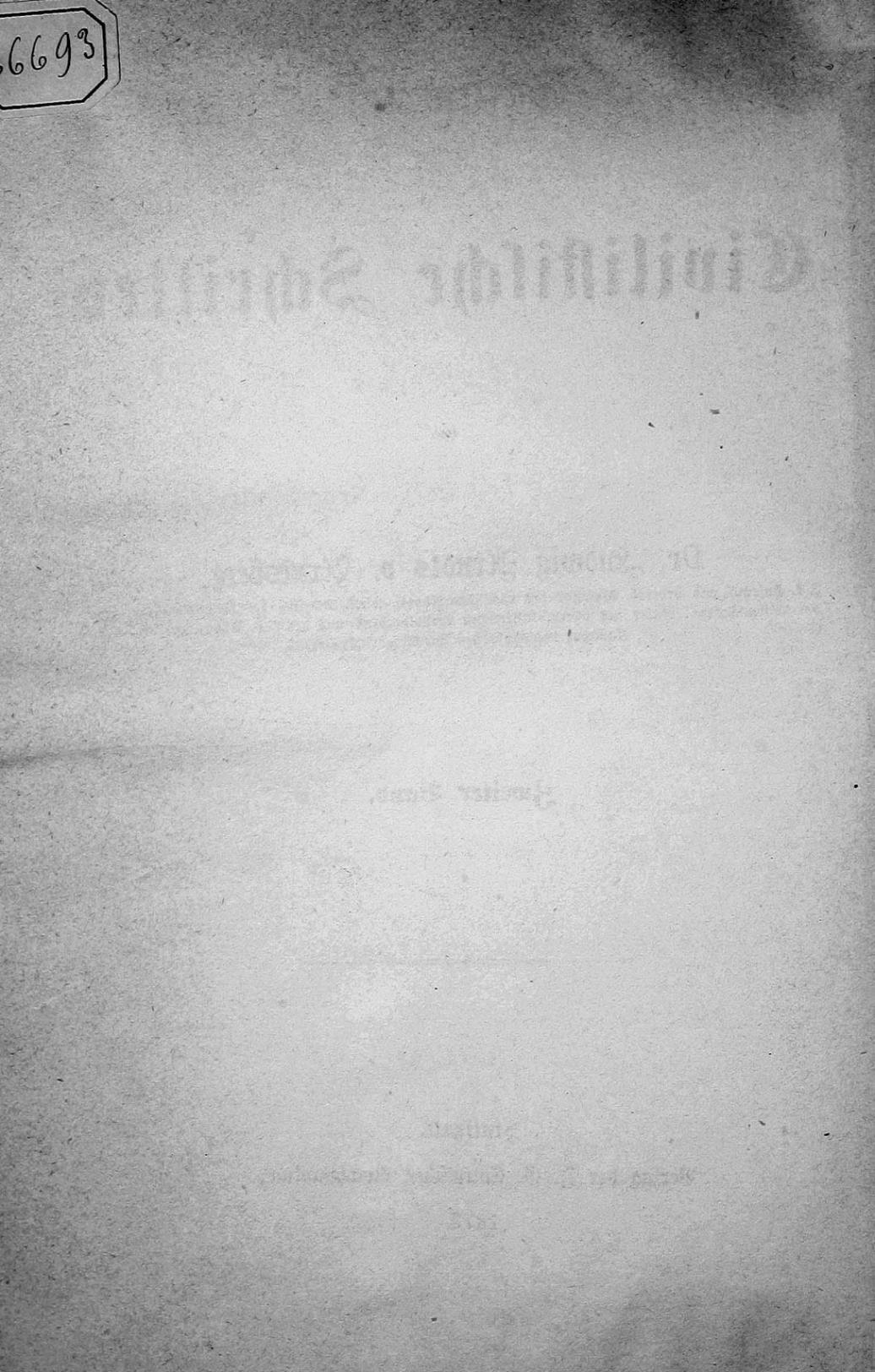


6693



[Faint, ghosted title text, likely mirrored from the reverse side of the page]

[Faint, ghosted text, likely mirrored from the reverse side of the page]

[Faint, ghosted text, likely mirrored from the reverse side of the page]

[Faint, ghosted text, likely mirrored from the reverse side of the page]

[Faint, ghosted text, likely mirrored from the reverse side of the page]

[Faint, ghosted text, likely mirrored from the reverse side of the page]

Gesammelte

Civilistische Schriften

von

Dr. Ludwig Arndts v. Arnesberg,

I. f. Hofrath und ordentl. Professor des römischen Rechts, wirkl. Mitglied der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, Ritter des österr.-kaiserlichen Leopoldordens und des k. b. Michaelordens I. Cl., Comthur des päpstlichen St. Gregorius-Ordens.

Zweiter Band.



Stuttgart.

Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

1873.

Erste Abtheilung.

Zum Pandektenrecht

mit Bezugnahme auf des Verfassers Lehrbuch der Pandekten.

II.

Nr. 34—56. zu Buch 5. des Lehrbuchs (Erbrecht).

