 16) den dies, der blos incertus quando, überwiegend dem dies certus überwiesen zu haben (Wening-Ingenheim, L. d. gem. Civilr's., 5. Aufl. §. 89, 2, Scheppe, d. röm. Privr. 4. Aufl. §. 120, 16 Rößhirt, L. v. d. BB. I S. 164. Warnföning, comm. j. r. priv. T. I. §. 149 b.), woraufhin Zimmern (Arch f. civ. P. Bd. 9. S. 361) die Meinung, daß blos die Un gewissheit wann ein Tag eintreten werde, nicht bedinge“ als die in älterer Zeit herrschende bezeugt. — Keinesfalls ist der dies quum morietur heres an und für sich Bedingung; inter vivos ist er es nicht (l. 16 §. ult. l. 16 l. 10 D. cond. ind. 12, 6); — keinesfalls auch schließt er und der dies certus an, incertus quando schon an und für sich Bedingung des Erlebens in sich; damit das der Fall sei, muß ebensowohl hier wie beim dies certus an, certus quando etwas besonders hinzu kommen. Bei letzterem (Rentervermächtnis) ist es die Natur des Allimentes, das zu persönlich ist, um vererbt werden zu können und also den Gegensatz von Anfall und Erwerb zuzulassen (Anm. 6); im dies quum morietur heres aber will der Erblasser vielleicht die Grundbedingung aller mortis causa capio von dem Verhältniß zwischen ihm und dem Erben auf den Legatar und den Erben

sonderen Grund (Anm. 16 a. E.). — Kann eine Zeitbestimmung an und für sich ebensowohl dies certus als incertus (condicio) sein, so ist es Thatfrage, als was sie gemeint sei¹⁷⁾.

Besonderes Augenmerk verdient das Verhältniß des Vermächtniß-Aufalles zur Substitution in das Vermächtniß¹⁸⁾. Aber auch diese Frage ist That-, nicht Rechtsfrage¹⁹⁾. Die Substitution ist eine Translation (§. 423 zu Num. 12; §. 429), möglicherweise sogar des bereits erworbenen Vermächtnisses: der Erblasser kann das Vermächtniß für den Fall, daß der Legatar (zwar nach dem Erwerb, aber) vor dem Empfange desselben stirbt, auf einen Anderen transferiren; nur wenn der Legatar nicht nur erworben, sondern den Onerirten auch schon in moram versetzt, gewissermaßen also das erworbene Vermächtniß auch schon realisiert hätte, soll die Transmission vollendet, die Substitution ausgeschlossen sein²⁰⁾. In diesem Falle ist

fortgespanzt haben: wie der Erbe ihn, so soll der Legatar den Erben überleben. Vgl. I. 40 § 2 D. cond. 35, 1, wo das B. welches auf den Tod eines Dritten gestellt ist, ganz anders behandelt wird, — desgl. I. 68 §. ult. D h. t. Auf den Tod des Legatars selbst gestellt ist das B. unbedingt I. 4 in f. D. h. t. I. 79 pr. D. cond. 35, 1.

17) wie da, wo die Zeitbestimmung als ein gewisses Alter des Honorirten erscheint; hier ausdrücklich Thatfrage in I. 48 (46) in f. D. ad SC. Treb. 36, 1. Wird in I. 22 pr. D. h. t. ohne weiteres condicio, in I. 26 §. 1 D. und in I. 5 C. h. t. ohne weiteres ein dies certus angenommen, so dürfte dieser Unterschied auf dem des Faktum, nämlich der Fassung des Vermächtnisses beruhen, da dieses in I. 26 §. 1 u. I. 5 eitt. pure hinterlassen, und erst der Empfang (accipere, percipere) auf das gewisse Alter verfeilt ist, während dieses in I. 22 pr. cit. mit dem do lego selbst in Verbindung steht.

18) Hierauf geht der mehrrewnähnte Aussatz von Zimmern, im Arch. f. cib. P. Bd. 9 S. 157 „Gehen die Erben des nach der Delation, aber vor der Aequisition verstorbenen Legatars dem Substituten vor oder nicht?“

19) zu welcher sie Zimmern itemptet, indem er ausgehend von einem ius quae situm aus dem Anfall einen Vorzug der Erben vor dem Substituten so sicher begründet haben will, wie „wenn der Legatar nach der wirklichen Aequisition versterben würde“ S. 168, — aber auch Köppen, indem er, ausgehend von dem Sahe, daß der Legatar das B. erst gewollt haben müsse, um es zu erwerben, zu dem entgegengesetzten Resultate gelangt (The rings Jahrb. Bd. 5, S. 211 fgg.).

20) I. 3 §. 1 D. adim. vel transf. 34, 4. Daß hier mit den Worten si Titius ante decesserit, quam accipiat auch an den Fall des bereits erworbenen Bs. gedacht sei, zeigt die folgende Unterscheidung, ob Titio ab herede mora facta est, oder nicht. Auf ein si non accepit, und zwar sive antequam dies sc. cedit, sive postea, ist auch die Substitution u. Translation in I. 25 pr. in fin. D. ad SC. Treb. 36, 1

die Substitution nicht blos Translation, sondern auch Ademption. Umso mehr muß es der Erblässer in seiner Macht haben, dem Legatar für den Fall zu substituiren, daß er nach dem Anfall, aber vor dem Erwerbe versterben sollte. Dagegen scheint Substituent sich allerdings bestimmt ausdrücken zu müssen, wenn er für weitere Fälle als den, da der Ersthonorirte noch vor dem Erblässer oder vor dem Anfalle verstorben sein sollte, substituirt²¹⁾.

Bedingungen, welche natürlicherweise erst mit dem Tode des Honorirten in Erfüllung gehen (quae morte legatariorum finiuntur)²²⁾, den Erwerb des Vermächtnisses also entweder gar nicht²³⁾, oder doch erst im Augenblicke des Todes zu lassen²⁴⁾, können²⁵⁾ künstlich, durch Errichtung einer Caution, erfüllt werden (cautio Muciana)²⁶⁾. Bedingungen jener Art können die negativen Potestativbedingungen sein; nur für negative Potestativbedingungen und zwar solche, die nicht noch bei Lebzeiten des Legatars in Erfüllung gehen können, besteht ursprünglich die künstliche Aushilfe²⁷⁾. Indessen ist ein Nachlaß an diesem Erforderniß für einige der Fälle, da die negative Potestativbedingung noch bei Lebzeiten des Legatars in

gestellt. Vgl. weiter §. 429, II. 21. Von einem jus quae situm der Erben des Legatars mag die verworfene subtilitas, daß B. beiden Parteien zuzusprechen, ausgegangen sein. Vgl. oben §. 423 Anm. 13. Eine weitergehende Auslegung von I. 3 §. 1 eit. s. bei K. öppen, Thier. Jahrbb. Bd. 5 S. 207 sq.

21) arg. I. 10 §. 1 cf. I. 3 pr. §. 1 in f. D. adim. vel transf. 34, 4. Vgl. die vorige Anm. Dies dürfte mit Windscheid §. 642 Anm. 7 zusammenstreffen, der unsere Frage als „Auslegungsfrage“ bezeichnet, aber Vorzug des Transmissionsrechtes „im Prinzip“ annimmt. Ueber die Substitution beim Praelegat i. §. 423 a Anm. 4 a. E.

22) I. 73 D. cond. 35, 1 cf. I. 67 (5) §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1 — quae . . . nisi fine vitae expleri non possunt —

23) vgl. Bangerow, §. 435 Anm. 3. I. 1) I. 61 pr. D. manum. test. 40, 4.

24) vgl. I. 79 pr. I. 101 §. 3 I. 103 D. cond. 35, 1 mit §. 4 J. V. O. 3, 15.

25) nach dem Vorgange des L. M. Scaevola und Billigung der Späteren (receptum) — I. 73 D. cond. 35, 1.

26) arg. I. 4 § 1 D. cond. inst. 28, 7 — carentem . . . implore conditionem — Bangerow, a. a D. Anm. 3, 1). Zur inneren Begründung s. E. A. Seuffert in J. A. Seuff. pract. Pdr. §. 538 Anm. 3 u. dessen Verweisung auf I. 19 pr. u. I. 101 pr. D. cond. 35, 1.

27) I. 72 pr. ab init. §. 2 I. 101 §. 3 I. 106 D. cond. 35, 1.

Erfüllung gehen kann, sicher²⁸⁾; im Sinne der Compilation aber allem Anschein nach für alle anderen Fälle dieser Art eingetreten²⁹⁾. — Auch affirmative Potestativbedingungen können von der Art sein, daß sie vor dem Tode des Legatars nicht in Erfüllung gehen. Gleichwohl können sie durch Caution nicht erfüllt werden; es wäre denn daß die Bedingung in der That eine negative (in non faciendo) und nur in der Form affirmativ ist³⁰⁾. — Die Caution muß an denjenigen errichtet werden, der das Vermächtnis bei fehlgeschlagender Bedingung behielte, oder erwärbe³¹⁾. Sie ist ein verbürgtes Versprechen³²⁾; Erfüllung der Bedingung und für den Fall der Nichterfüllung

28) so da, wo die frühere Erfüllung gegen den natürlichen und pflichtschuldigen Wunsch des Legatars (votum) ginge: l. 72 pr. in f. §. 1 D. cond. 35, 1.

29) Eine negative Potestativbedingung, welche vivo legatario in Erfüllung gehen kann (Nichtfreilassung eines Sklaven), wird gleich ähnlichen in l. 7 pr. D. cond. 35, 1 einer solchen die morte finitur (si in Capitolium non ascenderit) ohne besondere Rechtfertigung gleichgestellt; und doch wird man den Tod des Sklaven mit dem der Kinder des Legatars oder des Erblassers (Ann. 28) nicht in Eine Linie stellen dürfen. Wohl aber wird diese allgemeine Gleichstellung als eine durch t. Recript bestätigte Ansicht einzelner Juristen vorgetragen und infolge ihrer Aufnahme in das C. I. nebst l. 67 eod. und l. 4 §. 1 cond. inst. 28, 7 als justianisches Recht zu betrachten sein. Die besondere Rechtfertigung, welche Bangewr. §. 435 Ann. 3, 1, 2 b. für diese Fälle geltend macht, geht gleich der von Mayer §. 37 Ann. 2 u. Unger, österr. Erbr. §. 16 Ann. 25 über den ursprünglichen Nachlaß (Ann. 28) denn doch schon bedeutend hinaus. (Vgl. Arndts, im Rechtsl. III. S. 932. Sintenis, pract. Civilr. III. S. 415 Ann. 29. S. dagegen weiterhin Windscheid §. 554 Ann. 8 und die dort Agff.). Scheurl, der Beitr. II. S. 262 an freiwillige Annahme der Caution denkt, hilft über l. 67, und etwa noch l. 4 §. 1, dagegen nicht auch über l. 7 pr. hinweg. Wo zu Autoritäten dafür daß man freiwillig gegen Caution leisten kann?

30) wie das si perseveraverit in matrimonio l. 101 §. 3 D. cond. 35, 1, wo in der That „Nichtscheidung“ verlangt ist. So in thesi auch Bangewr. a. a. Q. a. E.; allein wenn man gleich ihm in der Bedingung „wenn der Honorire so lange er lebt, jeden Sonntag in die Kirche geht“ eine bloß „affirmative Fassung einer negativen B.“ erblickt, dann ist, wie Unger a. a. Q. mit Recht bemerkt, jede affirmative B. eine negative. Um ebendeweilen aber, weil dem nicht so ist, und weil wir was an das Postulat der bloßen Enthalstung eingeräumt ist, nicht auf das einer positiven Leistung überzutragen berechtigt sind, geht Unger zu weit, wenn er affirmative Potestativbedingungen, die erst mit dem Tode des Legatars in Erfüllung gehen können, wenn gleich nur diese, den negativen gleich behandelt wissen will.

31) l. 18 D. cond. 35, 1 — ad quem jure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertineret. l. 67 eod. — cui (ex sequenti conditione) legatum debuerit.

32) „Muciana satisdatio“ l. 106 l. 67 D. cond. 35, 1 — welcher

Restitution des Empfangenen samt Früchten oder Präsentation des Interesses Gegenstand des Versprechens³³⁾). Durch die Leistung der Caution ist das Vermächtniß erworben; nachfolgende Zuwidderhandlung ist Verwirkung des Versprechens³⁴⁾, nicht Rückgängigmachung des Vermächtnisses³⁵⁾; ein rescissorisches (auf die Fiction als ob nicht vermacht sei gebautes) Bindungsrecht daneben scheint aber im Sinne des neuesten Rechtes zu sein (Anm. 35). — Ursprünglich für Vermächtnisse aufgestellt ist die Mucianische Caution auf Erbeinsetzungen erstreckt worden³⁶⁾.

2. Seiner Art nach geschieht der Erwerb von selbst, so daß der Legatar nicht zu wollen, geschweige denn seinen Willen zu erklären braucht³⁷⁾. Folgerecht geht, wo nicht blos obligirt,

bereits in Nov. 22 c. 44 pr. — §. 5 für den daselbst gesetzten Fall des Vermächtnisses unter der Bedingung der Nichtverheiratung die uns geläufige hypothekarische Sicherstellung vorgezogen wird.

33) I. 67 l. 79 §. 2 D. cond. 35, 1 l. 76 § 7 D. leg. II.

34) I. 67 cit. — commissa stipulatione . . vel fundum vel quantia res est restituet.

35) vgl. oben §. 395 S. 198 — wiewohl Nov. 22 c. 44 §. 6 (vindicetur . . tanquam si ab initio neque datum fuisse videretur) das Gegenteil zu sagen scheint, und E. A. Seußert a. a. O. im Hinblick auf den Fall eines mucianischen Erbschaftserwerbes nicht blos eine obligatorische, sondern auch eine (durch das Veräußerungsverbot bedeutsame) universalsideicommissariische Restitutionspflicht annimmt. In Wirklichkeit kann Nov. 22 c. 44 § 6 das Forderungsrecht aus der Caution nicht aufheben, wohl aber dem Berechtigten für den Contraventionsfall neben der aus der Caution auch noch eine der des Legatars in I. 3 §. 2 § 3 C. comm. de leg. 6, 43 ähnliche Sicherheit geben wollen (nov. 22 cit. — vindicetur a pud quae neunque apparuerit personam —). Dazu führt aber in nov. 22 cit. eine Fiction (als ob gar nicht vermacht sei), nicht die Fiction eines (dem bedingt Honorirten auferlegten) Fideicommisses (an den bedingt Onerirten). Vgl. aber Windscheid § 554 Anm. 7 a. E.

36) I. 7 pr. D. cond 35, 1 — admissum in hereditatibus. Vgl. oben §. 395 S. 198 und dazu nachträglich in Betreff derjenigen an die zu caviren ist (I. 18 eod.), insonderheit in Betreff der Intestaterben: Windscheid § 554 Anm. 8.

37) I. 77 §. 3 D. leg. II. — ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur. I. 19 §. 1 D. quemadmodum serv. 8, 6. cf. Gaj. II, 195. — etiam si ignoret sibi legatum esse (dimissum) — cf. 204. — per vind. legatum continuo legatario acquiritur . . So die herrschende, namentlich gegen Köppen, (Jher. Jahrbb Bd. 5 S. 184—217), Theering (ebendas. Bd. 10 S. 476—80) eingehend von Arndts, Forts. d. GI Comm. Bd. 48 S. 276 fgg. vertheidigte, jabinianische Lehre. Für dieselbe neuerdings Fitting, Arch f. civ. P. Bd. 42 S. 147—176. v. Grailsheim, ebendas. Bd. 47 S. 370 fgg. Windscheid § 643 Anm. 2.

sondern gegeben werden konnte (§. 426, insb. Ann. 6 u. 7), Eigenthum, publicaniſches Recht, *jus in re*, *nomen*, *liberatio* oder *Exceptionesrecht* (§. 426 Ann. 2), sobald der Tag gekommen ist, ohne weiteres auf den Legatar über³⁸⁾; nicht minder ist da, wo blos obligirt werden konnte, die Forderung gegen den Önerirten gleich der mit dem dinglichen Rechte konkurrirenden *in personam actio* (§. 426 Ann. 4. 5.) ohne weiteres beim Legatar³⁹⁾. Ferner findet der Uebergang auf den Legatar unmittelbar vom Erblasser, nicht etwa durch den Erben hindurch statt⁴⁰⁾. Und zwar ist letzteres nicht blos beim puren Vermächtniß⁴¹⁾, sondern auch da der Fall, wo wie beim bedingten und betagten Vermächtniß zunächst der Erbe Eigenthümer (überhaupt Inhaber des vermachten Nachlaßbestandtheiles) wird⁴²⁾; hier hat der Legatar die Sache zwar nach dem Erben

38) *Eigenthum*: I. 69 pr. l. 86 §. 2 D. leg. I. l. 80 D. leg. II. l. 35 in f. D. usu 33, 2; *publicaniſches Recht* (b. f. *possessio*): Bd 1 §. 178 Ann. 31) — *jus in re*: l. 7 D. serv. leg. 33, 3 — *uno ex heredibus adeunte vindicare potest* — l. 10 D. usu et usufr. 33, 2 — (während *operae* nicht von selbst anfallen: l. 7 eod.) — cf. l. 26 D *pign. act.* 13, 7 Bd. 2 §. 354 S. 877 unten). — *nomen*: *utilis actio* l. 18 C. leg. 6, 37 vgl. Bd. 2 §. 284 Ann. 7. — *liberatio*: *exceptionem competere* l. 3 §. 1 §. 3 l. 20 pr. D. lib. leg. 34, 3; *Befreiung der res obligata*: l. 20 pr. cf. l. §. 1 eod.; *Befreiung von einer Superficies*, überhaupt einem *jus in re*: l. 86 §. 4 D. leg. I.

39) l. 77 §. 3 D. leg. II. — *emolumentum*. Zu dieser Forderung vgl. Bd. 2 §. 306; §. 281 Ann. 9; §. 267 Ann. 20 gegen Ende: „der Önerirte ic.“ u. zu Ann. 22; §§. 240—243; §. 254, 2; §. 244 Ann. 18 in med.: l. 46 §. 4 C. etc. §. 272 Ann. 39 und dazu l. 46 §. 7 eod. §. 19 in f. §. 23 in f. §. 26 in f. J. act. 4, 20; §. 232. *Windscheid* §. 647.

40) l. 65 (64) D. furt. 47, 2 — *ea quae legantur, recta via ab eo qui legavit ad eum cui legata sunt, transeunt* l. 80 D. leg. II. — *cit . . . recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatum transeat* (;) — *nunquam factum heredis* (sed *legatum dominium rei legatarii facit* — ?) Entsprechend die Formel des *Vindicationeslegates*: *Titio do lego* — Aber woher denn die in l. 84 §. 4 D. leg. I. vorausgesetzte *servitutis confusio*? vermutlich weil aedes (*defuncti*) nicht (über den Kopf des Erben hinweg) „gegeben“ sondern nur per *damnationem relictae* zunächst in das Eigenthum des Erben gekommen waren; darum auch *traditae* (*mancipatae*?) sunt *legatario*.