Wahrheit

Die Kunst der Kunst

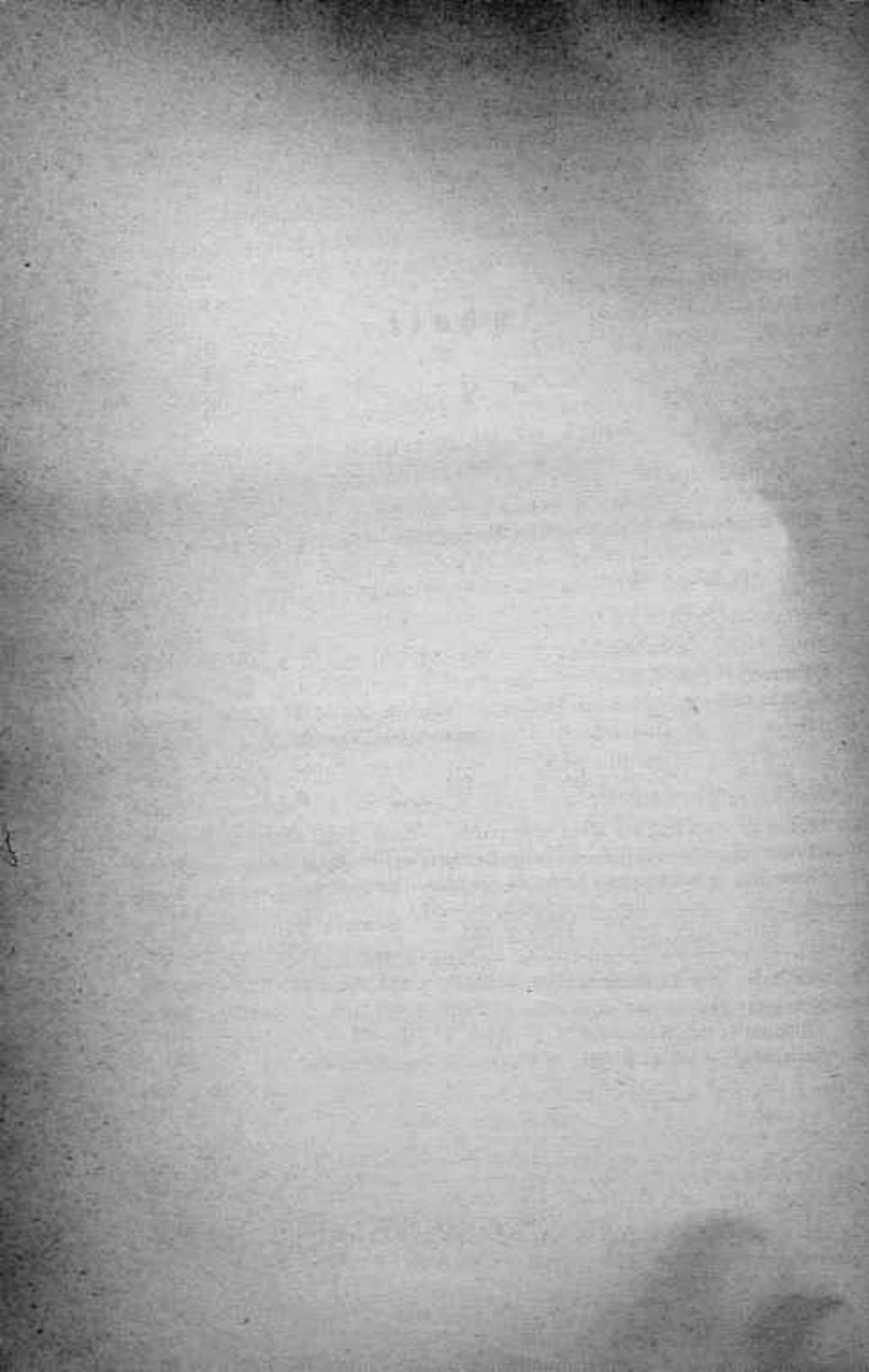
Die Kunst der Kunst ist die Kunst, die Kunst zu sein zu lassen.

11

Die Kunst der Kunst ist die Kunst, die Kunst zu sein zu lassen.

I n h a l t.

	Seite
34. Die Erbschaft. — Lehrb. §. 464. 465. 506—511. §. 519—526. 540. . . .	1
35. Erbe. Heres. — Lehrb. §. 464. Anm. 3.	28
36. Intestaterbfolge. — Lehrb. §. 473—482.	31
37. Erbeinsetzung. — Lehrb. §. 491—495.	65
38. Ueber alternative Bedingungen der Erbeinsetzung. — Lehrb. §. 495. Anm. 3. §. 496. Anm. 3.	98
39. Negative Potestativbedingung der einzigen Erbeinsetzung? — Lehrb. §. 495. Anm. 4.	151
40. Substitution. — Lehrb. §. 496—499.	166
41. Zur Lehre von den Erbverträgen. — Lehrb. §. 501. Anm. 5. vgl. §. 470. Anm. 3.	186
42. Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft. — Lehrb. §. 506—511	216
43. Ueber gesetzliche Deliberationsfrist. — Lehrb. §. 509. Anm. 2.	222
44. Collationsverbindlichkeit. — Lehrb. §. 528—530.	234
45. Hereditatis petitio. — Lehrb. §. 531—534.	278
46. Interdictum quorum bonorum. — Lehrb. §. 535.	310
47. Wesen und Umfang der hereditatis petitio. — Lehrb. §. 531. Anm. 1. 2. . . .	315
48. Gerichtsstand der belegenen Sache in Beziehung auf die Erbschaftsklage	381
49. Veräußerung der Erbschaft durch den Fiscus. — Lehrb. §. 540.	389
50. Von den Vermächtnissen. — Lehrb. §. 541—579.	418
51. Die Catonianische Regel. — Lehrb. §. 550.	485
52. Zur Lehre von der liberatio legata. — Lehrb. §. 576. Anm. 6.	519
53. Zur Lehre vom Schulvermächtniß. — Lehrb. §. 576. Anm. 7.	539
54. Zur Lehre von der dos praelegata. — Lehrb. §. 577.	554
55. Pflichttheils- und Nothverbenrecht. — Lehrb. §. 591—607.	560
56. Enterbung. — Lehrb. §. 601—603.	651



Die Erbschaft. *

Erbschaft, hereditas, heißt das Vermögen eines Verstorbenen, insofern von dem Eintreten anderer Personen in dasselbe, welche in Beziehung darauf die Person des Verstorbenen repräsentiren, die Rede ist. Aber auch das rechtliche Verhältniß selbst, in welchem diese (die Erben) als solche stehen, wird Erbschaft genannt, das Recht der Erbfolge, oder das Recht desjenigen, der Erbe geworden ist. So wird hereditas definirt als *successio in universum ius quod defunctus habuit*¹, d. i. *ipsum ius successionis*²; diese sogenannte subjective Bedeutung des Wortes ist aber freilich eng verflochten mit jener erst angegebenen (sogenannten objectiven) Bedeutung³, weil der Vermögensnachlaß des Verstorbenen eben mit Rücksicht auf das Recht der Nachfolge in dasselbe juristisch als Einheit aufgefaßt und hereditas genannt wird⁴. Treffend aber wird die hereditas in jenem Sinne bezeichnet als *successio in universum ius defuncti*; sie ist nicht bloß eine *acquisitio per universitatem*, obwohl sie unter diesem Gesichtspunkte in dem Institutionensysteme aufgeführt wird⁵; sie besteht nicht bloß in einem Ueberkommen der sämtlichen Rechte des Verstorbenen, *successio in omnia iura*; sie ist der Eintritt in die ganze rechtliche Stellung desselben, rücksichtlich seiner Vermögensverhältnisse, insoweit diese nicht ihrer besonderen Natur nach durch den Tod erlöschen⁶. Das eigentliche Wesen

* Zu Arnbtz' Lehrb. der Pandekten §. 464. 465. 506—511. 519—526. 540.

¹ L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. J.

² L. 1. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. cf. §. 1. J. de reb. corp. et incorp. 2. 2.

³ L. 208. D. de V. S. cf. L. 3. pr. D. de bon. poss. 37. 1.

⁴ Vgl. Arnbtz, Beiträge S. 16—18.

⁵ §. 6. J. per quas personas. 2. 9. cf. pr. J. de legatis. 2. 20. Gai. II. 97. 98. Nur *acquisitio per universitatem* war die per *adrogationem* oder in *manu conventionione*. Gai. III. 82—84. cf. tit. J. de acquis. per adrog. 3. 10. Ein anderer Fall: §. 1. J. de succ. sublat. . . ex Sc. Claudiano. 3. 12.

⁶ L. 3. §. 3. D. quib. mod. usufr. amitt. 7. 4. tit. J. de perpetuis et temp. act. et quae ad heredes et in heredes transeunt vel non. 4. 12. L. 13. pr. D. de iniur. 47. 10. L. 4. D. de calumniat. 3. 6. L. 14. D. de in ius voc. 2. 4. u. a. vgl. Müllersbruch, Pand. §. 610. 611.

der Erbschaft ist dieses, daß der Erbe die vermögensrechtliche Person des Verstorbenen juristisch in sich aufnimmt und fortlebt; daher ist bei dem Begriffe derselben zunächst gänzlich zu abstrahiren von einzelnen wirklichen Vermögensverhältnissen, und es kann eine Erbschaft gedacht werden nicht nur ohne irgend einen sichtbaren körperlichen Gegenstand, der zu derselben gehöre⁷, und nicht nur mit einem Uebergewicht der Lasten (Passiva) über die Vortheile (Activa)⁸, sondern auch ohne irgend ein dem Verstorbenen wirklich zugestandenes Vermögensrecht, ja, wenn man die Sache auf die Spitze treiben will, selbst ohne Existenz irgend eines activen oder passiven Vermögensverhältnisses, in welchem der Verstorbene wirklich gestanden habe⁹, in welchem Falle die Erbschaft freilich ohne Inhalt ist, wenn sich auch später nicht durch neue Umstände, z. B. durch Erfüllung einer Bedingung, ein Recht oder eine Verbindlichkeit für den im Erben fortlebenden Erblasser ergibt. Allgemeine wesentliche Voraussetzung ist nur, daß der Verstorbene Vermögensfähigkeit, die Fähigkeit beerbt zu werden, gehabt habe¹⁰. Kraft des so ausgebildeten Begriffes der Erbfolge ist also der Erbe (heres) Herr (herus) aller derjenigen Sachen, welche dem Verstorbenen bei seinem Tode gehörten, oder jetzt gehören würden, wie dieser selbst es gewesen und jetzt noch sein würde; er ist Subject aller Vermögens-Rechte und Verbindlichkeiten desselben, wie dieser selbst es war oder wäre, und die Klagen aus diesen Vermögensverhältnissen (hereditariae actiones) können direct mit ihrer vollen Wirkung gegen ihn oder von ihm ebenso verfolgt werden, wie sie gegen den Erblasser oder zu Gunsten desselben stattfinden würden¹¹, während ihm zum Schutz dieses seines Erbverhältnisses im Ganzen genommen, seiner rechtlichen Qualität als Erbe, eine eigene Klage gegeben ist, hereditatis petitio, die nicht hereditaria actio ist¹².