41) wie l. 89 D. leg. II. zu sagen scheint.

42) vgl. l. 69 § 1 l. 81 pr. l. 82 pr. D. leg. I. l. 105 D. cond. 35, 1 l. 12 §. 2 D. fam. h. 10, 2 mit Gaj. II. 200 — *nostri praecatores heredis esse putant* — ; — arg. l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9 — si ex die *proprietas alicui legata sit* etc. l. 26 pr. D. usu et usufr. 33, 2 cf. l. 45 §. 1 D. leg. II.

aber nicht durch den Erben⁴³⁾), darum unabhängig und frei von den Verfügungen des Erben, so wie sie der Erblasser gegeben und — abgesehen von dem was hereditas jacens gewissermaßen defuncti loco mit der Sache zu befahren hatte und versügen durfte — geben gekonnt hat⁴⁴⁾). Das Gleiche muß nach neuestem Rechte auch von Nachlaßsachen gelten, welche der Bedachte fideicommissarisch nach dem Erben oder vorgehenden Legataren zu erwerben hat⁴⁵⁾.

43) vgl. §. 423 zu Anm. 25 und diese selbst. Die entgegengesetzte Ansicht legt Köppen, Thier. Thbb. Bd. 5 S. 192 Alin 1 den Sabini-anern unter.

44) Die Veräußerung durch den Erben hebt das B nicht auf und schließt die Vindication des Legatars nicht aus: l. 69 pr. D. leg. I. cf. l. 8 D. r. er. 12, 1; ebenjowenig vermag der Erbe dem Legatar dadurch, daß er selbst die Sache weiter vermachts, Abbruch zu thun (l. 81 pr. eod. l. 105 D. cond. 35, 1; auf einen Fall, da nicht der Erbe, sondern ein Dritter dieselbe (ihm fremde) Sache vermachts hat, geht l. 82 pr. eod.; dazu die Glossa); noch vermag er ihm das vermachte Grundstück durch Begräbniß oder Servitutenbestellung zu entziehen: l. 105 eit. — et imposita servitus finietur existente conditione). — Hereditate jacente ist die Sache noch hereditatis, nach Antritt der Erbschaft nur bei bedingtem und betagtem B. vor Eintritt der Bedingung und des Tages noch beim Erben (§. 364 Anm. 18); und nur wenn sie, etwa aeris alieni ex-solvendi gratia, veräußert werden muß, geht sie dem Legatar verloren (arg. l. 20 §. 2 D. h p. 5, 3), und kann ihm mehr als actio ex testamento nicht verbleiben. Diese verbleibt ihm, wenn der Erbe h. jacente oder post aditam h. die vermachte Sache zerstört: l. 7 §. 5 D. d. m. 4, 3; l. 14 D. ad l. Aq. 9, 2; sie verbleibt ihm auf Cessione der legis Aquilie actio, wenn diese dem Erben erworben ist, weil die vermachte Sache von dritter Hand hereditate jacente (oder nach Antritt der Erbschaft aber conditione s. die legati pendente) geschädigt wurde: aber nach l. 15 pr. D. ad l. Aq. 9, 2 soll sie ihm blos verbleiben, wenn die Sache blos beschädigt, nicht wenn sie zerstört wurde. Daß die hereditate jacente begründete legis Aq. actio nicht eben so wie die post aditam h. entstandene (l. 13 §. ult. eod.) dem Legatar zusteht, erklärt sich daraus, daß der Erbschaftspruch noch hereditatis geworden ist, und diese des Erben. Aber warum anders wenn der vermachte Slave verwundet, anders wenn er getötet wurde? Begreifen ließe sich, daß letzteren Falls mit dem verwundeten Slave die actio selbst an den Legatar käme; aber warum actio ex test. auf Cessione der l. A. actio nicht ebensowohl bei getötetem als verwundetem Slave? Die Distinction von Vindicatione u. anderen L. (Dr. Erwin Grueber, the lex Aquilia, Oxford 1886 p. 51) hilft gegen diese allerdings „befremdliche“ Entscheidung nicht, und auch die Glossa (in deren Geleise sich Gaijacus z. B. ad titulum de dolo malo l. 18 §. 5 bewegt) befriedigt nicht. — Von Rückbeziehung ist überall hier keine Rede (vgl. Fitting, Begriff der Rückziehung S. 78 sg. Arndts, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 48 S. 335 sg. S. 338 sg.).

45) s. oben §. 426 Anm. 6. ab init. u. a. E., und vgl. §. 423 zu Anm. 25.

Daraus, daß der Erwerb ohne Wissen und Willen des Legatars stattfindet, folgt nicht, daß der Legatar das Vermächtniß haben müsse, geschweige denn, daß von dem Willen des selben dabei keine Rede sei. Abgesehen von den zahllosen Fällen, in welchen der Legatar den Erwerb betätigten und also zeigen muß, daß er Legatar sein will⁴⁶), kann er ausschlagen, um eben deswegen aber auch mit Erfolg haben wollen, mit dem Erfolge nämlich, daß dadurch die Möglichkeit der Ausschlagung ausgeschlossen ist⁴⁷). Darum kann man den Erwerb des Vermächtnisses auf den Willen des Legatars stellen, ohne damit sagen zu wollen, daß ohne denselben nicht erworben sei. Kommt es zur Ausschlagung, dann liegt die Sache so, als ob nicht vermacht sei⁴⁸); so lange keine Willenserklärung für das Vermächtniß vorliegt, kann also der Bestand des Vermächtnisses wie des Erwerbes als im Ungewissen befindlich gedacht und die Existenz desselben auf den Willen des Legatars gestellt werden, ohne daß damit dem sofortigen Erwerb widersprochen zu sein braucht^{48a}). Leicht aber erwecken derartige Ausdrucksweisen

46) 3. B. I. 33 D. min. 4. 4 Si . . . legatum acceperit . . (cum) liberum sit non accipere — I. 44 §. 1 D. leg. — si postea cognoverit et voluerit ad se pertinere — I. 7 §. 9 C. curat. fur. 5, 70 — si . . . admittere noluerit — I. 8 D. v. cr. 12, 1 l. 92 pr. D. cond. 35, 1 l. 3 D. serv. leg. 33, 3 — si vindicasset —

47) vgl. Windscheid §. 643 Anm. 1 a. E. I. 59 D. leg. II — an . . . omnimodo legatum meum fiat, quod semel ad me pertinere voluerim —

48) I. 38 §. 1 D. leg. I. Si . . . constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit quasi nec legatum quidem sit — I. 44 §. 1 eod. — retro videtur res repudiata fuisse heredis — Sabinianer: Gaj. II. 195 — proinde esse atque si legatum non esset —

48a) So muß man von dem reolutivbedingten Kaufe, trotzdem er (julianisch) pure kontrahirt ist, insolange die Reolutivbedingung schwebt, sagen, daß im Ungewissen sei, ob res emta oder inemta sei; so gehört der im peculum castr. befindliche Slave dem filiusf., und wird doch unter Umständen rückwärts als Slave des paterf. erachtet (I. 44 pr. D. leg. I. Windscheid §. 643 Anm. 2 gegen Ende). Auffallenderweise haben die Sabinianer auf dem Gebiete des Vermächtnisses trotz der bis zur Annahme des B.'s obwaltenden Ungewißheit des Vermächtnisses sofortige Existenz und sofortigen Erwerb angenommen, während Sabinus bei reolutivbedingtem Kauf den Kontrakt gleichwie bei der Suspensivbedingung noch als bedingt erachtete, und erst Julian Reolutiv- und Suspensivbedingung unterschied, indem er das Wort von dem „pure contrahitur, sub condicione resolutur“ aussprach (meine Band. 1te Aufl. S. 1417 unten und fg.) Dies

der Quellen den Schein, als ob in diesen die proculejanische, den Erwerb des Vermächtnisses erst von dessen Annahme datirenden Ansicht⁴⁹⁾ recipirt, oder doch mit der entgegenstehenden Ansicht der Sabinianer vermengt sei⁵⁰⁾.

ist das Wort, welches die Sabinianer auf das Vermächtniß übertrugen, indeß die Proculejaner ihr interim nullius esse einsehten (Gaj. II 195 200).

49) Gaj. II, 195 cf. 200.

50) So z. B. I. 65 (64) D. furt. 47, 2 — Si . . ad se pertinere voluerit — l. 3 D. serv. leg. 33, 3 — altero deliberante — l. 80 D. leg. II — non repudiavit defuncti voluntatem — l. 30 l. 38 §. 1 D. leg. I. Si . . constituerimus nolle ad nos pertinere (Ann. 48) l. 7 §. 9 C. curat fur. 5, 70, besonders l. 86 §. 2 D. leg. I. — in suspenso est; si reppulerit nunquam ejus fuisse videbitur, si non reppulerit, ex die aditae hereditatis ejus intelligetur (Julianus — den man den Sabinianern zuzählt) und die wesentlich gleichlautende l. 44 §. 1 eod (Ulp. ad Sabinum), l. 15 D. reb. dub. 34, 5 l. 2 D. manum. 40, 1 l. 3 D. serv. leg. 33, 3. Diese Stellen charakterisiren den thatfächlichen Zustand, in welchem sich die per vind. vermachte Sache sowohl nach sabinianischer als nach proculejanischer Ansicht befand: aber das Wort, welches die procul. Ansicht auszeichnet: das nullius interim eam rem esse (Gaj. II, 200) enthalten sie nicht. Köppen a. a. O. betrachtet sie gleichwohl als Zeugnisse dafür, daß Sabinus von den Sabinianern selbst verlassen und die proculejanische Ansicht recipirt sei. Allein für das proculejanische nullius interim eam esse findet sich auch bei Köppen kein Beleg; wohl findet sich in der von ihm S. 193 Ann. 178 citirten l. 12 §. 2 D. fam. h. 10, 2 wenigstens für den Fall des bedingten B.'s anstatt des proculejanischen der sabinianischen Satz: *interim heredatum est* (vgl. Gaj. II, 200) — ein Satz, dem K. (ebendas.) mehr ausweicht als begegnet. Das ernste Hinderniß, das K. der herrschenden Lehre entgegensteht, ist l. 13 D. cond. inst. 28, 7; allein im Vergleich mit l. 1 § 1 D. cond. c. d. e. n. s. 12, 4 will diese Stelle doch wohl nur sagen, daß mit der Erfüllung der Bedingung das Vermächtniß nicht auch schon angenommen (nicht mehr abweisbar) sei (ähnlich Windscheid §. 643 Ann. 2 unten). Von Köppen's allgemeineren Gründen entspricht der „daß ein ipso jure eintretender Erwerb die Repudiation unmöglich machen müßte“ (S. 199) den Regeln über den Erwerb der delata hereditas und bonorum possessio (l. 1 §. 7 D. succ. 38, 9); gegenüber dem Vermächtnisrecht ist er principii petitio und dem Sabinussatz entgegen; — daß nach der sabinianischen Ansicht die Confusio der Servituten entgegen der l. 38 §. 1 D. leg. I nur durch i. i. r. rüfgängig werden könnte, geht gegen die in derselben Stelle reproducire sabinianische Rückwirkung der Repudiation (quasi nec legatum sit — Gaj. II, 195 — atque si legatum non esset — dazu Windscheid a. a. O. a. E.). Köppens Ausgangspunkt: die Vergleichung des Vermächtniß-Aufalles u. Erwerbes mit hereditas delata und acquisita, wird dadurch weniger bewegend, daß die Potenz des Erbschaftsanfalles eine ganz andere ist als die des B.-Aufalles (Ann. 52), und daß den Erwerb der Vermächtnisse anlangend ebenjowohl die necessaria, als die voluntaria hereditas als Muster dienen konnte (Ann. 52). — l. 19 §. 1 D. quemadmodum serv. am. 8, 6 muß auch Köppen als Ausfluß sabinianischer Lehre anerkennen (S. 197). — Thering erklärt sich a. a. O. S. 479 mit Köppen einverstanden, verwirft aber ebenjowohl das proculejanische interim nullius esse als das sabinianische interim legatarii bezw.

Ausschlagung und Annahme sezen hier den Erwerb, nicht etwa den bloßen Anfall⁵¹⁾ des Vermächtnisses voraus⁵²⁾. Dagegen müssen beide auch hier (§. 388 zu Anm. 7, §. 394 zu Anm. 17) von der sicheren Kenntniß daß erworben ist, begleitet sein⁵³⁾. Theilweise Annahme oder Ausschlagung des Einen Vermächtnisses ist auch hier Annahme und Ausschlagung des ganzen⁵⁴⁾; die Vererbung des Einen Vermächtnisses auf mehrere Erben schafft Theile, die jeder für sich annehmen oder ausschlagen kann⁵⁵⁾. Von mehreren Vermächtnissen kann das eine angenommen, das andere ausgeschlagen werden⁵⁶⁾; ist aber das eine belastet, das andere unbelastet, und angeichts beider der Falcidische Abzug begründet, so muß er sich den auf beide treffenden Abzug an dem einen unbelasteten Vermächtniß

hereditis esse, und statuirt seinerseits ein „gebundenes“ Eigenthum des Erben. Etwas wenn man will bis zur Annahme oder Ausschlagung „gebundenes“ ist auch das sabinianische Eigenthum des Legatars; warum will Jhering das Gebundene lieber beim Legat?

51) vgl. §. 388 Anm. 6 §. 394 Anm. 17. 18.

52) I. 45 §. 1 D. leg. II. — ante condicionem vel diem repudiare non possumus; nunc nec pertinet ad nos, antequam dies veniet, vel condicio existat. Scheurl, Beitr. II §. 38 §. 10. Windscheid §. 643 Anm. 4 will hierin nicht „das letzte Wort der Quellen“ finden. Allein der bloße Anfall gibt bei WB. nur eine gewisse Sicherung (Anm. 4), keine Erwerbsmacht wie die delata hereditatis (§. 386 Anm. 1). Da der Erwerb des Vermächtnisses ein unwillkürlicher ist, werden wir seine Ausschlagung auch richtiger mit der Abstinentia von der ipso jure erworbenen als mit der Ausschlagung der voluntaria hereditatis vergleichen. Die von Scheurl weiterhin citirten II. treffen damit daß man das erst angefallene B. noch nicht haben, also auch nicht annehmen und ausschlagen kann (I. 174 §. 1 D. r. j. 50, 17), sowie damit daß man es ausschlagen kann, wenn man es hat und haben kann (I. 5 §. 8 D. reb. eor. 27, 9), auch vollkommen zusammen. (Vgl. daß cum res sit pupilli in I. 5 §. 8 eit. mit dem pertinet in I. 45 §. 1 D. leg. II und I. 21 pr. D. quando dies 46, 2 Anm. 5). Köppen, Jher. Jahrb. §. 204 Anm. 194 gegen Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 339. — Auch auf Andere cedirbar ist das durch den Anfall erworbene Recht noch nicht (Anm. 4). Verschieden von diesem ist die spes futurae actionis, welche verschenkt (I. 3 C. don. 8, 54), und der Belang, über welchen pactiert werden kann (I. 21 §. 4 D. leg. II). Köppen, a. a. D. §. 215 Anm. 210).

53) I. 23 D. a. v. o. h. 29, 2. Köppen, a. a. D. §. 205 – 209.

54) I. 58; I. 4 I. 6 I. 23 D. leg. II. I. 38 pr. D. leg. I. Paul. R. S. III, 6 §. 12 vgl. §. 394 §. 187 Anm. 1. Die Einheit des Vermächtnisses bemüht sich nach der des vermachten Gegenstandes; Collectiva und Quantitäten gelten als Einheiten: I. 2 I. 6 D. leg. II. I. 13 D. usu et usufr. 33, 2; I. 15 §. 1 D. leg. I.

55) I. 38 pr. D. leg. I.

56) I. 5 pr. D. leg. II.

gefallen lassen, wenn er dieses annimmt, das andere ausschlägt^{57).}

Das ausgeschlagene Vermächtnis bleibt in Ermangelung einer Substitution (S. 379) beim Onerirten⁵⁸⁾; es wäre denn, daß zu demselben Vermächtnisse Mehrere verbunden waren, und wenigstens Einer der Collegatare annimmt; in diesem Falle kann die Ausschlagung ebensowohl wie der sonstige Ausfall des Vermächtnisses⁵⁹⁾ anstatt Befreiung oder Freiheit des Onerirten Accrescenz oder Decrescenz zur Folge haben: Accrescenz, wenn den Mehreren „zusammen“ (re et verbis) vermachts ist, und die Erwerbenden den Zuwachs sammt seiner Last haben wollen; Decrescenz, wenn getrennt vermachts, und nicht ausdrücklich gewollt ist, daß anstatt der durch die Konkurrenz entstehenden Theile jedem das Ganze, dem Einen in Natur, dem Anderen dem Werthe nach, vermachts sei (§. 423 S. 383—385). Im Falle der Decrescenz verschwindet mit dem Theil auch dessen Belastung (§. 423 Anm. 47). Diejenigen, denen „zusammen“ vermachts ist, haben ihr Vorrecht nicht blos entgegen dem Onerirten, sondern auch untereinander entgegen denjenigen, mit denen sie „getrennt“ (disjunctim, blos re) Collegatare sind⁶⁰⁾. Eine blos sprachliche Verbindung (der verbis conjuncti)⁶¹⁾ begründet keine rechtliche Gemeinschaft, darum weder Accrescenz noch Decrescenz⁶²⁾. — Auch hier ac-

57) I. 5 §. 1 D. leg. II. War der Gegenstand des anderen B.'s ein Sklave, und die daraufgelegte Last Manumission, so wurde der Legatar zur Annahme auch des belasteten B.'s gezwungen (I. 22 pr. D. fideic. lib. 40, 5); daß auch außerdem die Annahme des unbelaßten B.'s die des belasteten nach sich ziehe (Glossie zu I. 5 §. 1, Donellus, comm. j. c. lib. 8 §. 13, Puchta, P. §. 540 c. Arndts, P. §. 555 d.) geht zu weit, und gegen I. 5 §. 1 cit.

58) apud eos manere a quibus relictum est — I. un. §. 11 C. cad. toll. 6, 51. I. 31 D. cond. 35, I. 1. 44 §. 1 D. leg. I. — retro videtur res repudiata fuisse heredis.

59) §. 8 J. legat. 2, 20.

60) I. un. §. 10c C. cad. toll. 6, 51. I. 1 §. 2 in f. D. usufr. acer. 7, 2 cf. I. 34 pr. D. leg. I. — conjuncti unius persona funguntur.

61) vgl. I. 89 D. leg. III.

62) Dies gilt nicht blos für den Fall, da den sprachlich Verbundenen verschiedene Sachen (I. 84 §. 12 D. leg. I. — Titio et Maevio singulos servos do logo) — sondern auch für den, da ihnen verschiedene Theile derselben Sache vermachts sind: I. 1 §. 1 D. usufr. acer. 7, 2 Brinz, Pandekten III. 2. Aufl.

crescirt an die Portion, nicht an die Person (§. 391 S. 171, 3)⁶³⁾. Auch hier können sonst nur ausfallende Portionen accrescire oder decrescire (§. 391 S. 178, 7); der durch concursus entstandene Theil eines Ususfructus kann auch nach seinem Erwerbe accresciren⁶⁴⁾. — Ueber die Accrescenz bei Praelegaten s. §. 423a Anm. 7—11.