Charakteristisch tritt das Wesen der Erbschaft besonders darin hervor, daß, so lange nach dem Tode ein bestimmter Erbe noch nicht eingetreten ist, einstweilen die Hereditas selbst als juristische Person betrachtet

⁷ L. 50. pr. D. de hered. pet. 5. 3. Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.

⁸ Damnosa hereditas. L. 419. D. de v. s.

⁹ Vgl. Gutschke, im Rhein. Mus., Bb. 6. S. 272.

¹⁰ Daher konnten nach älterem Rechte überhaupt homines alieni iuris, nach Justinianischem Rechte Sklaven keine Erben haben. L. 6. pr. D. qui test. fac. poss. 28. 4. L. 2. §. 3. D. unde legitimi. 38. 7. L. 4. Cod. commun. de succ. 6. 59.

¹¹ Cf. Gai. IV. 34.

¹² Arnés, Beiträge, S. 57. Ebenso wenig kann die actio familiae erciscundae eine hereditaria actio genannt werden (Mayer, Erbr., Bb. 1. S. 50.). Hereditariae actiones sind nur die in der Erbschaft enthaltenen Klagerechte, wie res hereditariae, servi hereditarii, die in der Erbschaft enthaltenen Sachen, welche durch dieselbe auf den Erben übergehen. Die hereditatis petitio und familiae erciscundae actio sind Klagen, die der Erbe nicht durch die Erbschaft bekommt, sondern wegen derselben hat.

wird¹³, und zwar repräsentirend die Person des Verstorbenen¹⁴. So bleiben alle vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen bestehen, obwohl es zur Zeit an einem physisch oder außer der Erbschaft existirenden Subjecte derselben fehlt. Die Hereditas ist Eigenthümerin der Erbschaftsachen¹⁵, die also nicht anders, als in dem Sinne, wie *res universitatis* überhaupt, *res nullius* genannt sein können¹⁶. Derselben können auch Sachen oder Rechte erst erworben werden, z. B. durch *Accession*¹⁷, durch Vollendung einer angefangenen Erziehung¹⁸, durch *Delicte*, welche in Beziehung auf Erbschaftsachen begangen werden, z. B. *damnum iniuria datum*¹⁹, jedoch nicht durch *Furtum*, als welches an den noch nicht in Besitz genommenen Sachen der Erbschaft nicht begangen wird²⁰; auch durch Verträge, insofern sie durch einen Vertreter der Erbschaft im Namen derselben wirksam abgeschlossen worden²¹. Bei den Römern waren besonders bedeutend die Erwerbungen durch Erbschaftsflaven (*servi hereditarii*), welche *ex persona dominae*, d. i. *hereditatis*, quae defuncti personam sustinebat, überhaupt Erwerbgeschäfte abschließen²² und sogar, insofern nur der Erblasser *testamenti factio*

¹³ L. 22. D. de fideiussor. 46. 1. . . hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium.

¹⁴ §. 2. J. de hered. instit. 2. 14. L. 31. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. L. 34. D. de acquir. dom. 41. 1. . . hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet. L. 116. §. 3. D. de legatis 1. . . hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. In L. 24. D. de novat. 46. 2. heißt es zwar nach der florentinischen Lesart: transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet; aber unbedenklich ist dieser vorzuziehen die Lesart: ad heredem illius (sc. Titii), cuius personam etc.

¹⁵ L. 31. §. 1. cit. L. 61. D. de acquir. dom. L. 1. §. 1. D. si is qui test. liber. 47. 4. L. 15. pr. D. de interrogat. in iure. 11. 4.

¹⁶ L. 1. pr. D. de div. rer. 1. 8. . . res hereditariae nullius in bonis sunt. . . publicae res nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur. Cf. L. 13. §. 5. D. quod vi. 43. 24. Nur verglichen wird der herrenlosen Sache die res hereditaria auch in L. 6. D. expilatae hereditatis. 47. 19.

¹⁷ L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 27. D. de hereditatis pet. 5. 3.

¹⁸ L. 30. pr. D. quib. ex caus. maiores. 4. 6. L. 31. §. 5. L. 40. D. de usurp. et usucap. 41. 3 — Sed haec iure singulari recepta sunt nach L. 44. §. 3. D. l. c., weil die Usucapion eigentlich Fortsetzung des Besizes erfordert, Besiz aber als etwas Factisches, das einen natürlichen Willen voraussetzt, der Hereditas nicht zugeschrieben wird. L. 23. pr. D. de poss. 41. 2. L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. 47. 4.

¹⁹ L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquilian. 9. 2. Legem domino damna salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur. Cf. L. 15. pr. L. 43. D. ibid. — Vgl. auch L. 13. §. 5. D. quod vi. 43. 24. Sogar auch die iniuriarum actio kann der Hereditas erworben werden. L. 1. §. 6. D. de iniuriis. 47. 10.

²⁰ L. 68—70. D. de furtis. 47. 2. L. 2. D. expilatae hered. 47. 19. Vgl. Arnbt's, im Rhein. Mus., Bd. 2. S. 132. (oben Bd. I. S. 126.) Wächter, im Rechtslexikon, Bd. 3. S. 384.

²¹ Z. B. durch einen negotiorum gestor, sofern überhaupt aus dem Geschäft desselben dem dominus negotii utilis actio gegeben wird; denn zunächst wird hier freilich nur der gestor selbst der Hereditas obliegt, L. 21. §. 1. D. de negot. gest. 3. 5.; auch durch einen Curator, wenn etwa ein solcher für die Hereditas angeordnet ist.

²² L. 33. pr. §. 2. L. 61. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. 3. D. de usucap. 41. 3. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. (Vgl. Arnbt's, Beiträge, S. 208—216.) L. 29. D. de captivis. 49. 15. pr. J. de stipulation. serv. 3. 17. L. 1. §. 29. D. depositi. 16. 3. L. 41. §. 2. D. de acceptilatione. 46. 4.

gehabt hatte, zu Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden konnten²³. Auf der anderen Seite kann die Hereditas auch obligirt werden, z. B. durch negotiorum gestio²⁴. Die Personification der Hereditas hat den Zweck, den Uebergang des universum ius auf den Erben zu vermitteln, wo dieser, wie gewöhnlich, nicht sofort im Zeitpunkt des Todes eintritt. Nach diesem vorübergehenden Zwecke bestimmt sich auch ihr Umfang. Vollkommen erklärt es sich daher, daß der Hereditas nicht, wie anderen juristischen Personen²⁵, der Ususfructus erworben werden kann²⁶. Es wäre absurd, ihr diesen beizulegen in ihrer Eigenschaft als Repräsentantin des Verstorbenen, wenn der diesem selbst zustehende Ususfructus erlöschen mußte durch dessen natürlichen Tod; es ginge über den Zweck jener Fiction hinaus, wollte man die Hereditas jacens als solche, im Gegensatz gegen die natürliche Person des Erblassers, und nur für die Dauer ihrer Existenz als solcher, also auch im Gegensatz gegen die Person des künftigen Erben, den Ususfructus erwerben lassen; und unmöglich ist es, den Ususfructus schon im Voraus mit Beziehung auf den künftigen Erben als natürliche Person entstehen zu lassen, weil dieser noch unbestimmt, der Ususfructus aber, welcher einer natürlichen Person zusteht, gar nicht dasselbe Recht ist, als der einer anderen natürlichen Person zustehende²⁷. So ist auch die Erbsfähigkeit niemals der Hereditas jacens gleich anderen juristischen Personen beigelegt worden²⁸. Ein Argument gegen die juristische Persön-

²³ L. 31. §. 1. L. 52. D. de hered. instit. 28. 1. L. 16. §. 3. D. de legatis. I. Bei Erbeinsetzungen war dieß zunächst nur von Bedeutung in Betreff der Gültigkeit, wogu testamenti factio im Zeitpunkt der Testamentserrichtung erforderlich war; zum wirklichen Erwerb durch den eingesetzten Sklaven gehörte der Befehl der Antretung, den erst der Erbe ertheilen konnte. L. 61. D. de acquir. dom. Dagegen Vermächtnisse wurden auch die legati cedente sofort der Hereditas erworben, wobei nur zu bemerken, daß dies ususfructus vel usus legati non prius cedit, quam cum quis iam frui possit, daher hier personam domini expectari, qui uti et frui possit. L. 1. §. 2. D. quando dies usufr. 7. 3. L. 16. §. 1. 2. D. quando dies legati. 36. 2. Cf. L. 33. D. de acquir. dom.

²⁴ L. 3. pr. §. 6. L. 21. §. 1. D. de negot. gest. 3. 5.: quodammodo sibi hereditatem sequi ei obligat. Vgl. auch L. 77. D. de V. O. 45. 1. Bei Savigny, System des R. R., Bd. 2. S. 369. Note n, scheinen mir diese Stellen, wie auch L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10., nicht ganz am passenden Orte angeführt zu sein; sie ständen besser unter Note o, da sie sich auf Sklavenerwerb nicht beziehen.

²⁵ L. 56. D. de usufr. 7. 1.

²⁶ L. 61. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 26. D. de stipulat. serv. 45. 3. Vgl. Note 23 a. C.

²⁷ Eine Inconsequenz in Ansehung des einem Erbschaftssklaven legirten Ususfructus ergibt sich nach Justinian's Decision in L. 17. Cod. de usufr. 3. 33. vgl. mit L. 33. D. de acquir. dom. 41. 1.