§. 428.

Sicherung (des Honorirten).

Ein Anliegen des Rechtes ist die cautio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa, d. i. die Sicherstellung der Vermächtnißforderung¹⁾. Zu diesem Behufe besteht von altersher

— si separatim unicuique partis rei sit ususfr. relictus, sine dubio jus accrescendi cessat. l. 11 eod. l. 20 D. leg. II. Kinder neben postumis werden als verbis et re conjuncti behandelt, wenn sie gleich ausdrücklich mit verschiedenen Theilen derselben Sache bedacht sind: l. 7 pr. cf. 1. 5 §. 1 l. 6 D. reb. dub. 34, 5 l. 15 §. 1 l. 16 §. 2 D. leg. I. Die Abweichung in der (wohl unversehens in die Compilation aufgenommenen) l. 89 D. leg. III erläßt sich aus der Inscription „ad legem Julianam et Papiam“ Gaj. II. 207, 208; die in l. 41 pr. D. leg. II m. E. aus der Nothwendigkeit (necesse est), an der Accrescenz, welche an den (re conjunctus) Titius stattfindet, den Maevius, welcher an sich nicht dem ausfallenden Sejus, wohl aber gleich diesem dem Titius (und durch diesen auch dem Sejus) re verbunden ist, teilnehmen zu lassen (vgl. Thibaut, bei Rosshirt, I. S. 609, die Älteren bei Dworzak über das jus accr. in Haimerl's oesterr. Vierteli. Bd. 8 S. 79 S. 83, insonderheit die Glossen: quod omnes sunt re conjuncti tantum —, die Neueren, bei Samter Anwachsgr. unter Vernehmern, Arch. f. civ. P. Bd. 60 S. 112 fg.) Allerdings bleibt zu fragen, warum denn bei bloßer re conjunctio „Accrescenz“ statt Decrescenz? (vgl. Dworzak S. 83) indessen ist auch sonst oft von Accrescenz die Rede, wo in der That decrescit (z. B. Gaj. II. 199 Fr. Vat. §. 77 §. 78 und überhaupt die „Accrescenz“ des Ususfructus D. 7, 2). — In neuerer Zeit erklärt man (gegen den Wortlaut der Stelle) lieber aus der Absicht des Testators (nämlich Allen denselben fundus geben, sie also re verbunden und in den Theilen nur den modus dividendi, nicht den Gegenstand des Vermächtnisses genannt haben zu wollen): Dworzak, S. 85 u. die S. 86 Genannten, Arndts, Forst. d. Gl. Comm. Bd. 48 S. 52 fg. Serafini, arch. giur. XIV, 1 p. 42 sqq. Samter, S. 114 und vgl. dazu Unger §. 63 Num. 5 Windscheid §. 644 Num. 13 „Es kann der Erbländer dies gewollt haben“. Windscheid selbst schreibt (a. a. D. a. E.) den Ausfall des Sejus noch vor den Tod des Testators und an eine nur nominelle Accrescenz (vgl. hier oben S. 169). —

63) l. 26 §. 1 D. cond. 35, 1 — accrescit etiam heredi ejus —

64) l. 1 §. 1 D. usufr. accr. 7, 2 — amittente — §. 3 l. 3 pr. l. 3 §. 2 etc. eod.

1) arg. l. 1 §. 3 D. ut in poss. leg. 36, 4 Cum constet legatum non deberi, D. Pius ... rescripts non debere praetorem satisfactionem admittere.

1. eine nothwendige (praetorische) Caution (Bd. 1 S. 361 S. 362 Allin. 1). Noch vor der Klagbarkeit der Fideicommissa entstanden ist sie von den legata auf fideicommissa ausgedehnt²⁾, und in dieser Erweiterung zum Gegenstand der beiden Titel ut legatorum seu fideic. servandorum causa caveatur geworden (D. 36, 3. C. 6, 54). Das zu verbürgende³⁾ Versprechen (satisfatio) geht auf rechtzeitige Entrichtung des Vermächtnisses⁴⁾, ist für den Honorirten nicht blos bei bedingtem oder betagtem, sondern auch bei „gegenwärtigem“ Vermächtnisse von Werth⁵⁾ und steht ihm denn auch bei diesem wie jenem⁶⁾, weil bei bedingtem auch noch vor dem dies legati cedens (vgl. §. 427 Anm. 5), umso mehr auch vor dem Antritt der Erbschaft, gegen den Onerirten also auch ehevor dieser bereits obligirt — wenn er nur noch im Zustande der Deliberation ist, zu (s. die vorige Anm. a. E.). Die Nöthigung zur Caution beruht hier wie sonst auf einer durch Richtcavirung bedingten⁷⁾ missio, hier auf Einweisung in dasjenige Gut des

2) vgl. Lenel, ed. perp. S. 297 Anm. 1, 8. S. 422 Anm. 3. arg. I. 1 §. 15 D. h. t. (36, 3) — Ofilius —

3) I 1 pr. D. h. t. Den „rebus publicis“ liegt blos re promissio ob (I. 6 §. 1 eod.); mit Generalhypothet müssen sich Kinder gegenüber ihren Vätern begnügen — vorausgesetzt daß sie überhaupt Caution verlangen können (emancipirt sind): I. 7 D. h. t. S. übrigens unten Anm. 20—22.

4) Ueber die Fassung der Stipulation s. Bd. 2 §. 336 Anm. 12 und jetzt auch Lenel, ed. perp. §. 287.

5) I. 14 l. 15 pr. l. 1 §. 14 D. 36, 3; I. 1 §. 4 l. 2 l. 13 D. ut in poss. leg. 36, 4.

6) I. 15 pr. cit. Etiam de praesenti legato locum habet haec satisfatio, quoniam nonnullas moras exercitio judicii habet — und dazu Franeck's Hinweis auf den actus rerum (exeg. dogm. Comm. zu D. 5, 3 S. 29). Vgl. auch I. 5 §. 26 D. ut in poss. leg. 36, 4. Außerdem halb des ordo judiciorum, bei der fideicommissorum persecutio, war jener Aufschub wohl nicht zu befürchten, und darum hier Verzagung der Caution, wenn actio nata u. der Onerirte zur defensio bereit war: I. 3 pr. D. ut in poss. leg. 36, 4 cf. Gaj. 2, 279: de fideic. semper in urbe jus dicitur; de legatis vero cum res aguntur. — Uebrigens gibt bei purem Vermächtnisse nicht blos der Bezug durch das Gericht, sondern auch der durch die Nothwendigkeit der Erbschaftsantritung so lange Aurecht auf die Caution, als noch angetreten werden kann (I. 1 §. ult. I. 2 D. ut in poss. leg. 36, 4).

7) I. 6 C. ut in poss. 6, 54 — is cui satis non datur, mittitur in p. — I. 12 l. 13 D. eod. 36, 4. Die Edictsclausel bei Lenel, ed. perp. §. 173. Dem Edicte genügt, daß per eum cui caveri oportebit non fit quo minus caveatur; daß per eum quem caveri oportebit fit quominus caveatur, ist nicht edicirt: I. 1 §. 1 D. eod. (mit Exemplification).

Onerirten, auf welchem die Last des Vermächtnisses aufliegt⁸⁾. Der Eingewiesene kommt blos in possessionem, neben dem Onerirten⁹⁾, und allenfalls neben seinesgleichen¹⁰⁾; jedoch nicht blos zur Obhut (Anm. 9, 11), und endlichen Erzielung der Caution¹¹⁾, sondern — wie jeder missus in possessionem (Bd. 2 §. 354 Anm. 49) — auch zu Pfandrecht (pignus praetorium)¹²⁾. In das Erbgut oder Vermachte selbst geht die Einweisung entgegen dem besitzenden Onerirten und dessen Erben¹³⁾, dem Fideicommissar an den restituirt ist¹⁴⁾, dem dritten Besitzer, wenn die Sache durch Arglist¹⁵⁾ des Onerirten gegen den Honorirten an jenen gelangt ist¹⁶⁾; in das Eigene des Onerirten möglicherweise dann, wenn sich derselbe des Erbten oder Vermachten in vorgedachter Weise entschlagen¹⁷⁾ — nur in den Kaufpreis des veräußerten Erb- oder Vermächtnißgutes, wenn die Veräußerung mit Wissen und Willen des Legatars oder des Erblässers stattgefunden hat¹⁸⁾. — Unversorgte und dürftige Töchter und Enkelinnen erhalten aus dem bestreiften Gute

8) also nur in Erbgut (I. 5 §§. 6—10 D. h. t. 36, 4) des Onerirten, insolange es sich um Sicherung nur von legata handelte: I. 5 §. 5 eod. — in poss. . . rerum hereditiarum .. hoc est earum quae „in causa hereditaria“ manent — I. 6 C. eod. — quae „in causa hereditaria“ sunt — (Qenel. a. a. O.); dazu I. 5 §. 22 eod. — et fructus custodire et cetera debebit. I. 10 eod. Si nullae sint res hereditariae . . , per praetorem denegatas heredi actiones ipsi persequuntur — ; — seitdem die Caution auf Fideicommissa erstreckt ist, auf vermachte Sachen, wenn solche mit Fideicommissen bewahrt sind: I. 5 §. 29 D. eod.

9) I. 5 C. h. t. (6, 54) — non proprietatem nanciscuntur — I. 5 pr. D. h. t. (36, 4) — nec tam possessio rerum ei quam custodia datur — §. 22 eod.

10) I. 5 §. 2 §. 3 eod.

11) I. 5 pr. — ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem —

12) I. 3 I. 5 C. h. t. 6, 54.

13) I. 5 §. 14 cf. §. 13 D. h. t. (36, 4).

14) arg. I. 8 I. 5 §. 29 §. 30 I. 11 pr. eod.

15) I. 5 §. 15 eod. — dolus u. lata culpa in necem legatariorum —

16) arg. I. 8 eod. und besonders argum. a contr., da in einigen Fällen trotz dolojer Entäußerung der Beschlag des Entäußerten nicht stattfindet (res religiosa — sacra — manumissa): I. 15 eod.

17) nicht semper und nicht sine cognitione: I. 5 §. 5 eod. (wohl nicht, wenn die Sache bei dem Dritten zu finden ist —)

18) I. 5 §. 4 D. ut leg. serv. c. 36, 3.

auch ihre Nahrung. — Unpersönliche Dinge können Vermögen haben, in welches die gemeine missio plazgreift; umgekehrt eingewiesen werden können sie nicht; die Einweisung ihres actor ist ein „außerordentliches Mittel“¹⁹⁾. — Diese Caution kann vom Erblässer erlassen werden²⁰⁾. Von Rechtswegen erlassen ist sie dem Fiscus²¹⁾, den Eltern gegenüber ihren Kindern²²⁾. Wer auch ohne Leistung von Seite des Onerirten hat, kann keine Caution verlangen²³⁾. Gründe aus denen die schon errichtete Caution erlischt, und die bereits erfolgte Einweisung rückgängig wird, lassen sich denken²⁴⁾.

2. Nicht nur Existenz und Fälligkeit des Vermächtnisses, sondern auch 6monatliche Zahlungsraumjal vorausgesetzt kann der Legator Einweisung auch in das eigene Vermögen des Onerirten verlangen und durch Fruchtbezug sich für Zins und Kapital bezahlt machen (s. g. missio Antoniniana)²⁵⁾. Diese Missio erfolgt nicht mehr wegen Cautions-²⁶⁾, sondern wegen Zahlungsverweigerung²⁷⁾, also nicht mehr satisdatiōnēs, sondern satisfactionēs=halber²⁸⁾, wiewohl eine Satisfaction von der vorgeschriebenen Art bis zur endlichen Befriedigung

19) I. 12 D. cf. I. ult. C. h. t. 6, 54. Der actor bekommt nicht bloß die Ausübung des Rechtes (das die municipes nicht haben können), sondern für diese das Recht selbst — vgl. Bd. 1 §. 62 Anm. 2a u. 3.

20) I. 2 l. 7 C. eod. Nov. 108 praef. §. 1 c. 2 in fin. vgl. Bd. 1 §. 193 Anm. 11 in med.

21) I. 1 §. 18 D. ut legat. 36, 3.

22) wenn der Erblässer nicht das Gegentheil verordnet hat, oder die Eltern zu zweiter Ehe geschritten sind: I. 6 §. 1 C. ad SC. Treb. 6, 49. Vgl. I. 50 D. eod. 36, 1 und oben Anm. 3 die durch I. 6 §. 1 C. cit. allem Anschein nach antiquirte I. 7 D. h. t. 36, 3.

23) liberatio legata: I. 1 §. 2 D. ut in poss. 36, 4.

24) z. B. I. 1 §. 14 D. ut legat. 36, 3; — I. 6 §. 1 D. 36, 4. — Eine erschöpfendere Ausholung der Quellen s. u. a. bei Pothier, Pand. Justinianae, Tom. III ad hos tit. — Gegen die Meinung daß diese cautio durch I. 1 C. comm. de leg. 6, 43 antiquirt sei (Vöhr, Sintenis) s. Windisch, P. §. 648 Anm. 14.

25) I. 5 §. 16—§. 21 D. ut in poss. D. 36, 4.

26) I. 5 §. 18 eod. — et si remissa sit satis datio, rescriptum locum habebit —

27) I. 5 §. 18 cit. — quia mora fit solutioni — Marezoll, zur L. v. d. BB. Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 9 §. 127 fg.

28) I. 5 §. 16 eod. — quoad voluntati defunctorum. satisfiat. §. 17 Satisfactionis verbum licet latius patet, tamen ad exsolvendum legatum refertur —

des Legatars eine Sicherstellung desselben zugleich in sich birgt²⁹). Magistratische Cognition geht auch dieser Missio voraus³⁰). Sie greift nach dem Worte des Rescriptes (von Anton. Caracalla) nur gegen den (mit Legaten oder Fideicommissen) onerirten Erben, nach der Interpretatio gegen jeden Oneriten platz³¹).

Gegen noch längere, nämlich ein volles Jahr nach obrigkeitlicher Mahnung dauernde Saumsal ist die Caducität wieder auferweckt, etwas lucrativa pro herede usucapio beigemischt, und also der Fiskus zurückgesetzt worden³².

29) nur daß er nicht etwa pfandweise verkaufen, sondern nur die Früchte beziehen kann — §. 21 eod. — *pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum constitutio ei permisit* —

30) §. 16 eod. — *post sex menses quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est.* Diese Cognition enthält weder einen endgültigen Entscheid über das Forderungsrecht: warum sonst nicht sofortige Execution? noch hängt sie mit Verweigerung der Klageeinlassung (Bachofen, Pfandr. S. 319, 34) zusammen; sie mündet aus in das *decreatum judicis*, durch welches der Onerirte nach Novelle 1 c. 1 §. 1 ab initio zur Entrichtung des B.'s aufgefordert wird. Wohl aber wird neben dieser summarischen (und provisorischen) Cognition leicht eine ordentliche Klage herlaufen (vgl. Ann. 6), deren definitive Verbescheidung den Legatar zu rascherer Befriedigung führt als diese weitwirkende missio Antoniniana. (§. 21 in f. — *ut festinetur ad sententiam.* Zu der Emendation von Cujacius: *satisfactionem statt sententiam macht Memmisen wohl mit Recht ein Fragezeichen).* Geht der Legatar im Fruchtbezug weiter als ihm gebührt, so steht dem Onerirten *utilis pign. actio* zu (§. 21 eit.).

31) So m. E. §. 16 eit. in f. — *quod remedium serva(re)tur et adversus eos qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.* Marezoli a. a. O. S. 129 sq. macht daraus ein besonderes (von den 6 Mönchen entbundenes) Remedium zu Gunsten der Fideicommissare; allein §. 16 gibt in den citirten Worten das selbe remedium das zuvor beschrieben ist (*quod remedium*) und die Basiliken (lib. 44 t. 22 V. §§. 16 – 19) bestätigen die der Stelle im Text gegebene Auslegung (— *τὸ δὲ λεχθῆ χῶραν ἔχει ἐπὶ παντὸς χρεωστοῦντος ἀποκατέστασιν* — in quolibet, qui fideicommissum debet —).

32) Nov. 1 c. 1 c. 4. Caducität wegen Indignität traf schon nach altem Rechte alle, qui contra voluntatem defuncti faciunt . . . si nihil testamento in fraudem legis fuerit cautum (Paul. R. S. III. 5, 13); an dieses alte Recht und seine Vernachlässigung knüpft die Novelle sofort in der praefatio an: §. 1 — *quod est jussum non faciunt: cum utique etiam a veteribus legislatoribus dictum sit, competentes deficientium dispositiones, quae eunque non repugnant legibus, omnibus modis impleri.* Sed quoniam ita positas leges jam plerumque neglectas invenimus etc. Vgl. zu diesem Ausgangspunkte des Gesetzes Cujacius, Novellarum constit. imp. Just. expositio, Nov. 1). Den Indignitätsfall selbst, die vindicationisberechtigten und den ordo vindicationis s. oben §. 396 III. u. vgl. das „außerre“ c. 1 §. 1 §. 8; dort-

3. Die in l. 1 §. 1 C. comm. leg. et fc. 6, 43 Justinian. cf. l. 3 §. 2 eod. Nov. 39 praef. antiquirte, ausschließlich dem Fideicommissar zugestandene in rem missio hat einem neuen, den Vermächtnisnehmern überhaupt eingeräumten, ergiebigeren Schutzmittel weichen müssen. Darf von jener missio in rem so viel als gewiß angenommen werden, daß sie gegen den dritten wissenschaftlichen Erwerber einer res fideicommissa und in eben diese res ging³³⁾, so mußte dieselbe wenigstens in

selbst auch den Vorbehalt für die Pflichterben. Ausdrücklich beizufügen ist, was sich nach §. 421 Anm. 6 stillschweigend versteht: daß ebenso wie der onerire Erbe seiner Erbschaft, der onerire Legatar oder mortis causa capiens des ihm Zugewandten unwürdig wird (Nov. 1 c. 1 §. 4 — His omnibus obtainentibus etc.). Verbessernd zu ergänzen ist aber daß dem Fidus außer den §. 396 III. Genannten zuletzt noch beliebige Dritte vorgehen. Gerade diese Ermächtigung dritter mit dem Nachlaß weder voluntate defunti noch lege verwandten Personen mußte in Verbindung mit der den Windicantem auferlegten durch Caution zu sichernden Übernahme der Vermächtnisse (§. 396 Anm. 29) den Gezeugeber noch an einen anderen uralten Vorgang erinnern: Haec quidem etiam antiquissimae leges . . . praestabant; et heredes faciebant eos qui neque scripti heredes, neque ab intestato ad hereditatem vocabantur (c. 1 §. 4 — cf. Gaj. II, 55 improba possessio . . ut essent qui sacra facerent . . et ut creditores haberent a quo suum consequerentur — anstatt der creditores jetzt legatarii seu fcommissarii. Bd. 1 §. 621 sg.). Zu bemerken ist noch, daß den Miterben accrescit (cap. 1 §. 1), dieses Accreszenzrecht aber, weil es kein nothwendiges ist (§. 423 Anm. 45) in einem Windicationsrecht aufgeht, — an §. 396 Anm. 22 aber weiterhin zu verbessern, daß Pupillen und Minderjährige von der Indignität ausgenommen sein mögen; von den Folgen derselben sind sie nicht ausgenommen; Justinian verweist sie auf i. i. restitutio u. an die Vormünder (c. 4 §. 1). — Die Richterfüllung von Vermächtnissen behufs Loskauf von Gefangenen und Armenversorgung zieht denselben Verfall des Hinterlassenen nach sich; allein der an keine bestimmte Frist gebundene Mahner, Windicant u. Executor der Vermächtnisse ist der Bischof oder Dekonomos des Ortes. Nov. 131 c. 11. Vgl. Marezoll, zu der L. v. d. Legaten ad pias causas, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 5 S. 84—87.