²⁸ Savigny a. a. O. S. 365. Es kann jedoch nach Justinianischem Rechte der künftige Erbe als incerta persona zum Erben eingesetzt und dadurch derselbe Erfolg herbeigeführt werden, als ob die Hereditas selbst gültig eingesetzt wäre, insofern doch erst der Erbe auch diese Erbschaft antreten könnte; §. 27. I. de legat. 2. W. vgl. Note 23.; und man wird darnach die Einsetzung der Hereditas eben als Einsetzung des künftigen Erben auszulegen haben. Nur wird hierbei Testamentsfähigkeit des noch ungewissen Erben vorausgesetzt, während bei der Einsetzung der Hereditas jacens, wenn sie gültig wäre, nur auf die testamenti factio des Erblassers zu sehen wäre und erst zur Zeit des Erwerbes auch die Erwerbssfähigkeit des Erben in Betracht kommen würde. Savigny S. 367. 368.

lichkeit derselben kann daraus um so weniger abgeleitet werden, als ja auch die Erbfähigkeit der Corporationen nur allmählig in weiterem Umfange anerkannt worden ist²⁹. Dennoch hat sich in neuester Zeit eine gewichtige literarische Autorität gegen jene Idee erklärt³⁰. Nur zur Erleichterung civilrechtlicher Erwerbungen durch Eklaven soll jene Fiction im römischen Rechte aufgestellt, daher für unser heutiges Recht unbrauchbar sein, weil es solchen Erwerb überall nicht mehr kennt. Die natürliche Auffassung soll vielmehr diese sein, daß man die ruhende Erbschaft als Vermögen eines einstweilen noch unbekanntem Herrn ansehe, der aber doch einmal werde bekannt werden. Allein es mag wahr sein, daß die Rücksicht auf den Eklavenerwerb den römischen Juristen zur theoretischen Durchbildung unseres Satzes den praktischen Antrieb gegeben habe; daß sie bei dieser einzelnen Anwendung der fraglichen Fiction stehen geblieben, läßt sich nach den oben benutzten Stellen nicht behaupten, und wäre der sonstigen Verfahrensweise der römischen Juristen nicht gemäß³¹. In der That ist auch diese Theorie der Sache selbst ganz angemessen, ja, wie gewöhnlich, aus dieser heraus entwickelt. Denn soll das Vermögen nicht zur Zeit herrenlos sein, ja, soll nur ein Vermögen als bestehend gedacht werden, so muß ein Subject in demselben als Träger der Vermögensverhältnisse fingirt werden, da gegenwärtig ein solches physisch nicht existirt und der künftige Erbe nicht nur unbekannt, sondern noch unbestimmt ist³². Wo aber ein physisch nicht existirendes Rechtssubject fingirt wird, da ist eine juristische Person vorhanden; dieser Vorstellung kann auch die gegnerische Ansicht nicht entgehen, die in Wahrheit nur den Satz: *hereditatem defuncti personam sustinere* umkehrt in diesen: *hereditatem futuri heredis personam sustinere*. Daß nur jener, nicht dieser Satz, insofern er nicht dasselbe bedeuten soll, richtig sei, ist von selbst klar, da ja auch wer wirklich Erbe geworden ist, den Verstorbenen repräsentirt, dessen vermögensrechtliche Person, wenn sie auf den Erben übergehen soll, man

²⁹ Vgl. Rechtslexikon Bd. 3. S. 70. (unten Nr. 37.)

³⁰ Savigny a. a. D.

³¹ Vgl. besonders die Stellen in Note 13. 18. 19. 22. 24. und selbst Savigny S. 369. Note n. o. In L. 33. §. 2. D. de acquir. dom. könnte man, wie in L. 16. D. de O. et A., »per traditionem« interpolirt halten für »per mancipationem« oder »mancipio«. Aber daß auch per traditionem der Erbschaftsklave für die Hereditas erwerben konnte, sofern Besitzwerb ignorante domino möglich war, beweisen L. 29. D. de captivis. 49. 15. L. 15. pr. D. de usucap. 41. 2. cf. L. 1. §. 5. D. de poss. 41. 2. Uebrigens läßt sich in den Quellen selbst wohl ein Fortschritt in der Anwendung unserer Fiction erkennen. Vgl. z. B. L. 43. D. ad leg. Aquil. 9. 2. mit L. 13. §. 2. ibid. L. 13. §. 5. D. quod vi. 43. 24.

³² Vgl. vorzüglich Puchta in der Recens. von Savigny's System Bd. 2. in Richter's und Schneider's trit. Jahrb., Bd. 4. S. 701—715.

nicht wolle auch erst sterben lassen, um sie dann, durch Antretung der Erbschaft, von den Todten wieder aufzuwecken*. Erwirbt der Berufene die Erbschaft, so geht dadurch die in dieser noch lebende vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen auf ihn über, und eben darum wird das Recht des Erben, welcher angetreten hat, gerade so betrachtet, als hätte es unmittelbar nach dem Tode angefangen³³, weil Hereditas und Heres (als solcher) gleichmäßig dieselbe Person des Verstorbenen repräsentiren³⁴; die Vermittlung des Erwerbes aber für den Erben durch die ruhende Erbschaft als fingirte Person wird in anderen Stellen sehr bestimmt angedeutet³⁵.

Mit dem bisher angegebenen Wesen der Erbschaft ist es wohl verträglich, daß dieselbe unter Mehrere (Miterben, coheredes) sich theile, so daß jeder von diesen in universum ius defuncti succedere³⁶, aber jeder nur zu einem Theile (pro parte, sogen. pars quota); alle repräsentiren hier den Verstorbenen in gleicher Weise, ob auch zu verschiedenen Theilen; aber nur alle zusammen repräsentiren ihn vollständig. Widersprechend dagegen ist es jenem Begriffe, daß dem Einen schlechtthin und ausschließlich nur bestimmte einzelne Vermögensobjecte oder irgend ein Inbegriff bestimmter Vermögensverhältnisse zukommen solle, dem Anderen ebenso andere (sogen. pars quanta); von diesen würde keiner in universum ius succediren, keiner also in Wahrheit heres sein³⁷.