33) Paul. R. S. IV, 1 §. 18 Rem fideicommissam si heres vendiderit, eamque sciens comparaverit, nihilominus in possessionem ejus fideicommissarius mitti desiderat. cf. l. 89 § 7 D. leg. II. — propter justam ignorantiam tam mulieris (Fiduciarin) quam emtoris heredem mulieris, ut fundus apud emtorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere. Wozu diese missio, da wenn dolo malo in necem legatariorum u. fideic. veräußert wurde, gegen den Käufer schon die missio in possessionem aus dem Edicta ut in poss. etc. platzgriff (Anm. 15, 16)? oder dürfen wir uns daran klammern, daß zur m. in rem bloßes Wissen des Käufers genügt (Paul. R. S. cit.)? Allerdings war m. in possessionem nur bedingt, im Falle der Richterfüllung, zulässig; aber konnte es zur Erfüllung dieser Bedingung nicht stets und um so mehr

ihrer vindicatorischen Funktion überflüssig werden, wenn der Fideicommissar die Vindication selbst bekam. Diese ist aber — Vermächtniß von Nachlaßjachsen vorausgesetzt — von Justinian in l. 1 pr. §. 1 §. 4 C. comm. de leg. et sc. 6, 43 den Vermächtnißnehmern überhaupt und überall da eingeräumt worden, wo sie bisher (wie namentlich als Fideicommissare) blos in personam actio gehabt hatten (§. 426 Anm. 6 a. E.; und hier unten Anm. 36). Hiemit ward das Recht und die Sicherheit der Vermächtnißnehmer zugleich erweitert. Eine Erweiterung blos der Sicherheit fand darin statt, daß dem Eigenthum Pfandrecht, der Vindication hypothecaria actio beigefügt wurde (l. 1 §§. 2—4 cit. vgl. Bd. 2 §. 354 Anm. 47).

4. Mehr um streitige und zweifelhafte Rechte des Vermächtnißnehmers fest, als um sie in neuer Weise sicherzustellen, ist das j. g. Veräußerungsverbot in l. 3 §. 2 §. 3 D. comm. de leg. et tideic. et de in rem missione tollenda 6, 43 Justinian. erlassen worden³⁴⁾. Dasjelbe geht auf Vermächtnisse jeder

kommen, als es nur am Honoriten nicht zu liegen brauchte, daß nicht capitur wurde (Anm. 7)? Unbekannt ist auch der Verlauf dieser missio; wie kam Fideicommissar schließlich zu seinem Ziel? (Doch s. hierüber E. A. Seufferts [das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Sing. u. Univ. S. 28] Bemerkung zu l. 89 §. 7 l. 69 §. 1 §. 3 D. leg. II. l. 109 §. 1 D. leg. I l. 38 pr. D. leg. III und darnach Thering. Jahrbb. f. Dogm. S. 515 Anm. 149, 150). Bedeutsam in dieser Richtung ist, daß die missio nicht in possessionem, sondern in rem heißt, also wohl einen vindicatorischen Zweck hatte und gegen den Grundsatz *jus omne tideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistit* (Paul. R. S. IV, 1 §. 18) in jene dingliche Verfolgung des Fideicommisses ablenkte, welche in l. 30 §. 1 D. adim. et transf. 34, 4 u. l. 20 D. leg. III Anklage findet (vgl. Becker, Aktionen II S. 203 Anm. 54) und einen Beitrag zu dem Übergang der Obligation in dingliches Recht" (Thering. a. a. L. S. 513—519) bildet. — Um vor dieser missio in Verlegenheit zu kommen, hätte man des „tenebrosissimus error“ mit dem sie l. 3 §. 2 cit. bezeichnet wird, sowie der „inextricabiles circuli“ und der „ambages“ in denen sie sich bewegt habe, nicht bedurft. S. übrigens Mareczkoff a. a. L. S. 130—134. Baugrow §. 532 Anm. (welcher übrigens nur gegen die Löhr'sche Vermengung der missio in rem mit der in possessionem leg. seu tideic. c. handelt), besonders aber E. A. Seuffert, a. a. L. S. 27—38, ferner Schröder, z. L. v. d. gesetzl. Eigenthumsbeschränkungen (1875 S. 72 fgg. u. dazu Kohler, M. Vierteljährchr. Bd. 19 S. 155), Sprenger, Heinr. das gesetzl. Veräußerungsre. in l. 3 §. 2 §. 3 C. comm. de leg. 6, 43 Inaug.-Diss. Zürich 1884 S. 36 §. 7.

34) Bemerkt vor allem den mehr lehrhaften als imperativen Charakter des Gesetzes: *nemo putet alienanda* (§. 2) — *melius quidem faciet* —

Art³⁵⁾, und bestimmt zunächst, daß pure und ex die hinterlassene Sachen vom Onerirten weder veräußert noch verpfändet werden können (§. 2) — das eine halb, das andere ganz gegen das jus vetus, dagegen vielleicht keines gegen das jus novum (der l. 1 eod.)³⁶⁾; die Veräußerung und Verpfändung von bedingt hinterlassenem soll bei schwebender Bedingung nicht unmöglich sein, wird aber weil die Veräußerung und Verpfändung bei eintretender Bedingung ex tunc rückgängig und der Veräußerer also von den Nachtheilen des Evictionsregresses

sin autem . . . sciat — der Schluß von §. 3 ist imperativ, allein Folge, nicht Grund der vorausgegangenen Lehrsätze.

35) namentlich auch schon in §. 2 sowohl auf Universal- als Singularvermächtnisse (Glosse) — auf Legate und Fideicommissa — auf Fideicommissa, welche dem Erben, wie auf solche die einem Legatario oder sonstwie lebenswilling Bedachten aufgerlegt sind (quae restitui aliis disposita sunt — vgl. l. 1 §. 4 eod.) — auf Vermächtnisse, welche in Gestalt eines Substituten ihren Anwärter haben (substitutione posita).

36) Das pure (per vindicationem) legatum war für den Erben von altersther unveräußerlich, sowohl nach procul, als nach sabin. Lehre (arg. §. 427 Anm. 44 E. A. Seuffert, a. a. D. §. 2); das pure fideicommissum dagegen war wie jedes fc. bis zur Restitution im Eigenthum des Onerirten, darum veräußerlich und ohne Zweifel in dieser Veräußerlichkeit ein Antrieb zur missio in rem (E. A. Seuffert a. a. D. §. 3, bez. S. 28); allein jure novo war das pure fideicommissum noch vor unserem Veräußerungsverbot (durch l. 1 eod.) auch in rem actione verfolgbar und darum unveräußerlich geworden; m. E. nicht nur was durch Singular-, sondern auch was durch Universalvermächtnis hinterlassen war (gegen E. A. Seuffert a. a. D. S. 40 S. 52 u. darnach Windscheid §. 648 zu Anm. 18 dürfte zu bemerken sein: ubi lex non distinguit etc. — die Constitution spricht allgemein von fideicomissa, nirgends von res singulae — dieselbe steht im Causalnexus mit Aufhebung der missio in rem, welche doch wohl auch dem Universalfideicomissar zu statthen kam und ihm ohne Erbtag entzogen gewesen wäre, wenn die in rem actio nicht auch ihm gegolten hätte — die a legatario hinterlassenen Fideicommissa (§. 4) sind zusätzlich zu den ab herede hinterlassenen Fideicommissen, nicht zum Auschluß der Universalfideicomissse einbezogen — Nov. 108 c. 2 (hoc quod in legis etc.) untercheidet mit ihrer unsklaren Endung so wenig als l. 1 cit. zwischen Universal- u. Singularff., verweist aber in c. 1 ab init. ausdrücklich auf eine Constitution, welche Universalfideicomissse betrifft, und ebensowohl l. 1 C. cit. als Nov. 39 (Glosse) sein kann — das Hinderniß der Restitution, an sich nicht größer als das einer in personam actio, kann ebensowohl als durch l. 3 auch schon durch l. 1 übergunden sein). Also verfügt l. 3 §. 2 bezüglich der puren Vermächtnisse nichts Neues. Anders bezüglich der betagten, wenn gemeint ist, daß die ante diem geschehene Veräußerung nichtig, nicht blos durch die die veniente schon durch l. 1 begründete in rem actio revocierbar sein solle (E. A. Seuffert); allein diese sofortige Nichtigkeit unterliegt so sehr der Wortlaut für sie spricht, gegenständetem Bedenken (Windscheid a. a. D. Anm. 19).

betroffen wird, widerrathen (§. 3) — was nur in Ansehung der Fideicommissen gegen das jus vetus geht³⁷⁾, dagegen seit Gleichstellung der Fideicommissen mit den Legaten (l. 2 eod.) und seit dem dinglichen Effecte aller Vermächtnisse des Nachlasses und aus dem Nachlass (l. 1 eod.) in keiner Beziehung dem jus novum widerstreitet³⁸⁾. Anhangsweise (§. 4) wird der Regress des Käufers, der die Sachlage kannte, auf den Kaufschilling eingeschränkt, dem Pfandgläubiger aber ununterchiedlich contraria pigneratia actio gegen den Verpfändner und Schuldner vorbehalten. Der Ausschluß der Erbszung (usucapio und longi t. praescriptio) ist für den Fall der Veräußerung und Verpfändung bedingt hinterlassener Vermächtnisse direct (§. 3a), für alle anderen Fälle konkudenterweise ausgesprochen³⁹⁾; ersterenfalls ist er als Folge der Rückgängigwerdung der Veräußerung oder Verpfändung hingestellt (ut nec etc.); anderenfalls rechtfertigt er sich dadurch, daß ein Gesetz, welches Veräußerungen und Verpfändungen für unmöglich erklärt, dieselben eventuell auch verboten haben will; in dem gesetzlichen Verbote der alienatio ist aber zugleich das der usucapio enthalten (Bd. 1 §. 134 Anm. 32).

5. Auf die Vermächtnisse ad pias causas ist für den Fall, daß der Onerirte es zur Klage kommen läßt, die alte Strenge der Damnationslegate (Litiscrescenz — poena dupli) übertragen worden⁴⁰⁾.

37) Vgl. zu Gaj. II, 200 die l. 69 §. 1 cf. l. 81 pr. D. leg. I. l. 11 §. 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 105 D. cond. 35, 1 l. 12 §. 2 D. f. b. 10, 2 u. dazu E. A. Seuffert a. a. D. S. 4 fg. §. 136.

38) womit E. A. Seuffert und Windischheid abgesehen vom Universalfideicommissen übereinstimmen.

39) §. 3b — nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo —

40) l. 46 §. 7 C. episc. et cler. I, 3 §. 7 J. obl. quasi ex contr. 2, 27. Rudorff, Zeitschr. f. g. R. Bd. 14 S. 416 S. 477 unten Arndts Forts. d. Glück'schen Comm. Bd. 46 S. 76 fgg. — auch immer noch Ausschluß der indebiti conditio: §. 7 J. eit. in fin. Von bloßer mora, die aber doch wohl schon mit dem Ablauf der 6 monatlichen Frist (ab insinuatione testamenti) plazgreift, handelt Nov. 131 c. 12. S. aber Marezoll, Zeitschr. f. Civlit. u. P. Bd. 5 S. 97 §. 7.

Recht und Sicherung des Onerirten.

§. 428a.

Als Recht des Onerirten in dem Sinne, als ob das Recht in der Onerirung seinen Grund hätte, mit diesem connex wäre, und also mehr oder weniger ein Aequivalent derselben bilde, ähnlich den Gegenforderungen ex eadem causa (Bd. 2 §. 224, 1 §. 288) lässt sich nicht bezeichnen 1) das Recht des Onerirten, welches demselben bei betagten und bedingten Vermächtnissen an der aus der Erbschaft wegvermachten Sache bis zum Erwerbe des Vermächtnisses (als Eigenthum, Eigenthumsfreiheit, Forderung) verbleibt (§. 427, A. 42. §. 417 A. 38); denn dieses Recht hat er als Erbe, Legator, überhaupt mortis causa capiens, nicht als Onerirter, vielmehr darum weil er noch nicht onerirt ist; — 2) nicht das Recht auf den Falcidischen Abzug, das er als ein von Rechtswegen nicht so weit onerirter Erbe hat (§. 420), darum auch nicht das Recht auf die Cautionen, welche er zur Sicherung seiner Quart hat (§. 417 zu Ann. 4 u. Ann. 14; §. 420 zu Ann. 7); — 3) nicht die Zurückforderung, welche ihm zusteht weil er nicht, oder nicht so weit onerirt war, als er geleistet hat¹⁾; — 4) nicht das interdictum quod legatorum, welches dem Erben trotzdem er onerirt ist gegen den Legator zur Besitzerlangung an den von diesem als Legator occupirten Sachen insoferne zusteht, als dieselben im Besitze des Legatars oder doch nur höchstlich von ihm aufgegeben sind²⁾.

Wohl dagegen hat 1. das Retentions- und Compensationsrecht, welches dem Onerirten gegen den Honorirten zum Gesetze seiner Auslagen auf die vermachte Sache zusteht³⁾, darin

1) §. 420 Ann. 13—16; 1. 60 D. leg. I. — nulla retentio facta . . . quasi plus debito solverit — überhaupt Bd. 2 §. 304 S. 543 mit der Ausnahme im Falle von §. 428, 5.

2) D. quod legatorum 43, 3 C eod. 8, 3. Die Einschränfung, welche dieses Interdict beim Praelegat erfährt, s. oben §. 423a Ann. 5 nro. 5.

3) S. darüber Bd. 2 §. 288 zu Ann. 17 u. 18, und aus Ann. 17 die Stellen bis 1. 1 §. 4 etc., dazu 1. 23 (22) §. 3 in f. D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 32 §. 5 D. usu et usfr. 33, 2 cf 1. 50 D. usufr. 7, 1 l. 54 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 19 l. 21 eod. 1. 72 D. ad 1. Falc. 35, 2 (m. Band. 1te Aufl. S. 947 unten u. fg.

daß er onerirt ist, seinen Grund⁴⁾; — 2. nicht minder das Retentionsrecht, welches dem Onerirten behufs Restitution einer seinem Grundstücke auf dem vermachten (fremden) Grundstücke zugestandenen und auf dem Wege zur Verschaffung confundirten Servitut zusteht⁵⁾; denn durch die Onerirung hat er verloren was er wiederbekommen soll.

Nichtigkeit, Untergang, Endigung.

§. 429.

I. Nichtig sind die Vermächtnisse

1. folgeweise, wegen Nichtigkeit des Testaments, in dem sie errichtet sind. Nur ausnahmsweise können in einem Testament errichtete Vermächtnisse trotz Nichtigkeit des Testamentes bestehen: vermöge der clausula codicillaris (§. 379), kraft der Novelle 115 c. 3 in f. c. 4 in f. wenn man Nullität als Folge ihrer Verlezung annimmt (§. 378 S. 107 fgg.)¹⁾; —

2. um ihrer selbst willen, bald vornherein, im Augenblicke der Errichtung, bald nachträglich. Die nachträgliche Nichtigkeit ist im Untergange (II.) begriffen. Anfängliche Nichtigkeit beruht in den Personen (§. 421. I. II; §. 414 Anm. 3—5), — in der Errichtung, und zwar im Mangel des erforderlichen Willens (§. 425 Anm. 1. 2. 4) oder in dem der Form (§. 424) — im Gegenstande des Vermächtnisses

4) denn die Unterlassung der Auslagen kann eine der schuldigen Diligenz sein: l. 30 §. 4 D. ad l. Falc. 35, 2 und überhaupt Bd. 2 Anm. 20 gegen E.

5) l. 18 D. serv. 8, 1 l. 116 § 4 D. leg. I. Durch aditio hereditatis (l. 18 cit.) ergab sich confusio, wenn der fundus serviens zwar hereditarius aber nur per damnationem (auf welche daß dari (mancipari) debet in l. 116 §. 4 cit. verweist, oder fideicommissariisch, oder zwar per vindicationem, aber ex die oder (sabinianisch) sub conditione vermacht und vor dem Tag oder dem Eintritt der Bedingung getreten war; denn per vind. pure vermacht kam er gar nicht in das Eigenthum des Erben, wenn der Legatar annahm, oder nicht ausstieg. Nach heutigem Rechte ist Confusio immer noch bei betagtem und bei bedingtem oder aber bei purem Vermächtnisse möglich, wenn das vermachte Grundstück ein fremdes ist, und dieses auf dem Wege zur Verschaffung zunächst in das Eigenthum des Onerirten kommt. Vgl. oben §. 427 zu Anm. 40—45 Bd. 1 §. 198 Anm. 11.

1) Das Edict si quis omissa causa testamenti etc. § unten II. 1.

(§. 414, 1. 2 u. §. 313 „Jure singulari etc.; §. 415, Ann. 2, 3²) — in verbietenden Gesetzen (SC. Libonianum: §. 370, 1 — SC. gegen kaptatorische Bedingungen §. 371, 3; §. 425, 5). — Antiquirt ist das Verbot der poenae nomine relictæ: §. 412 Ann. 3 und 1. unica de his quae poenae n̄e 6, 41 — sowie die Unstatthaftigkeit der B.W. post mortem heredis aut legatarii: §. 35 J. leg. 2, 20 l. 11 C. contr. stip. 8, 37 (38). Diese anfängliche Richtigkeit bemüht sich nach dem Zeitpunkt der Errichtung der Vermächtnisse: der Erblasser muß, wenn er ein gütiges Vermächtnis haben will, so vermachen, als ob er sofort mit Tod abginge; späteres Sterben hilft dem Vermächtnisse nichts mehr. Darauf geht der Sinn und die Fassung der regula Catoniana³⁾. Sie selbst ist kein Prinzip, sondern die Anwendung aus einem solchen⁴⁾. Auf bedingte Legate bezieht sie sich nicht⁵⁾, auch nicht auf solche, deren Tag erst

2) Vgl. hiezu aber nachträglich Kohler, über Schröders gesetzl. Veräußerungsverbot, M. Vierteljahrsschr. Bd. 19 S. 155.