In der bisherigen Bezeichnung des Wesens der Erbfolge ist zunächst nur die civilrechtliche Erbfolge in's Auge gefaßt worden, die in den Quellen nach strengem Sprachgebrauch allein hereditas heißt. Ueber das ganz analoge Institut des prätorischen Rechtes, die bonorum possessio, handelt ein eigener Artikel³⁸, und es wird diese daher auch im Folgenden nur beiläufig berücksichtigt werden. Die in ihrer Wirkung

* Diese Lehre von der hereditas iacens hat freilich seither noch vielfache Anfechtung erlitten. Aber nicht nur ist nicht widerlegt, daß die römischen Juristen wirklich das Rechtsverhältniß der ruhenden Erbschaft als der hereditas personam defuncti sustinens construiert haben, noch auch ist bisher eine anschaulichere und betriebligere Theorie darüber aufgestellt worden. Vgl. darüber das Lehrb. 7. Aufl. §. 465. Anm. 2.

³³ L. 138. pr. L. 493. D. de R. J. L. 54. D. de acquir. hered. 29. 2.

³⁴ L. 22. D. de usucap. 41. 3. Vgl. L. 28. §. 4. L. 35. mit L. 16. D. de stip. serv. 45. 3.

³⁵ L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. Dominus ergo hereditas habebitur, quare adita hereditate heres experiri potest. L. 1. §. 6. D. de iniur. Hereditati, et sic heredi per hereditatem acquiri. So auch Verpflichtungen: L. 21. §. 1. D. de negot. gest. 3. 5. Wenn aber das Vermögen erblos bleibt, also die Repräsentation, die durch die Hereditas vermittelt werden sollte, nicht eintritt, d. h. Niemand die Hereditas erwirbt, so wird auch die nur dieser erworbene Forderung zu nichte. L. 73. §. 1. D. de V. O. 45. 1.

³⁶ L. 9. §. 12. D. de hered. instit. 28. 5.

³⁷ L. 1. §. 4. L. 14. 35. D. l. c. — Die bei uns gebräuchliche Bezeichnung „Universalerbe“, „einziger und Universalerbe“, ist mit Recht getadelt worden. Hugo, heut. röm. Recht, §. 143. Note 2.

³⁸ Rechtslexikon Bb. 2. S. 306—343.

beiden verwandte fideicommissarische Erbfolge aber, die man als indirecte Erbfolge jenen entgegenzusetzen pflegt, weil sie durch hereditas oder honorum possessio vermittelt wird, gehört ebenfalls an einen anderen Ort³⁹.

In Ansehung jener eigentlichen Erbfolge fragt es sich nun zunächst I. unter welchen Voraussetzungen ist Jemand wirklich als Erbe anzusehen, oder wie wird die Erbschaft erworben⁴⁰? Es ist dazu vor Allem erforderlich, daß die Erbschaft Jenem deferirt worden sei. Darüber sind zu vergleichen die Artikel Intestaterbfolge, Erbeinsetzung (unten Nr. 36. 37.). Gewissen Personen wird die Erbschaft sofort, wie sie ihnen deferirt worden, von selbst, ohne ihr Wissen oder Wollen, auch erworben, so daß Delation und Acquisition der Erbschaft bei ihnen zusammenfällt. Es sind diejenigen Personen, welche der Gewalt des Erblassers bis zu dessen Tode unterworfen waren, also nach heutigem Rechte nur noch die Kinder, welche in der väterlichen Gewalt desselben standen, mit Inbegriff auch der Postumi, die, früher geboren, derselben unterworfen sein würden; sowohl als gesetzliche, wie als eingesetzte Erben; nach römischem Rechte auch die zu Erben eingesetzten Sklaven des Erblassers; nach älterem römischem Rechte zudem gleich den Kindern die Frau oder Schwiegertochter in manu, als welche loco filiae- oder neptis-familias war, und gleich dem Sklaven der in mancipio des Erblassers gestandene Freie, der von diesem testamento manumittirt und zum Erben eingesetzt war. Wegen der Unfreiwilligkeit des Erwerbes heißen alle diese necessarii heredes, die Kinder insbesondere sui et necessarii heredes, und im Gegensatz werden andere Erben voluntarii oder extranei heredes genannt⁴¹. Als sui heredes erben freilich ab intestato nicht diejenigen in der Gewalt des Erblassers gestandenen Descendenten, welchen ein ebenfalls in dessen Gewalt verbliebener Parens als näherer Erbe des Stammes vorgeht⁴². Dennoch aber sind auch diese, wenn testamentarisch eingesetzt, necessarii heredes des Großvaters oder Urgroßvaters, dem die Gewalt über sie zustand⁴³. Dieß wird durch einige Pandektenstellen bestätigt, welche freilich aussagen, daß hier durch den Enkel der Vater derselben, in dessen Gewalt sie jetzt stehen, necessarius heres des Testators werde (sine aditione), weil nach classischem Rechte der

³⁹ Vgl. den Art. Fideicommissum im Rechtslexikon IV. S. 282—295.

⁴⁰ S. Inst. de heredum qualitate et differentia. 2. 19. Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate. 29. 2. Cod. de iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. 6. 30.