3) 1. 1 pr. D. de regula Catoniana 34, 7 Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore deceperit testator inutile foret, id legatum quodcumque deceperit, non valere. Vgl. §. 414 Ann. 7 und die Anwendung im diesbezüglichen Texte. Die Regel stellt die Eventualität des sofortigen Sterbens, nicht die Zeit des Urtheils in den Vordergrund. (S. dagegen Windscheid §. 638 zu Ann. 12 und diese selbst. Hinwider Karlowa, Rechtsgeschäft S. 126).

4) aus dem Prinzip: „Aus nichts wird nichts“ — 1 29 D. r. j. 50, 17 Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Vgl. Windscheid a. a. D. zu Ann. 8. Uebersetzt auf Testamente: 1. 201 eod., — auf Vermächtnisse: 1. 41 §. 2 D. leg. P. — auf Stipulationen: 1. 26 D. stip. serv.

5) §. 414 Ann. 8. 1. 41 §. 2 D. leg. I. Ist sie an und für sich, ihrem Sinne oder ihrer Fassung nach (z. B. Mühlendorf, Forts. d. GI. Comm. Bd. 39 S. 141) nicht auf sie beziehbar? ist sie an und für sich auf sie beziehbar, aber von Cato selbst (wie man etwa wußte) nicht auf sie bezogen? oder aber, aus Uebersehen oder Verkenntnung dessen was bei bedingten Vermächtnissen gilt, zu allgemein gefaßt und darum nicht durchweg richtig, in Abneigung der conditionalia falsch? Letzterer Ansicht scheint Celsus gewesen zu sein (1. 1 §. 1 D. h. t. — in quibusdam falsa est), wobei er einräumt, daß man in dem von ihm gegebenen Beispiele eines bedingten B.W. mit Wohlhaberei die Regel aufrecht halten könnte: an cavillamus? . . non esse datum verius est, quam inutiliter datum (vgl. Karlowa a. a. D. S. 127 gegen Kretschmar, Praelegat, S. 211 A. 107). Jedenfalls wollte man die conditionalia legata nicht einzogen haben, und hatte man dafür einen natürlichen Grund (§. 414 Ann. 8 a. E. Vgl. Windscheid §. 638 Ann. 10 u. die dort Agff.).

nach Antritt der Erbschaft anbrechen kann⁶). Mit diesen Ausnahmen oder Einschränkungen will aber nicht gesagt sein, daß hier auf die Zeit der Errichtung nichts ankomme⁷), sondern nur daß auf sie nicht alles ankomme. Entscheidend bleibt sie für das Erforderniß der testamentisfactio und derjenigen Qualität des Vermächtnißgegenstandes, welche öffentlichen (über die pacta privatorum erhabenen) Rechtes ist (commercium rei); nur das Erforderniß der dem Privatrecht und seiner Willkür ausgesetzten Eigenschaften (wie das alienum esse) braucht, so lange das Vermächtniß selbst durch die Willkür des Erblassers ins Ungewisse verstellt, oder vom Rechte ausnahmsweise aufgeschoben ist, erst beim Eintritt der Bedingung oder dem späteren Tag des Vermächtnisses erfüllt zu sein⁸).

6) I. 3 D. h. t. — quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. S. dieselben §. 427 Anm. 6. 7.

7) worauf Arndts, rh. Museum, Bd. 5 S. 210 S. 216 und Pand. §. 550 hinauskommt, indem er das Erforderniß der testamentisfactio und des commercium rei außer und über die regula cat. stellt.

8) M. C. kann zwar der Mangel der tfactio u. des commercium rei nach der Errichtung nicht weniger, als irgend ein anderer Mangel „wegfallen“; aber mit der Folge der Compalescenz kann er nicht wegfallen, ob das Vermächtniß bedingt oder unbedingt sei; denn die tfactio ist für den Codicill wie für das Testament in deren Allgemeinheit, abgesehen von ihrem jeweiligen Inhalt erforderlich (§. 421 Anm. 2), und auch von der res extra commercium wird man sagen müssen, daß sie jeder Privatverfügung, also dem Testament und Codicill überhaupt entzogen sei (vgl. I. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1. Arndts, Rh. Mus. a. a. D. S. 215 — anders in beiden Richtungen Windscheid a. a. D. Anm. 6 u. 7). Auch die testamentisfactio des Erben und Legatars ist ein Ausbruch aus dem commercium juris civilis, ohne welches sich der Testator „mit“ dem Erben oder Legatar (arg. I. 6 §. 2 D. h. i. 28, 5 — media tempora non nocere — cf. I. 60 (59) §. 4 I. 51 (50) pr. eod. vgl. Karlowa S. 128) nicht in Verbindung setzen kann (vgl. Arndts, a. a. D. S. 211. Vangerow §. 540). Für die Meinung, daß die testamentisfactio des Legatars schlechthin nicht mehr sofort da zu sein brauche, findet sich, trotzdem sie die herrschende und von Windscheid (a. a. D. Anm. 6) vertreten ist, kaum ein Boden; eher möchte man für codicilliare Errichtung von Fideicommissen, und dann also jetzt (I. 2 §. 2 C. commu. de leg. et sc. 6, 43) für codicilliare Errichtung von Vermächtnissen überhaupt das Dasein der tfactio beim Tode des Erblassers zunächst für den Codicillanten, um so mehr für den Honorirten, für genügend erachten (I. 1 §. 1 §. 5 D. leg. III). Indessen kann (entgegen der allgemeineren Fassung von §. 421 Anm. 3) nicht verkannt werden, daß I. 1 §. 1 §. 5 eit. aus der Zeit vor der Solemnisierung der Codicile herührt, und also mit den formlosen Codicilen (§. 424 Anm. 6) ihren Boden verloren hat (Arndts, Rh. Mus. a. a. D. S. 248 fg.). Hiermit gebricht es auch der Behauptung, daß die

Die Catonianische Regel geht nur auf Vermächtnisse ⁹⁾), wiederum nicht als ob Erbeinsetzungen sich nach der Zeit der Errichtung nicht zu richten hätten, eher darum weil hier ein Zweifel an jenem Richtpunkt in keiner Richtung, namentlich nicht in der des Gegenstandes, aufkam. Um so auffälliger ist das placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere ¹⁰⁾.

II. Vom Untergang der Vermächtnisse kann man da reden, wo ein solches nicht schon im Momente seiner Errichtung nichts, und also so gut wie nicht geschrieben oder nicht angeordnet ist (pro non scripto), sondern erst nach seiner Errichtung, es sei nun noch vor dem Tode des Erblassers oder nach diesem hinfällig wird, und wo dieses Schicksal dem Vermächtniß als solchem zustieß, letzteres dort „in causa caduci“, hier „caducum“ war ¹¹⁾. Dieser Untergang ergibt sich wieder

1. folgeweise, dadurch daß das Testament in welchem sie errichtet sind, nachträglich nichtig (irritum, destitutum), aufgehoben, d. i. zerstört, widerrufen, rumpirt (§. 377 B. S. 99)

Regel nicht mehr gelte, an ihrer Hauptstüze (Arndts, a. a. D. Windisch a. a. D. Ann. 17). Indessen ist die Frage, daß tfaetio keinem Legatari mehr abgeht, (§. 421 Ann. 5) ohne praktischen Werth; die bloße Capacität aber braucht schon ihrem Begriffe nach nicht einmal schon beim Tode des Erblassers da zu sein (§. 396 l. 5 D. h. t. 34, 7: Regula Cat. ad novas leges non pertinet).

9) l. 3 eod. — non pertinet ad hereditates —

10) l. 4 eod. — als ob die puren institutiones unter die Regel fielen, und als ob die conditionales institutiones gleich den conditionalia legata doch auch einmal sich nicht nach der Zeit der Errichtung bemessen, während man wenigstens in Anziehung der testamentifactio das Gegenheil anzunehmen berechtigt ist (Mühlenbruch, Forts. d. Gl. Comm. Bd. 39 S. 128—144. Köppen, Syst. d. r. Erbf. § 5 Ann. 57 l. 201 D. r. j. 50, 17 l. 50 (49) §. 1 l. 60 (59) §. 4 D. h. i. 28, 1 §. 4 J. her. qual. 2, 19). So auffällig ist jenes Placet, daß A. Faber „conditionalia“ gestrichen, keine Geringeren dagegen als J. Gothofredus und Cujacius obige Folgerungen in der That gezogen haben (Mühlenbruch a. a. D. S. 138—140). Da nun aber alles andere dafür spricht, daß auf Erbeinsetzungen weder die Cat. Regel selbst, noch ihre Einschränkung (ad conditionalia non pertinere etc.) sich bezieht, so wird man mit Mühlenbruch S. 142 von eben diesem Satze aus auch die beiden aufeinanderfolgenden scheinbar sich widersprechenden l. 3 und l. 4 erläutern und das Placet der l. 4 dahin lassen müssen, daß so wenig als auf die unbedingten die Cat. Regel auf die bedingten Einsetzungen gehe.

11) l. unica §. 2 C. caduc. toll. 6, 51.

wird. Würde ein Testament durch Indignität der eingesetzten Erben hinfällig, so würden hiervon die Vermächtnisse nicht mitergriffen¹²⁾. Wird es dagegen aus irgend einem Grunde zu nichts, so fallen mit ihm, wenn nichts besonderes dazwischentreitt, folgerecht die Vermächtnisse zusammen; namentlich haben die Vermächtnisse, welche nichts als das sind, d. h. die Singularvermächtnisse, auch dagegen keine Hilfe, daß die onerirten Testamentserben das Testament preisgeben, und also den Intestaterben die Erbschaft überlassen¹³⁾. Etwas besonderes nun aber gilt

a) kraft des Edicteſ si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo pōſſideat hereditatem (D. 29, 4. C. 6, 39). Fügt man diesem Titel noch die Clause „sive dolo malo fecerit, quominus possideat, causa cognita judicium dabo“¹⁴⁾ bei, so sind die Voraussetzungen genannt unter denen legatorum actio gegen den Omittenten proponirt ist und auch heute noch besteht. Der Rognition vorbehalten (heute für den Erfolg der Klage maßgebend) ist die Frage, ob Omittent nicht den Willen des Erblassers für sich, oder sonst einen gerechten Grund zur Preisgebung des Testaments für sich habe¹⁵⁾. Reichhaltiger ist die Interpretatio¹⁶⁾.

12) I. 14 D. j. f. 49, 14 I. 16 §. 2 D. his quae ut indig. 34, 9 I. 60 §. 1 D. cond. 35, 1. Vgl. unten §. 431.

13) I. 17 D. si quis omissa causa test. 29, 4.

14) I. 1 §. 10 D. h. t. Lenel, ed. perp. §. 168.

15) I. 6 §. 3 eod.

16) Sie führt u. a. aus, daß Omittent nicht die ganze, nicht einmal partem hereditatis zu besitzen brauche: es genügt der Besitz auch nur unius hereditaria (I. 13 — I. 16 eod.), — daß nicht nur der Omittent selbst, sondern mit ihm pro parte derjenige utiliter belangbar sei, der unentgeltlich durch die Omision des Testamentes ab intestato Miterbe (I. 19 pr. cf. I. 18 pr. — I. 24 §. 1 eod.), oder der neben ihm entgeltlich oder unentgeltlich durch die Omision und in necem legatariorum Intestaterbe oder pro possessore possessor geworden ist (I. 2 — I. 4 §. 1 cf. I. 1 §. 11 §. 13 I. 10 §. 2 I. 11 eod.) — daß Omittent ab intestato (nicht etwa pro emtore, dote, donato), oder als Substitut, oder als Universalisidee-commisſar, oder legatorum servandorum, oder rei servandae causa) hereditatem besitzen müsse, hinwider nicht als wirklicher oder vermeintlicher Intestaterbe zu besitzen brauche, sondern auch pro possessore oder praedo (singens sibi aliquem titulum ab int. possessionis) sein könne, jedoch nur gegen Caution (evicta hereditate legata reddi) zu leisten brauche (I. 1 §. 9 I. 30 I. 1 §. 5 eod.) — daß Omittent selbst ohne zu besitzen

b) Auch durch die Codicillareclausel können Vermächtnisse von dem Untergang durch Untergang des Testamentes gerettet werden (§. 379, bes. Nr. 3) — wie denn auch

c) durch die Bestimmung der Nov. 115 c. 3 in f. c. 4 in f. die Vermächtnisse gegen die nachfolgende Umstözung des Testamentes geschützt sind; —

2. unmittelbar: aus den Personen¹⁷⁾, aus dem Gegenstand¹⁸⁾, aus anderweitem lucrativen Erwerb¹⁹⁾, aus dem Willen des Honorirten (§. 427 S. 414 fg.), des Erblassers selbst.

Was den Untergang des Vermächtnisses durch den Willen des Erblassers selbst anlangt, so heißtt er Zurücknahme des Vermächtnisses (ademptio legati)²⁰⁾, ist durch beliebigen

oder arglistig sich des Besitzes entschlagen zu haben, belangbar werde, precio accepto nämlich (l. 2 pr. l. 10 pr. in f.) diesfalls jeder in solidum (arg. l. 10 pr. in f. eod.), der Besitzer aber vor dem Nichtbesitzer haftet — besonders wenn er lucrativam (pro possessori) habet possessionem (l. 2 §. 1 eod.) — daß dem dolo malo desinens possidere gleichzustellen, wer um dem Edict zu entgehen, gar nicht zu besitzen anfängt (l. 1 §. 12 eod.) — daß Omision auch in der Richterfüllung einer Potestativbedingung liege (l. 1 §. 8 eod.) — daß nicht nur eingezogene Erben, sondern auch Legatatare die mit Fideicommissen beehwert sind, dem Edict unterliegen sollen (et hic egisset ut omittatur hereditas etc. l. 4 §. 2 eod.) — daß es hinwider für Singularvermächtnisse keine Rettung gibt, wenn der Erbe von der Erbhaft nichts will (l. 17 eod. Anm. 11).

17) 1) nach rein römischem Rechte dadurch daß der Codicillant die testamentaria factio verliert: vgl. §. 421 I. mit §. 368 a. E., mit §. 421 Anm. 3 aber hier oben Anm. 8 gegen E. Nach heutigem röm. R. kann nurmehr diejenige tfactio verloren gehen, die auf natürlicher Handlungsfähigkeit beruht (§. 368, 2 S. 55; allein der Verlust gerade dieser tf. schadet dem bereits errichteten Testamente, Codicille nichts (S. 56). Die auf rechtlicher Handlungsfähigkeit beruhende tf. (S. 48, 1) kann nicht mehr verloren, dagegen kann sie immer noch beschränkt sein, oder nachträglich beschränkt werden. Allein auch diese nachträgliche Beschränkung der tf. hebt das bereits errichtete Testament zumeist nicht, und in dem einzigen Falle, wo von Aufhebung die Rede sein kann (S. 49 Anm. 8), nicht schlechthin auf (§. 362 Anm. 1 §. 7–10); — 2) dadurch daß der Honorirte vor dem dies cedens stirbt: §. 427 Anm.; — 3) durch den Tod des Onerirten nur, insofern das B. entweder durch den Willen des Erblassers (vgl. S. 375 unten), oder durch die Natur des Gegenstandes auf die Person des Onerirten beschränkt ist (l. unic. §. 9c C. cad. toll. 6, 51).

18) durch einen Untergang, den der Onerirte nicht zu praestire braucht (§. 16 J. leg. 2, 20 l. 22 §. 2 D. leg. III. vgl. Bd. 2 §. 267 Anm. 20.

19) §. 6 J. leg. 2, 20 überhaupt Bd. 2 §. 292 (concursum causarum lucrativarum).

20) D. de admendis vel transferendis legatis et fideicommissis (34, 4). J. de ademptione legatorum (2, 21).

Willensausdruck²¹⁾, in oder außer dem Testamente oder Codicilli in welchem das Vermächtniß hinterlassen ist²²⁾, bedingt oder unbedingt²³⁾, und also auch über das Grab²⁴⁾, ja selbst über den Erwerb des Vermächtnisses hinaus²⁵⁾ möglich. Die bedingte Ademtio hebt jedoch unbedingt auf²⁶⁾, enthält aber anderseits ein unter der entgegengesetzten Bedingung hinterlassenes Vermächtniß²⁷⁾. Insoferne kann man sagen, die bedingte Ademtio mache das Vermächtniß zum bedingten²⁸⁾ und sei darum bereits Translation des einen Vermächtnisses in ein anderes²⁹⁾. Dasselbe gilt aber im Zweifel nicht auch von den anderen Ademtionen, welche zugleich Translation sind; in diesen muß die sofortige Aufhebung des bisherigen Vermächtnisses besonders gewollt sein, sonst ist es noch nicht zurückgenommen³⁰⁾,

21) direkt: in Worten (pr. J. h. t. — contrariis verbis veluti . . . „non do non lego“ l. 2 pr. l. 3 §. 7 D. h. t.), in Werken (l. 16 eod. Nihil interest inducatur quod scriptum est, an admatur); indirekt: aus konfundenen Worten, Anordnungen (l. 28 l. 13 „pessimus libertus“ in postrema scriptura l. 25 arg. l. 7 l. 23 l. 26 §. 1 l. 32 §. 1 D. b. t.) Werken (Beräuberung: l. 15 l. 18 l. 24 §. 1 eod. Verwandlung: l. 31 §. 1 eod.), in bloßen Thatjahren: capitales inimiciae: l. 3 §. ult. l. 22 eod. Translation: l. 5 eod. — quae res . . tacitam ademtionem continet.

22) im T. oder C.: pr. J. h. t. — in späterem Codicille: l. 3 §. 10 l. 30 pr. §. 3 D. h. t. — außer dem T. oder C.: l. 3 §. 11 eod. — nuda voluntate — arg. die capitales inimicitiae, ibid. — also urkundlos, wenn nur erweislich. — Doch s. hiezu Rivier, Traité élémentaire de successions, 1878 — la revocation non formelle donnait lieu à l'exception de dole (vgl. l. 3 §. ult. in f. D. h. t.).

23) bedingt: l. 14 pr. l. 10 pr. eod.

24) 3. B. l. 10 pr. eod.

25) 3. B. l. 3 §. 4 D. h. t. Vgl. l. 3 §. 1 eod. und oben §. 427 Anm. 20.

26) l. 10 pr. ctt. — quamvis conditio defecerit, non . . . pertinet —

27) l. 10 pr. l. 14 pr. ctt. — pure legatum, si sub conditione admatur, sub contraria conditione datum intelligitur l. 107 in f. D. cond. 35, 1. Zu dieser auffallenden Behandlung der bedingten ademtio ist die bedingte Novationsstipulation zu vergleichen, welche nach des S. Sulpicius Ansicht die alte Schuld sofort aufhob und wenn die Bedingung eintrat, eine neue schuf (Gaj. III, 179).

28) l. 6 pr. D. quando dies 36, 2 quod pure datum est si sub conditione admatur, quasi sub conditione legatum admatur — l. 9 eod. — mit Consequenz in l. 10 pr. D. h. t. und l. 68 §. 2 D. leg. I. — Si pendente conditione legatarius decesserit etc.

29) l. 6 pr. in f. D. h. t.

30) l. 7 D. h. t. — non plene recessum videtur a primo — bleibt

zwar durch die bedingte Translation selbst bedingt geworden, aber seine Bedingung tritt dadurch ein, daß das zweite (in der Translation enthaltene) Vermächtniß nicht zu Stande kommt³¹). Das Gegentheil bedingter Ademtio des unbedingten Vermächtnisses ist unbedingtes Vermächtniß des zuvor bedingt Vermachten; hier wie sonst gilt das letzte³²), vorausgesetzt nur, das Ein und Dasselbe bedingt und unbedingt vermacht sei³³). Dasselbe Resultat erreicht man durch Ademtio der Bedingung³⁴). Genauer ist die Ademtio hier Detraction³⁵), die neben der Correctur und Aenderung³⁶) herläuft³⁷), und nicht nur gegenüber von Bedingungen, sondern so weit als es die Natur der Dinge zuläßt, möglich ist³⁸). Schließlich kann auch die Zurücknahme zurückgenommen werden³⁹). Ueberhaupt ist das Recht der Ademtio, vielleicht mit der einzigen Ausnahme, daß man admiren, und daß man es in beliebiger Form kann, nichts als Willensauslegung: schon in dem bisherigen und

also aufrecht — außer si hoc animo fuerit testator, ut omnimodo recessum a primo putaverit — cf. I. 33 l. 34 pr. D. leg. I.

31) während wenn die bedingte Ademtio blos Uebertragung des unbedingten B.'s in ein bedingtes ist, das zweite (unter contraria conditio gegebene) B. zu Stande kommen muß, damit der Legatar das ansänglich Gegebene bekomme. Arg. I. 8 D. h. t. (wo sofortige Aufhebung gewollt war — cf. I. 7 in f. eod.). Dieser Unterschied zwischen der bedingten Ademtio und der bedingten Translation wird nicht beseitigt durch I. 89 D. cond. 35, 1, wo in Einem Athemzug pure und bedingt gegeben wird. Auch I. 3 §. 8 D. h. t. geht auf eine andere Frage.

32) I. 88 D. cond. 35, 1. Quod traditum est in legatis novissimum, in libertatibus levissimum conditionem spectandam esse. cf. I. 89 eod. wo auch der Fall der gleichzeitig bedingten und unbedingten Anordnung behandelt.

33) vgl. I. 33 l. 34 pr. D. leg. I.

34) Denn auch die Ademtio dessen was nicht gegeben, sondern blos adscriptum ist, ist möglich geworden: I. 3 §. 9 D. h. t.

35) I. 32 pr. eod. Detrahere legatis vel adjicere si nihil praeter pecuniam numeratam legatum sit, promptum est —

36) I. 17 eod.

37) 3. B. I. 2 pr. §. 1 §. 2 I. 11 I. 12 eod.

38) I. 14 §. 1 eod. Quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem causis etiam ademtio inefficax habetur, veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte liberum esse vetes. I. 1 eod.

39) I. 4 eod. — ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. I. 15 eod.

auch weiterhin⁴⁰⁾). Im Zweifel gilt der Wille für nicht verändert⁴¹⁾.

Die Translation ist möglicherweise, nicht nothwendig Ademption⁴²⁾; so wenig jede Ademption eine Translation, so wenig ist jede Translation eine Ademption; wenn sie zugleich Ademption, aber bedingt ist, im Zweifel nicht sofortige Ademption (Ann. 30). Zum Dasein einer Translation genügt es, daß der Gegenstand aus dem alten Vermächtniß in das neue übertragen werde⁴³⁾. Um eben deswillen ist die bedingte Ademption eines unbedingten Vermächtnisses (in welcher mit sofortiger Aufhebung des alten Vermächtnisses ein neues unter entgegen gesetzter Bedingung zusammentrifft) bereits Translation⁴⁴⁾. Es gibt noch dreierlei andere Translationen: zweie a persona in personam (je vom Onerirten, oder Honorirten auf eine andere Person) oder a re in rem —⁴⁵⁾.

Eine nicht auf dem Willen des Erblassers, sondern dem des Gesetzes beruhende Translation der Vermächtnisse steht im

40) I. 3 §. 1 §. 8 I. 24 pr. I. 31 §. 3 eod.

41) I. 22 D. prob. 22, 3. Eum qui mutatam voluntatem dicit probare hoc debere. Hiermit stimmt auch die aus der allgemeineren Regel in I. 73 §. 3 D. r. j. 50, 17 cf. I. 2 D. his quae pro non scr. 34, 8 abgeleitete Interpretationsregel Si non appareat cui datum sit, di cemus neutri legatum, in ihrer Anwendung auf die ademtio: Si duobus Titis separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit, utriquai legatum debetur — (I. 3 §. 7 eod.); daß in I. 10 (11) pr. D. reb. dub. 34, 5 ademtio in utrumque valet, ist keine Auslajung der Regel, sondern eine Folge entweder der Thatjache, daß hier Sempronio (vielleicht also jedem der so heißt, wie zuvor vielleicht jeden die zusammen zuerst aufs Capitol gekommen — ein Monument errichtet — am meisten Jahre haben), dort u n i (entschieden also nicht Allen) genommen ist (meine Pand. Ita Aufl. S. 961), — oder des Umstandes, daß dort separatim, hier nicht separatim vermacht ist (Hujckfe, Zeitschr. f. Civilr. u. P. R. F. IV S. 288 in Verwerthung der Averranius Götzler'schen Ansicht). Andere suchen „die berühmte Antinomie“ durch Emendationen zu beseitigen, für deren eine namentlich Bangerow § 541 Ann. streitet Vgl. auch Mommsen zu I. 10 pr. not. 2. Windischeid § 640 Ann. 12. Rivier a. a. O. Ann. 1.

42) sie kann bedingt und der vorherige Untergang des zu transferirenden B.'s ihre Bedingung sein: I. 3 §. 1—§. 3 I. 10 §. 1 D. h. t.

43) Vgl. auch dazu die Novation, wenn sie, wie Bd 2 §. 282 Ann. 8, Identität des Gegenstandes in der neuen wie alten Schuld fordert.

44) I. 6 pr. D. h. t. — quod pure datum est, transfertur sub conditione —

45) I. 6 pr. eit.

Geleite der Erection wegen Indignität (Ann. 11), sowie der Accrescenz, welche keine Decrescenz ist (§. 427 S. 417), wogegen der Uebergang der dem Ersthonorirten namentlich auferlegten Vermächtnisse auf Substituten auf den Willen des Erblässers (repetitio) zurückgeführt ist (§. 419, 2. b. §. 390 Anno. 4).

III. Eine Endigung des Vermächtnisses ist überall da gegeben, wo der Honorirte blos auf Zeit bekommt, es sei das Ende nun in der Natur des empfangenen Rechtes⁴⁶⁾, oder in einem Endtermin (§. 425 Anm. 26) oder in der Auflage der Weiterbegebung (Restitution) gelegen (§. 412, Ann. 3. §. 423 S. 80). Wegen der Resolutivbedingung, s. §. 425 Anm. 26 a. E.).

II. Das Universalvermächtniß.

• §. 430.

D. ad SC. Trebellianum 36, 1 C. eod. 6, 49 J. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23.

Gegenstand eines Vermächtnisses kann auch die Erbschaft selbst, oder ein aliquoter Theil derselben sein (§. 413 Ann. 10), indem der Erbe zur sofortigen oder seinerzeitigen¹⁾ Weiterbegebung (Restitution) seiner Erbschaft oder Erbschaftsportion, oder eines aliquoten Theiles seiner Erbschaft oder Erbschaftsportion²⁾ aufgefordert werden kann. Allein Vermächtnisse mit diesem Gegenstand sind dem Rechte des Vermächtnisses entwachsen³⁾. Sie haben die Natur des Vermächtnisses außer Einem Punkte in allen anderen behalten; sie können nicht nur

46) z. B. Personalservituten (§. 413 Ann. 2). Alimente und Leibrenten gehören trotz ihrer Ähnlichkeit mit den Personalservituten nicht hierher, weil hier so viele Vermächtnisse als Alimente oder Renten vorliegen, und mit dem Ableben nicht das einzelne Vermächtniß, sondern nur deren Ansatz sein Ende erreicht.

1) l. 57 (55) §. 2 D. h. t.

2) l. 16 §. 4 l. 17 (16) §. 4 l. 27 §. 8 eod.

3) „erst neuere Partikulargesetzgebungen haben das von Justinian Verfaßte nachgeholt, und das Univsc. völlig für eine Erbeinsetzung erklärt“ Baron, §. 454. Vgl. dazu Pfaff und Hofmann in Ann. 5 zu Arndts, P. §. 587, und deren Excuse zum Comm. d. öst. bg. Ob. II. S. 133.

in Testamenten, sondern auch in Codicillen und als Orafsideicommissum errichtet⁴⁾ und in derselben Weise wie Singularvermächtnisse zurückgenommen⁵⁾ werden, setzen grundsätzlich eine Universalsuccession⁶⁾ voraus, und stehen zweifach unter dem Falcidiischen Gesetze: einmal indem sie dem Abzug der Quart (s. g. Trebelliana) unterliegen, wenn der Fiduciar Erbe ist, — nicht unterliegen, wenn er zugleich selbst (der mit einem Afters Universalfideicommissum beschwerte) Universalfideicommissar ist⁷⁾; in beiden Fällen ist der Universalfideicommissar als bloßer Vermächtnisznehmer festgehalten⁸⁾; nicht minder darin, daß der Pegasianische (seit §. 7 J. h. t. Trebellianische) Zwang, troß-

4) was vom Orafsideicommissum (§. 12 J. h. t.) gilt umso mehr von jeder anderen Errichtung —

5) I. 3 §. 1 D. adim. 34, 4.

6) wo nicht die durch den onerirten Erben (heres oder bonorum possessor: I. 1 §. 7 l. 41 (40) §. 1 in f. eod. — pater dominusve: ibid.) selbst, so die durch dessen Transmissar, Creptor (l. 3 §. ult. D. h. t.), die in bona vacantia: I. 114 §. 2 D. leg. I. und publicata: I. 3 §. ult. D. h. t.

7) §. 416 Anm. 6; daselbst §. 333 §. 5—8, §. 419 Anm. 1, insb. l. 47 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2. Nunquam legatarius, vel fideicommissarius licet ex Treb. sc. restituitur ei hereditas, utitur legis F. beneficio. Dazu l. 1 §. 19 l. 65 (63) §. 11 in f. l. 57 (§. 5) §. 2 D. h. t. — totum restituere cogetur; quartam enim F. iure fcommissarius retinere non potuit l. 1 §. 17 eod. — non amplius ducentis . . . quamvis F. casset — §. 18 in f. eod. Hiermit nicht in Widerprüfung, daß der U.-Fideicommissar bei erzwungener Restitution den „cetera legata“ d. i. den dem heres nebstdem auferlegten Singularvermächtnissen gegenüber dessen Quart hat: aliud est enim ex persona heredis conveniri, aliud proprio nomine precibus defuncti adstringi (l. 57 (55) §. 2 l. 65 (63) §. 11 l. 2 l. 3 pr. eod.). Folgerichtig hinwider muß der U.-Fideissar totum mit Inbegriff der ihm in Folge des Antrittzwanges verbliebenen Quart restituiren: l. 57 (55) §. 2 cit. — In die dem Fiduciar zustehende Quart sind die von denselben judicio testantis, nicht negligentia petentis, bezogenen Früchte einzurechnen l. 23 (22) §. 2 D. h. t.

8) Hierin lag auch der Grund, daß das SC. Pegasianum (welches die §. Quart gegen die Fideicommissa erstreckte) überall da wo gegen ein U.-Fideicommissum nach Maßgabe derselben ein Abzug begründet war, als Reaction gegen das SC. Trebellianum behandelt, der U.-Fideissar wieder als bloßer Vermächtnisznehmer behandelt wurde (Gaj. II, 254—256 §. 6 J. h. t. arg. l. 57 (55) §. 2 D. h. t. — et erit in hac quoque restituzione Trebelliano locus: quartam enim Falcidiaj iure fideicommissarius retinere non potuit —), bis endlich Justinian diese Consequenz verwarf, ununterschiedlich das SC. Trebellianum in Kraft setzte, und zum Überfluß selbst den Pegasianischen Zwang auf das Trebellianum zurückführte (§. 7 §. 8 J. h. t. vgl. De confirm. Dig. §. 6, Theoph. ad h. l. der die (noch nicht vorgefundene) Constitution erwähnt.

dem er den Universalfideicommissaren jeden Grades zusteht, nicht auch gegen dieselben, sondern nur gegen den Erben gerichtet ist⁹⁾. Allein dem Erfolge nach sind sie aus einer Forderung auf Herausgabe des Nachlasses oder Nachlaßtheiles zu einer Universal succession in diesen geworden; und wenn diese gleich nur mittelbar, grundsätzlich nach dem Erben und an Stelle desselben platztgreift, und insoweit wie das bloße Vermächtniß vom Erben abhängt, so ist diese Abhängigkeit durch Einführung des Antrittzwanges (Anm. 8) doch thatsächlich zur Selbständigkeit und das Universalvermächtniß zu einer der Erbsfolge ebenbürtigen Universalsuccession geworden¹⁰⁾. Durch das SC. Trebellianum buchstäblich im Verhältniß des heres zum Universalfideicommissar eingeführt ist diese Universalsuccession durch Interpretatio einerseits auf bonorum possessores und alle anderen den heres vertretende Successoren (Anm. 6), anderseits auf fernere Universalfideicommissare¹¹⁾ erstreckt, durch Aufhebung der Vermächtnißformen (§. 426, 3) aber endlich auch an die Stelle der alten partitio legata (legatum hereditatis)¹²⁾ gesetzt worden¹³⁾; erst ein Placet war auch nothwendig, um den Fall, da der Erblasser nicht „seine“, sondern eine fremde, aber von ihm erworbene Erbschaft vermachte, den Senatusconculken zu unterwerfen¹⁴⁾; das Fideieommiss

9) arg. I. 57 (55) §. 2 in f. D. h. t. — Quod si prior recusavit, placuit ut recta via secundus possit postulare, ut heres adeat et sibi restituat.

10) I. 46 (44) §. 1 — quodammodo in partem hereditatis senatus recipi voluit fideicommissarium et haberi heredis loco —

11) I. 1 §. 8 D. I. 7 §. 1 C. h. t. Vgl. unten Anm. 47.

12) Gaj. II, 254. Ulp. XXIV, 25.

13) vgl. Rivier, Traité élémentaire de successions en droit Romain, §. 83 a. E. Gewöhnlich lehrt man das Gegentheil, nicht als ob durch irgend einen Terminus, sondern daß durch den besonderen Willen des Erblassers dieses alte Legat in's Leben gerufen werden könne: Arndts, P. §. 580 Anm. 2 Wangerow §. 556 Anm. a. E. Windscheid §. 662 Anm. 1 a. E. Baron §. 454 a. E. Allein warum findet sich im Bereiche des Universalfideicommisses kein Beleg für das Recht der Autonomie gegen das Trebellianum (I. 17 (16) pr. — 4 D. h. t. kann man mit Zug dafür nicht ausgeben)? Daß die durch die Digesten zerstreuten Posten der partitio legata (I. 23 (22) D. h. t. I. 23 I. 26 §. 2 I. 104 §. 7 I. 108 §. ult. I. 9 D. leg. II) nicht entscheidend seien, darüber s. Wangerow u. Windscheid selbst.

14) I. 17 (16) §. 5 D. h. t. Zu dem quamvis placeat . . . non transeant actiones in §. 6 eod. s. Wangerow §. 558 Anm. 1. I. 1.

einer fremden, vom Erben zu erwerbenden Erbschaft blieb den Senatusconsulten für immer entzogen¹⁵⁾, daß von sonstigen Complexen und Einzelsachen desgleichen¹⁶⁾, außer insoweit als in denselben Erbeinsetzung (certarum rerum heredis institutio) besteht¹⁷⁾.

Diese Universalsuccession ist keine reine Erbfolge: der Erbe bleibt trotz Restitution der Erbschaft Erbe, der U.-Fideicommissar wird nur sein Statthalter (loco heredis — quasi heres)¹⁸⁾. Der Erbe bleibt Erbe nicht etwa blos dadurch, daß er vornherein um Restitution eines bloßen Theiles seiner Erbschaft angegangen sein kann (Ann. 2), oder nachträglich durch das Gesetz (der lex Falcidia) oder vermöge leßtwilliger Anordnung (deductio) einen Theil oder ein Stück seiner Erbschaft (§. 417 Ann. 17 u. 18) behält, oder dadurch daß jura sepulcrorum bei ihm verbleiben¹⁹⁾; ipso jure bleibt er auch Inhaber der in die Universalsuccession kommenden Actionen, Rechte und Schuldigkeiten²⁰⁾; der Fideicommissar bekommt, insoweit die Restitution nicht Traditionen und Delegationen (die Universalsuccession nicht Singularsuccessionen) zur Folge hat, activ und passiv nur utiles actiones²¹⁾. So ist diese Succession keine reine Erbfolge; eine wahre Universalsuccession ist sie dennoch. Diese utiles actiones ergeben an sich nicht weniger als die directae actiones; das ipsum jus hereditatis aber wird, insoweit es sich in Klagen (des Erben oder gegen den Erben) offenbart, durch eine (theils dem Erben, theils gegen den Erben) gewährte exceptio (Sc. Trebelliani) lahmgelegt²²⁾, oder

15) I. 28 (27) §. 8 — §. 10 cf. I. 18 (17) pr. — §. 2 eod.

16) I. 17 (16) §. 2 cf. §. 3 eod.

17) I. 17 (16) §. 6 eod. und dazu §. 372 S. 76 „die zweite Alternative w.“ bis S. 79, bezüglich des test. militare insb. S. 78 fg.

18) I. 46 (44) D. h. t. — Senatus . . . voluit fcommissarium . . haberi heredis loco — I. 46 (44) §. 1 eod.; §. 4 in f. J. h. t. Gaj. II. 253.

19) I. 43 (42) §. 1 I. 57 (55) §. 3 D. h. t.

20) Gaj. II 25 cf. §. 3 §. 4 J. h. t.

21) Gaj. II. 253 §. 4 J. h. t., insonderheit auch hereditatis petitio (fideicommissaria): D. 5, 6 (§. 400 Ann. 10), familiae herc. judicium: I. 28 (27) §. 11 D. h. t. §. 407 Ann. 11.

22) I. 1 §. 4 I. 28 (27) §. 7 D. h. t.

doch nur unter besonderen dringenden Umständen und billigerweise nicht ohne Sicherstellung gegen den Erben gewährt²³⁾; der Fideicommissar ist es, der jetzt „alles verfolgt“ und in allem verfolgt wird²⁴⁾; insonderheit auch im Betreffe der dem Erben auferlegten und die restitutirte Erbschaft oder Erbschaftsportion treffenden Singularvermächtnisse²⁵⁾; das ipsum jus, welches Accrescenz ausfallender Erb-Portionen an den ipso jure bei seiner Portion verharrenden heres fiduciarius mit sich bringen müßte, erfolgt thatächlich an den Fideicommissar als den effectiven Inhaber der Portion, an

23) Hieher gehören nicht die Klagen, welche vor der Restitution gegen den Erben erhoben werden und auf Rechnung der zu restituirenden hereditas gehen — (l. 28 (27) §. 7 in f. D. h. t. — cum hoc minus ex causa fei sit restituturus), wohl aber diejenigen welche weil Gefahr auf Verzug ist (l. 51 (49) pr. eod. ne per absentiam forte fessarii dies actionis exeat) plakgreifen. §. 1 eod. enthält einen ähnlichen, aber keinen Fideicommissfall). Wie aber verschafft sich der Erbe hier Deckung? das necessarium est actionem dari (l. 28 (27) §. 11 D. h. t.) dürfte sowohl für wie gegen den Fiduciar zu gelten haben.

24) l. 37 (36) D. h. t. — omnia persequitur (is eni restituta est hereditas) — auch im Betreff der im Sc. nicht genannten honorariae actiones und naturales obligationes — l. 41 (40) cf. l. 49 (47) eod

25) l. 2 D. h. t. — quia praesumptum est, voluisse testatorem cum onere legatorum fc. restitui — l. 2 C. eod. Diese sind sowohl von denjenigen Vermächtnissen die dem Fideicommissar eigens auferlegt werden, und gegen welche ihm keine Quart zusteht (Ann. 7), als von denjenigen unterschieden, welche dem Erben in Betreff eines anderen als des zur Restitution gelangenden Erbschaftsteiles auferlegt sind. Dagegen sind sie dieselben, welche zum Theile auch dem Erben aufliegen, wenn ihm von seiner mit Singularvermächtnissen beschwerten Erbschaft oder Erbschaftsportion nur einen aliquoten Theil zu restituiren auferlegt ist (Ann. 2); hier steht die Quart auch dem Fideicissar (ex persona hereditis — Ann. 7), und zwar gemeinschaftlich mit dem Erben, pro rata, wenn der Erbe freiwillig antritt, (l. 1 §. 20 D. l. 2 C. h. t. — pro.competenti portione —), oder aber allein zu, wenn derselbe gezwungen antritt (vgl. §. 417 Ann. 13 und l. 2 l. 3 D. h. t.) — beides Fälle, in denen sich die Falcedische Rechnung dadurch weiter complicirt, daß ein Abzug zu Gunsten des Erben nicht nur gegen die Singularvermächtnisse, sondern auch gegen das II. Fdeß in Frage kommen kann (l. 1 §. 20 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.), und in denen die Quellen selbst die Rechnung verschieden ansetzen — (vgl. l. 2 mit l. 3 pr. eit. und die eingehende Erörterung Wangerow's §. 559). Sind dem Erben entgegen dem II.-Fdeß Stücke der Erbschaft durch Deductio vorbehalten, so geht die ganze Vermächtniſlast auf den Fideicommissar über (§. 417 Ann. 28 §. 6 fgg. und dazu l. 1 §. 17 §. 21 D. h. t.); dafür darf der Fiduciar aber auch vom Fideicissar nichts mehr quarthalber zurück behalten (etiamsi in praeceptione minus quam quarta pars esset —): l. 31 (30) §. 4 D. h. t. und dazu Dr. O. Brandt, krit. Erörterung des fr. 31 (30) §. 4 D. ad SC. Treb. Kassel, 1879.

welche anwächst (§. 391 Anm. 18). Also zieht das Universalfideicommiss seit dem Trebellianum keine bloße solutio, sondern eine (per universitatem) successio²⁶⁾, — keine bloße auch auf dem Wege von Singularsuccessionen (Traditionen und Cessio-nen) mögliche „Translation der Rechte und Früchte“²⁷⁾, son-dern zugleich und in Einem einen Uebergang aller Erbschaftsforderungen und Schulden (translatio actionum) nach sich²⁸⁾.

Diese Universalsuccession erfolgt grundsätzlich durch Resti-tution, d. i. durch eine einseitige, formell ungebundene²⁹⁾ Er-klärung von Seite des Fiduciars an den Fideicommissar³⁰⁾, die vermachte Erbschaft oder Erbschaftsportion anmit ausgefolgt haben zu wollen³¹⁾. Dingliches Recht (in rem und hypothe-carias actiones) in Ansehung der einzelnen im Universalfidei-commis begriffenen Sachen erwirbt der Fideicommissar seit l. 1, spätestens seit l. 2 C. comm. de leg. et sc. 6, 43 ohne Resti-tution in dem Augenblick da der Tag des Fideicommisses gekom-men ist (§. 428 A. 36. §. 426 A. 6)³²⁾; ein anderes als diese Einzel-

26) l. 39 (38) D. h. t.

27) verba Sc.: l. 1 §. 2 D. h. t.

28) l. 1 §. 8 l. 10 l. 36 (35) D. l. 7 §. 3 C. h. t. Die Restitu-tion, durch welche die translatio actionum vermittelt wird, ist keine Cession sondern eine einseitige, seit dem Treb. den einheitlichen Uebergang aller Nach-lasßbestandtheile vermittelnde Willenserklärung.

29) also re ipsa (si passus est . . possidere . . hac mente) wie wörtlich (si verbo dixit se restituere) durch Brief und Boten mög-liche — (l. 38 (37) pr. l. 13 pr. D. h. t.)

30) von Seite des Fiduciars: nicht blos durch den Fiduciär selbst, sondern auch durch Stellvertreter: si alius jussu meo re-stituit, vel ratam habui restitucionem (l. 38 pr. eod.), durch Tuto-ren und Curatoren (l. 36 (35) eod. l. 7 §. 1a C. h. t.) Väter (u. Herren) l. 1 §. 10 D. eod.; — an den Fideicommissar: an den Pupillen nur tut. auctoritate wenn er infantia major und nicht abwesend ist (l. 11 §. 2 l. 38 (37) §. 2 D. l. 7 pr. C. h. t.), an freie Stellvertreter (l. 11 §. 2 l. 41 (40) §. 2 l. 43 (41) D. h. t.), an Tuto-ren und Curatoren (l. 40 (39) eod. l. 7 pr. §. 1 C. l. 1 §. 14 D. h. t.), an decretmäßige Volksmachtträger von Corporationen u. l. 1 §. 15 eod. l. 27 (26) l. 28 (27) pr. eod.

31) l. 38 cit.

32) Dingliches Recht hat er vor der l. 1 oder l. 2 C. cit. nicht ohne Restitution, aber durch Restitution m. E. schon vor dem SC. erworben: §. 400 Anm. 1 a. E. Dazu die Stellen, in denen translatio actionum — doch wohl nur der actiones hereditariae — (Anm. 28), nicht daß in bonis esse, daß noch vor erlangtem Besitz facta restitutione an allen

berechtigung ist die Universalsuccession, deren Bewirkung durch die Rogation des Erblassers in die Pflicht und die Macht des fiduciariischen Erben gelegt und ordentlicherweise nur mittelst jener Willenserklärung möglich ist; dieser hat durch die Rogation Vollmacht erhalten, seinen Statthalter zu creiren³³⁾. — Die Restitution entnimmt ihre Kraft der Rogation, hat dieselbe folgerecht denn auch nur insoferne sie der Rogation entspricht³⁴⁾; nöthigensfalls muß die Rogation für sich allein genügen, erfolgt die Universalsuccession ohne Restitution, ja selbst ohne Erbschaftsantritt. Im Allgemeinen ist dieses wegen Vorabsterbens oder Contumaz des Fiduciars, oder in Folge von successivem Universalfideicomisse der Fall³⁵⁾.

res erfolgt, als Effect der trebellianischen Restitution hingestellt wird. (l. 65 (63) pr. D. h. t.).

33) I. 2 D. h. t. — hoc rogatus ut de sno loco constitutus —

34) z. B. nicht, wenn sie vor der gesetzten Frist, oder vor Eintritt der gesetzten Bedingung erfolgt: I. 10 cf. I. 9 §. 3 D. h. t.

35) wegen Vorabsterbens, wenn der Fiduciarius vor dem Testator, ohne daß es dieser erfahren, gestorben ist, oder wenn der Testator seinen Tod erfahren hat, das Testament aber ein Soldatentestament ist (war): (l. 13 §. ult. I. 14 D. test. mil. 29, 1) — oder wenn er vor der Restitution „ohne einen Successor“ gestorben ist (l. 7 §. 1 C. h. t.). Arndts, P. §. 587 zu not. o. Seuffert, pract. Pdr. §. 645 zu Anm. 3. Tewes, Synt. d. r. Erbr. §. 123 V. 3. Vering S. 791 zu Anm. 6 denken in diesem letzteren Falle unter dem „ohne einen Successor“ einen Transmissar, während Andere, wie z. B. E. A. Seuffert, das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Sing. u. Univ. v. S. 52. Windscheid §. 666 zu Anm. 9. Baron §. 4. 6, 2 von „unbeerbtm Tode“ sprechen. M. E. ist an den Transmissar nicht zu denken, deswegen weil es sich von selbst versteht, daß wenn eine Transmission der hereditas vorliegt, Restitution noch möglich, das ipso jure transferri actiones bis auf weiteres ausgeschlossen ist; l. 7 §. 1 selbst spricht einleitend von „nullo herede vel successore existente“ wo unter „successore“ nur die alii successores (Erreptoren &c.) gemeint sein können. Aber auch an diese Erben und andere Universalsuccessionen ist nur zu denken, wenn der heres fiduciarius bereits getreten und nur die Restitution nicht erlebt hat. Erben des vor der Nutretung gestorbenen Fiduciars, welche nicht zugleich Transmissare sind, können nicht antreten, das ipso jure transferri nicht ausschließen. — Die Contumaz ist als contumacia sowohl non restituentis (vgl. Bd. 1 §. 170 zu Anm. 10) als non adeuntis, m. E. aber in beiden Fällen nicht ohne Contumacialalernennniß zu denken (vgl. E. A. Seuffert a. a. O. S. 53), während Anderen (z. B. Arndts §. 587 Anm. 1. Seuffert pr. P. §. 645 Anm. 4. Windscheid a. a. O. zu Anm. 9 u. u. diese Anm. selbst) die bloße Weigerung oder dolose Abwesenheit (l. 7 pr. C. h. t.) genügt. Warum dann aber ein gerichtliches Zwangsverfahren (l. 4 — l. 6 pr. I. 2 l. 12 D. §. 6 J. h. t. und dazu Ubbelohde, Arch. f. civ. P. Bd. 61 S. 74 VII. Windscheid §. 664 zu Anm. 7) überhaupt noch nothwendig? —

In dem Falle, wo wegen Vorabsterbens vor dem Testator (still schweigend auch in dem wo wegen Vorabsterbens vor dem Erbschaftsantritt und wegen unbeerbtens Vorabsterbens vor der Restitution) die Universalsuccession ohne weiteres eintritt, wird das Universal fideicommis noch im klassischen Rechte zur Erbeinsetzung (Bulgar substitution) gestempelt³⁶⁾, während das Contumacialerkenntniß die Antretung vielmehr ersetzt als übergeht³⁷⁾. Gleichmäßig wird auch in Fällen wo das Contumacialerkenntniß wegen Nichtrestitution ergeht, die Restitution vielmehr ersetzt als umgangen. So sind der Erbschaftsantritt und die Restitution ganz überwiegend Mittel und Weg zur fideicommissarischen Universalsuccession, und darum der Antrittszwang wo nur immer möglich statthaft und nothwendig geblieben.

Der Erbschafts-Antrittszwang ist überall statthaft, wo die Erbschaft deferirt ist; wo sie noch nicht deferirt ist, nur unter gleichzeitiger Bewirkung der Delation³⁸⁾; dagegen, trotzdem deferirt ist, nicht überall ohne weiteres statthaft³⁹⁾. Hinwiderum

Der Fall des successiven Universal fideicommis (von Arndts u. Seuffert a. a. O. übergangen) ist in I. 7 §. 1 an letzter Stelle festgestellt, in I. 1 §. 8 D. h. t. dagegen nur erst soweit entschieden, daß das Trebellianum auch beim Alsterfideicommissar zutreffe. Warum nun aber hier schließlich Umgangnahme von der Restitution? hatte der Fideicommissar nicht dieselbe Restitutionsvollmacht wie der erste Fiduciar?

36) I. 13 §. ult. D. test. milit. 29. 1 — perinde habendum est ac si eidem . . hereditas directo data esset — I 14 eod. In paganorum testamentis idem indulgendum . . non sine distinctione —

37) vgl. Ubbelohde, a. a. O. S. 75 „— sehr wohl möglich, daß Kraft des iussus praetoris die Antretung ohne weiteres als geschehen galt —“ wie im heutigen Contumacialerkenntniß: Der selbe S. 76 zu Ann. 5 u. die hieselbst Citt.

38) Daß „et salutis et dignitatis ratio habenda erit“ (I. 7 D. h. t.) dürfte keine Denegation, sondern wie ringsum (I. 6 §. ult. I. 8 l. 9 pr. eod.) bloß eine Modification des Zwanges bedeuten; daß während der einen Art von Bedingungen nicht, während der anderen nur auf Antritt unter Erfüllung oder gegen Erlaß der Bedingung geklagt werden kann (Ann. 43, 44), ist kein Beweis, daß irgendeinmal der Antrittszwang cessirt: denn daß er pendente conditione institutionis nicht schlechthin stattfinde, liegt im Begriffe der hereditatis aditio, die vor der Delation der Erbschaft unmöglich ist (S. 187 Ann. 1). (S. dagegen Windscheid §. 664 zu Ann. 3).

39) Dem Beklagten stehen dilatorische Einreden zu behufs voraufgehender Deckung von Auslagen und Verlusten, die durch den Antritt veranlaßt oder bewirkt werden (I. 7 l. 11 pr. l. 28 (27) §. 15 l. 37 (36)

ist er statthaft schon vor dem dies veniens des Fideicommisses⁴⁰), sogar vor dem dies cedens, insoweit bei bedingtem Fideicommiss noch während der Bedingtheit auf den Antritt geklagt werden kann⁴¹), nicht nur gegen den onerirten Erben und seine Transmissare, sondern auch gegen diejenigen, welche in Folge von Indignität, Vacanz, oder in Gestalt der Confiscation die Erbschaft an sich ziehen (Anm. 6), gegen Erben, Transmissäre, und persönliche Creptoren nicht wenn es ihnen an testamenti factio, wohl dagegen wenn es ihnen blos an Capacität fehlen sollte⁴²), bei bedingter Erbeinsetzung sofort, wenn die Bedingung für nicht geschrieben zu erachten⁴³) oder zu erlassen ist⁴⁴), oder deren Erfüllung dem Fiduciar vom

I. 46 (44) pr. D. h. t.), namentlich auch durch Confusio (I. 61 (59) pr. I. 46 cit.), — zur Hintanhaltung des Zwanges insolange die Bedingung der Erbeinsetzung nicht eingetreten oder, wo dies zulässig oder nöthig, nicht durch den Postulanten erfüllt ist (s. unten zu Anm. 45, insb. I. 32 (31) §. 2 I. 65 (63) §. 8 D. h. t.). Die Erklärung, daß die Erbschaft „suspect“, wo nicht insolvent sei, ist vielmehr Grundlage für den Zwang als Einwand gegen denselben (I. 4 — I. 6 pr. I. 31 (30) pr. I. 9 §. 1 D. h. t. — suspectum coactus adiit —). Das Desliberationsrecht hält nicht den Zwang, sondern nur die Restitution auf und wahrt dem Gezwungenen das Recht u. die Rechte des freiwilligen Antritts: I. 73 (71) I. 31 (30) pr. I. 9 §. 1 eod. Auch der Einwand, daß bereits ausgefchlagen, das Fideicommiss nichtig, streitig oder zweifelhaft, der Fideicommissar zugleich Substitut sei, wird nicht oder nicht ohne weiteres gehört (I. 15 pr.; I. 13 §. 1 §. 2 §. 3; I. 6 §. 5 eod.); nur gegen den Zwangsverkauf kommt unser Zwang regelmäßig nicht auf: I. 15 §. 2 eod.

40) arg. I. 6 §. ult.: I. 11 §. 2 D. h. t. — cum nubilem aetatem complesset — I. 17 (16) §. 7 eod. arg. a contr. I. 32 (31) §. 1 eod.

41) was nach I. 13 pr. D. h. t. im allgemeinen, nach I. 32 (31) pr. eod. behuß Erlangung der zugleich vermachten libertas möglich, dagegen nach I. 12 eod. beim Dasein von Miterben, und nach I. 32 (31) §. 1 eod. in dem Falle da der Fiduciar Erbe des Vaters, zugleich Pupillarsubstitut des (exherediten) Pupillen und dieser noch am Leben ist, nicht möglich ist. Die Bedingung in I. 57 (55) §. 3 eod. wird als Bedingung der Erbeinsetzung zu denken sein (Anm. 46).

42) I. 17 (16) §. 15 D. h. t.

43) I. §. 371 Anm. 23. 24.

44) I. 65 (63) §. 9 cf. §. 7 D. h. t. spricht nicht von denen, welche pro non scripto (s. dagegen Vangerow §. 558 Anm. 1. I. 3), sondern nur von solchen, welche remittirbar sind. Allerdings besteht anderseits „kein Zweifel“, daß „turpes conditiones remittenda sunt“ (I. 20 D. cond. 35, 1), während die turpes doch alle contra bonos mores und also pro non scripto zu sein scheinen (I. 14 D. cond. inst. 28, 7), wogegen hinwider I. 65 (63) §. 7 D. h. t. dieselben den „schwer erfüllbaren“ zur Seite stellt und dem vermutlichen Texte nach (nec remitti — oder remitti a praetore iniquum — vgl. Vangerow a. a. D.) nicht als pro

Fideicommissar angeboten werden darf und angeboten wird⁴⁵⁾, oder wenn die Bedingung protestativ und von der Art ist, daß es angeht, die Erfüllung der Bedingung in den Antrittzwang miteinzubeziehen, und allenfalls durch den Fideicommissar geschehen zu lassen⁴⁶⁾, — er greift platz zu Gunsten und auf Verlangen nicht bloß des ersten, sondern auch der ferneren Fideicommissare, ja hier wesentlich zu Gunsten des ferneren Fideicommissars, bei dem die Erbschaft bleiben soll, so daß hier der erste Fideicommissar nicht ohne den letzteren⁴⁷⁾, dieser dagegen wenn der erste nicht will, allein und direct gegen den Erben ic. klagen kann⁴⁸⁾ — und endlich mit dem Erfolg, daß dem Gezwungenen der Antritt weder frommt⁴⁹⁾ noch

non scripto, wohl dagegen als solche behandelt, die allenfalls „remitirt“ werden könnten. Nach all dem dürfte es Bedingungen geben, welche nicht ohne Cognition als verwerfliche (pro non scripto) erachtet, wohl aber defretmäßig als solche erklärt u. damit remittirt werden können — wie denn gerade die Annahme des gewissen Namens nicht pro non scripto, aber remitbar ist: I. 65 §. 10 cf. I. 7 in f. eod.

45) wie die Bedingung, daß dem Fiduciar etwas gegeben werde: I. 32 (31) §. 2 I. 65 (63) §. 8 D. h. t.

46) I. 32 (31) §. 2 cit. Auf eine der Einschaltung gesetzte Protestativbedingung geht allem Anschein nach auch die in I. 57 (55) D. h. t. — si post impletam conditionem —

47) eine nicht von der Glossa, wohl aber von den Neueren so viel zu sehen übergangene Bestimmung der I. 57 (55) §. 2 D. h. t. — non esse priore tantum desiderante cogendum institutum adire; pecunia, libertas, quantitas, die dem ersten Fiduciar verbleiben, reichen zum Zwang nicht aus (I. cit. in f.).

48) I. 57 (55) §. 2 in f. cit.

49) § 7 J. h. t. I. 4 I. 28 (27) §. 2 D. h. t. — nullum commodum consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset — I. 57 (55) §. 3 eod. — adeo Senatus nihil apud eum ex ea parte quam derelinquit voluit relinquere, ut nec Falacidiam exercere possit. nec praeceptio apud eum relinquatur, nec substitutio (pupillaris): . . eidem daretur. Unter praeceptio ist die deductio gemeint (I. 28 (27) §. 14 D. h. t.); Praeceptio legate sind ihm nur so weit versagt als er sie von sich selbst hat (I. 19 (18) eod.); die pupillarische Erbschaft muß er regelrecht nur dann herausgeben, wenn er sie ohne die väterliche nicht haben sollte (I. 28 §. 2 I. 55 §. 3 in f. vgl. Ann. 41). Universalfideicommissa (die ihm selbst successive, zu Lasten seines Fideicommissars, vermacht sind) versagt ihm die Interpretatio, wenigstens für den Fall, daß der Zwang nicht noch während der Bedingung (m. E. der Einschaltung — Ann. 45, 46) erfolgt (I. 57 (55) §. 3 D. h. t.). Im Verhältnisse der Einschränkung wo nicht des Widerspruchs steht I. 28 (27) §. 1 zu §. 2 eod., insoferne der Erwerb, welchen der gezwungenen Antretende nach dem Antritt und vor der (unverzögerten) Restitution mittelst eines servus hereditarius von außen macht,

schadet⁵⁰), der Fideicommissar dagegen über das ihm Zugedachte und bei freiwilligem Antritt Zukommende hinaus bekommen kann⁵¹).

Die Sicherung des U.-Fideicommissars ist die des Vermächtnisznehmers (§. 428); einem weiteren Universalfideicommissar gegenüber nimmt er die Stellung des Erben ein⁵²). Eine Sicherung, welche sich nicht erst aus besonderer Cautionspflicht und der Einführung besonderen dinglichen Schutzes und schließlich Veräußerungsverbote ergab, liegt in der gemeinen Haftung des Fiduciars, welche sich wiederum nach der des Vermächtnisträgers richtet, jedoch für den Fall, daß der Fiduciär alles

demselben verbleiben soll. Die für den freiwilligen Antritt geltende Regel der l. 23 (22) §. 2 D. h. t. hieher zu beziehen (Windscheid §. 668 Anm. 9) geht eben so wenig an, als was l. 28 §. 1 vom Erwerb durch den servus h. und von außen sagt, auf den Gewinn aus der Erbschaft überhaupt zu erstrecken (wie z. B. Bangerow §. 558 Anm. 1 II. 3, b. u. Windscheid a. a. D.). Selbst das war Nachgiebigkeit, daß man den Gezwungenen behalten ließ, was er conditionis implendae gratia zu bekommen hatte (l. 44 §. 5 cf. § 4 D. cond. 35, 1 u. dazu die conditio dandi in Anm. 44). Der Gezwungene erwirbt nicht um zu haben, sondern um sofort zu restituiren Früchte die er judicio defuncti haben kann gibt es nicht.

50) l. 28 (27) §. 15 eod. — nam sicut explendae fidei gratia cogendum est adire hereditatem, ita ob id ipsum damno affici non debet — l. 12 l. 17 (16) §. 15 eod. Daher jene dilatorischen Einreden behufs vorausgehender Schadloshaltung (Anm. 39), — Wiederherstellung der durch den Antritt confundirten Rechte des Fiduciars (arg. l. 73 §. 1 D. h. t. cf. l. 57 pr. l. 61 (59) pr. D. h. t.). Nicht hier gehört l. 60 (58) pr. eod., wo der hereditarius debitor unmöglich der Erblasser war, und die Confusio nicht durch den das onus fideicommissi involvirenden Erbschaftsantritt erfolgte; — f. dagegen Windscheid §. 665 Anm. 4a), — Schutz gegen die Gefahr, daß der Fideicommissar noch vor der Restitution stirbt, oder nachträglich nicht restituirt haben will und die insolvente Erbschaft an dem gezwungenen Erben hängen bleibe (l. 11 §. 2 — l. 13 pr. l. 46 (44) pr. eod. l. 1 §. 6 D. separat. 42, 6); l. 69 (67) pr. D. h. t.), — Entlastung auch von dem durch den Antritt unwillkürlich miterworbenen, in das Fideicommiss oder das Zwangsgesuch nicht fallenden Erbschaftsteil (l. 17 (16) §. 4 §. 8 §. 10 cf. §. 9 l. 29 (28) pr. §. 1 eod.).

51) Frucht und Gewinn aus der Erbschaft, welche sonst dem Fiduciär zufielen, mit der (antiquirten) Modification in l. 28 §. 1 cit. Anm. 50 a. C. — Erbschaftsportionen und Erbschaftsbestandtheile, welche sonst dem Erben infolge der Einführung auf verschiedene Portionen (S. 411) oder der Einschränkung des Fideicommisses auf einen Theil der Erbportion oder der ex asse zu erwerbenden Erbschaft durch Vorbehalt (Deductio), Praelegat, Pupillarsubstitution (Anm. 49) verbliebe.

52) l. 4 D. ut legat. seu fc. 36, 3.

hinausgeben soll, einen Nachlaß erfuhr (§. 426 Bd. 2 §. 267 S. 257). Veräußerungen können aber trotz des gesetzlichen Veräußerungsgebotes geboten sein, vermöge der Haftung⁵³⁾; entschuldigt, durch Unkenntniß des Fideicommisses⁵⁴⁾; erlaubt, durch gesetzliche Ausnahmen⁵⁵⁾, durch Zustimmung der Interessenten⁵⁶⁾, durch den Erblasser, mittelst einer kürzeren oder längeren Restitutionsfrist, in welcher präsumtiv die Gestattung des naturalen und civilen Fruchtgenusses, somit auch der Fruchtveräußerung für den Fiduciar enthalten ist⁵⁷⁾, mittelst specieller Verfügung⁵⁸⁾, oder der Bestimmung, daß der Erbe nur was bei seinem Tode noch übrig ist, zu restituiren habe. Gegen Anordnungen letzterer Art ist der Fideicommissar jedoch schließlich, von gewissen nothgedrungenen Veräußerungsfällen abgesehen, bis zum Betrage einer Quart in Schuß genommen⁵⁹⁾.

III. Die noch übrigen Universalsuccessionen.

§. 431.

Noch übrig sind nurmehr solche Universalsuccessionen, welche gleich der Erbfolge in den Nachlaß eines Verstorbenen stattfinden¹⁾.

53) I. 23 (22) §. 3 D. h. t.

54) d. B. I. 89 §. 7 D. leg. II, jedoch gegen Erstattung des Kaufschillings.

55) Nov. 39, c. 1 cf. I. 23 (§. 22) §. 4 D. h. t. (dos, donatio p. n.).

56) I. 11 C fe. 6, 42.

57) I. 23 (22) §. 2 I. 19 (18) pr. — §. 2 I. 60 (58) §. 2 §. 5 I. 28 (27) §. 1 §. 16 I. 46 (44) §. 1 D. h. t. cf. I. 16 C. fideic. 6, 42 I. 33 (32) I. 80 (78) §. 12 D. h. t. Zu der Frage inwieweit dem Fiduciar Zinse etc. die noch in seine Zeit gefallen sind, erhebt werden müssen, s. Roßhirt, L. v. d. BB. II S. 177.

58) vgl. E. A. Seuffert, gesetzl. Veräußerungsverbot ec. S. 121 fg.

59) Nov. 108 c. 1 vgl. I. 25 §. 16 D. h. t. 5, 3 I. 74 D. h. t. I. 70 §. 3 I. 71 D. leg. I. Franke, exeg. dogm. Comm. zu D. 5, 3 S. 299 — 302.

1) Noch in römischer Zeit veraltet oder aufgehoben sind die Universalsuccessionen des bonorum emtor, des Arrogators und des Herren aus dem SC. Claudianum (J. de succ. sublatis quae fiebant per bonorum venditionem et ex SC. Claudiano 3, 12. C. de SC. Claudiano 7, 24; §. 2 J. de acquisitione per arrogationem 3, 10 (Bd. 1 S. 162, III). Dagegen besteht die Confiscation als eine bald als Folge einer Capitalstrafe, bald als Folge des Verbrechens selbst sich ergebende Succession des

Als solche sind die wegen Indignität des Erben und die in bona vacantia zu nennen²⁾.

1. Die Indignität des Erben (§. 368 S. 52 fg. §. 396) zieht eine Universalsuccession des Fiskus, oder derer die dem Fiskus in einigen Fällen vorgezogen oder ausgeschlossen werden (§. 396 S. 200 fg. II. V.) dergestalt nach sich, daß die dem Indignus zu versagende³⁾ Erbschaft (*bona erepticia*) dem Creptor an desselben Statt (*heredis loco*)⁴⁾, also in einer der Succession des Universalfideicommissars ähnlichen Weise (§. 430 Anm. 18) zufällt. Diese Succession kann stattfinden, ohne daß der Erbe antritt, oder trotzdem er angetreten, aber seiner anfänglichen Unwürdigkeit halber blos ipso jure Erbe geworden ist (S. 52), oder nachdem er angetreten und zu vollem Rechte Erbe geworden ist, sich aber nachträglich der Erbschaft unwürdig gemacht hat (§. 396 Anm. 3. 16. 26—30). Derart von selbst, daß der Creptor auch ohne Creption, schon mit dem bloßen Dasein der Indignität Successor wäre, tritt dieselbe nicht ein; wohl aber hat er sein Creptionsrecht, gleich einer *hereditas delata*⁵⁾, mit dem bloßen Dasein der Indigni-

Fiskus in das Vermögen von Verbrechern im Justinianischen Rechte noch aufrecht. Sie erweist sich als Universalsuccession durch den Übergang der in Gemäßheit der ordnungsmäßigen Inventarerrichtung auf den Aktivstand der Massen beschränkten Haftungen (I. 2 C. ad leg. Jul. de vi priv. 9, 12 l. 1 §. 4 D. quando de pec. 15, 2 arg. l. 8 §. 1 D. qui test. 28, 1; l. 7 C. bon. proscr. 9, 49 cf. l. 3 l. 5 C. bon vac. 10, 19 cf. l. 8 §. 1 D. qui test. 28, 1) und die Zuständigkeit einer Universalstafte (z. B. l. 4 C. bon. proscr. 9, 49 — bona vindicantur — l. 20 D. accus. 48, 2) (vgl. Marezzoli, bürg. Ehre, §. 40 S. 68 gegen Blume, Rhein. Mif IV S. 222), cessirt nach Nov. 134 c. 13 bei Capitalstrafen zu Gunsten der Decedenten und Ascendenten, und nach heutigem Reichsstrafrecht überhaupt (i. schon Wächter, Arch. f. civ. Bd. 17 S. 429 Anm. 19 S. 430 Anm. 20).

2) Das Recht der *quarta D. Pii* und das der armen Witwe wären, wenn Universalsuccessionen, wegen der *utilis familiae herciscundae* u. der *utilis Faviana* u. *Calvisiana* Quasi erbfolgen; überwiegend aber sind sie Forderungen an die Erben (§. 385. §. 407 zu Anm. 12). Vgl. hierzu auch die antiquirte Quart der Curialen §. 383 Anm. 3.

3) §. 368 Anm. 27.

4) arg. l. 1 pr. D. si quis aliquem 29, 6 l. 29 D. j. f. 49, 14 l. 8 C. h. t. 6, 35; — l. 20 §. 6 §. 7 D. her. p. 5, 3 cf. l. 1 C. h. t. l. 43 D. j. f. 49, 14. §. 343 Anm. 34.

5) l. 9 §. 2 D. h. t. — ex qua causa statim fisco defertur —

tät von selbst: einer Restitution (durch den Indignus) bedarf es hier nicht; und jedes Wort und jede Handlung⁶⁾, welche seinen Willen, vom Ablationsrechte Gebrauch zu machen, zum Ausdruck bringt, muß, als Quasi-Aditio oder Quasiproherede gestio, die Succession herbeiführen⁷⁾. — Dem Erben bleibt, wenngleich er die Erbschaft fürzere oder längere Zeit zu vollem Rechte besessen, von der Erbschaft nichts; vielmehr kann er über diese hinaus verlieren müssen (§. 368 Anm. 29—31). Der Erreptor übernimmt sie mit ihren Lasten⁸⁾, insonderheit auch mit der der Vermächtnisse, hinwider auch mit dem Rechte des falcidischen Abzugs⁹⁾, sowie mit der Cautionspflicht gegenüber den Vermachtinnehmern (vgl. §. 368 Anm. 34, §. 429 S. 419, 1). Gegen Übererhöhung der Erbschaft dürfen wir nur den Fiskus (der übrigens in diesen und ähnlichen Fällen vorschriftsmäßig inventariert)¹⁰⁾ ohne weiteres als geschützt denken (vgl. Anm. 1).

2. Auf den erblosen Nachlaß (bona vacantia) ist zumeist der Fiskus berechtigt. Ein Zweifel daran, daß auch diese Berechtigung auf Universalsuccession geht, ist nicht begründet¹¹⁾, wenngleich es nicht ausdrücklich gesagt scheint, daß der Fiskus auch hier „heredis loco“ sei. Von selbst ist auch hier

6) nicht nothwendig erst die bonorum vindicatio (utilis hereditatis petitio); auch Besitzergreifung, Anstellung von Einzelfragen u. s. f.

7) vgl. Nov. 1 c. 1 §. 1 §. 4 Instructionen (forma) an die Fiskalbeamten in Betreff dieser „Incorporationen“ l. 3 l. 5 C. bon. vacant. 10, 10.

8) l. 16 §. 2 D. h. t. l. 60 §. 1 D. cond. 35, 1 l. 14 D. j. f. 49, 14 — mit ihren Schulden wohl ebenso und aus demselben Grunde beschränkt wie der confiszierende Fiskus (Anm. 1).

9) l. 3 §. ult. D. ad SC. Treb. 36, 1. Mayer, d. Q. v. Erbr. §. 140.

10) s. die Anm. 1 „auf den Aktivstand der Majae“ citt. II.

11) S. die hereditatis petitio utilis in l. 20 §. 6 §. 7 D. h. p. 5, 3, die actiones hereditarias utiles arg. l. 13 §. ult. eod. Bangerow §. 564 Anm. IV; insonderheit utiles actiones der Erbschaftsgläubiger gegen den Fiskus: l. 2 C. ad leg. Jul. de vi publ. 9, 12 l. 11 D. j. f. 49, 14 cf l. 2 §. 1 D. de fundo dot. 26, 7 l. 3 C. h. t. 10, 10 l. 1 C. her. vend. 4, 39. Wer die Erbschaft dem Fiskus abläuft, wird als Universalsuccessor behandelt: l. 13 §. 9 D. her. pet. 5, 3, l. 41 D. j. f. 49, 14 l. 1 C. her. vend. 4, 39. Gegen Blume's Occupationstheorie a. a. Q. 214—222 s. Bangerow a. a. D. Arndts P. §. 608, Anm. 1.

nur das Recht der Vindication, nicht die Succession da¹²⁾. Die Haftung für die Schulden geht auch hier nicht über den Bestand der Erbschaft¹³⁾, die für Vermächtnisse krafft besonderer Satzung¹⁴⁾ ohne Rücksicht darauf ob die Erbschaft oder der Erbe damit belastet war, mithin auch da wo ein Substitut frei wäre (S. 357 fg.), auf ihn über; Universalfideicommissare können auch ihn zur Amtretung zwingen (§. 430 Anm. 6); hinwider hat er auch das Recht der falcidischen (und s. g. trebellianischen) Quart¹⁵⁾.

Wie mit dem Fiskus verhält es sich mit den Körporationen und Genossenschaften, welchen die Vindication der ledigen Erbschaft eines Genossen vor dem Fiskus zusteht¹⁶⁾, sowie mit der Kirche des Orts und dem Kloster, welchen der erblose Nachlaß eines ihnen angehörigen Klerikers zufällt¹⁷⁾.

12) wiewohl man, wenigstens nach dem Worte der lex Julia eaducaria, schwanken konnte (I. 1 §. 1 D. j. f. 49, 14 Ulp. 28, 7, l. 96 §. 1 D. leg. I. — „ad fiscum pertinent“ A. Schmidt, de successione fisci in bona vacantia ex J. R. Jena 1836 p. 52 l. 3 l. 5 C. h. t. 10, 10; nach heutigem Rechte wird vorgängige Edictalladung verlangt (Glück, Intestaterbf. §. 148).

13) l. 1 §. 1 l. 11 D. j. f. 49, 14 — was jedoch auch hier wohl nur darin seinen Grund hat, daß der Fiskus ordnungsmäßig inventariert (l. 3 l. 5 C. h. t. 10, 10) und wenn er die Masse insolvent befindet, den Gläubigern abtritt (l. 8 §. 1 D. qui test. 28, 1). Anders Windisch ebd. §. 622 Anm. 3 u. die dort Agff., wieder anders Birkmeier, über das Vermögen im jur. Sinne: S. 97, 99, S. 140 fgg. S. 239 S. 255.

14) l. 96 §. 1 D. leg. I. l. 14 D. j. f. 49, 14. Eigens an ihn gerichtete Vermächtnisse s. l. 114 §. 2 D. leg. I.

15) l. 3 §. ult. D. ad SC. Treb. 36, 1 vgl. §. 430 Anm. 6.

16) C. de hereditatibus decurionum, naveliculariorum, cohortalium, militum et fabricensium 6, 62. Die älteren Praktiker zeigen vielmehr Neigung, deren Recht auf alle Körporationen auszudehnen, als es zu antizipieren: Brunemann Comm. in C. h. t. Glück, Intestaterbf. §. 145; „das Successionsrecht der Kirche findet auch bei evangelischen Geistlichen statt“ (Glück, a. a. d. nach J. H. Boehmer, jus eccl. Prot. T. II lib. 3 tit. 27 §. 17). Der Fall si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit, betrifft nur die pars liberalitatis, nicht den Nachlaß überhaupt (Glück, a. a. d. §. 146. Roßhirt, Einf. in d. Erbr. §. 31 S. 229).

17) Nov. 131 c. 13 in fin. l. 20 C. episc. 1, 3. Auth. ad h. l. c. 7. C. XII qu. 5.