⁴¹ pr. §. 1—3. J. h. t. L. 15. 16. D. h. t. cf. Gai. II. 153. 156. 157. 161. Collat. XVI. 3. §. 5—7. Vgl. den Art. beneficium abstinendi, im Rechtslexikon Vb. 1. S. 856—871.

⁴² §. 2. J. l. c. Gai. II. 156. cf. L. 1. §. 8. D. de suis. 38. 16.

⁴³ Ulp. XXII. 24. Suos et necessarios, i. e. liberos, qui in potestate sunt.

Filiusfamilias nicht für sich selbst die Erbschaft erwerben konnte⁴⁴, welche aber nach Justinianischem Rechte nur so anzuwenden sind, daß der Enkel selbst ipso iure die Erbschaft, dem Eigenthume nach, und dessen Vater das väterliche Recht des Nießbrauchs und der Verwaltung derselben erwerbe⁴⁵. Auch unter einer Bedingung eingesetzt, wird doch, wer sonst es sein würde, existente conditione necessarius heres, wenn nicht die Bedingung von der Art ist, daß sie die Antretung der Erbschaft schlechthin in seine Willkür stellt⁴⁶. Und sogar auch wird der Pupillar-substitut als solcher necessarius heres des Pupillen, wenn er zum testirenden Vater desselben in dem Verhältniß gestanden, daß er zu dessen Erbschaft berufen necessarius heres wäre⁴⁷.

Denjenigen Personen hingegen, welche der Gewalt des Erblassers nicht unterworfen waren (extranei heredes), wird die deserirte Erbschaft erst durch einen darauf gerichteten Willensact erworben. Es hängt von ihrem Willen ab, ob sie dieselbe annehmen oder ablehnen. Durch die einmal erklärte Ablehnung (repudiatio) werden sie unwiderruflich von derselben ausgeschlossen und durch die erklärte Annahme (aditio) unwiderruflich daran gebunden⁴⁸, es möchte ihnen denn in jenem oder diesem Falle Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden können⁴⁹. Weder zur Antretung noch zur Ablehnung der Erbschaft ist irgend eine besondere Form der Willenserklärung erforderlich. Wiewohl es an sich wahrscheinlich ist, daß für einen so wichtigen Act, wie die Antretung einer Erbschaft ist, nach älterem Civilrechte eine solenne Erklärung gebräuchlich gewesen, so gibt es doch keinen sicheren Beweis dafür, daß diese jemals allgemein nothwendig gewesen sei⁵⁰. Nur kraft besonderer testamentarischer Anordnung konnte sie dem eingesetzten Erben nothwendig werden, und namentlich war zur Zeit der classischen Juristen sehr gebräuchlich die Vorschrift einer besonderen Form der Antretung unter dem Namen cretio, wornach der Eingesetzte (heres cum cretione

⁴⁴ L. 6. §. 5. D. h. t. . . si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium. Cf. §. 6. ibid. L. 13. D. de bonis libert. 38. 2. . . licet enim necessarius existat patri suo non per semetipsum sed per alium ad hereditatem admittitur. Dasselbe könnte pro parte gesagt werden, wenn der Enkel als Miterbe seines eigenen Vaters eingesetzt wäre. — Ueber einen verwandten Fall vgl. L. 18. pr. D. de castrensi peculio. 49. 17.

⁴⁵ L. 6. 8. Cod. de bonis quae lib. 6. 61. Vgl. Note 93—95.

⁴⁶ L. 12. D. de cond. instit. 28. 7. L. 86. D. de hered. instit. 28. 5.

⁴⁷ L. 2. §. 4. I. 10. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

⁴⁸ L. 4. Cod. de repud. hered. 6. 31. §. 5. 7. in I. J. h. t. Gai. II. 163

⁴⁹ §. 5. 6. J. h. t. tit. Cod. si minor ab hereditate se absteineat. 2. 39. si ut omissam hereditatem vel honorum possessionem vel quid aliud acquirat. 2. 40.

⁵⁰ Meber L. 77. D. de R. J. noch L. 90. pr. D. h. t. beweist es, und es ist keine Spur vorhanden, daß zur Zeit der Antoninen erst der Gebrauch der cretio auf gewisse Fälle beschränkt worden sei, wie Mühlendruck, Lehrb. §. 702., andeutet.

institutus) innerhalb einer bestimmten Zeitfrist, vor Zeugen⁵¹, mündlich erklären mußte: quod me (Titius) heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque⁵², und zwar gewöhnlich innerhalb einer bestimmten Anzahl von dies utiles (cretio vulgaris), aber auch wohl innerhalb eines bestimmten tempus continuum (cretio continua), widrigenfalls er kraft der ausdrücklichen Androhung: ni creverit, exheres esto (cretio perfecta) von der Erbschaft ausgeschlossen wurde⁵³. Diese cretionum scrupulosa solennitas ist aber schon vor Justinian außer Gebrauch gekommen⁵⁴, obwohl es auch darnach und so nach heutigem Rechte dem Testator keineswegs verwehrt ist, die Antretung der Erbschaft nicht nur innerhalb einer bestimmten Zeit, sondern auch unter Beobachtung einer von ihm vorgeschriebenen Form, sofern diese nur nichts Anstößiges enthält, zur Bedingung der Erbeinsetzung zu machen⁵⁵. Abgesehen von diesem Falle war schon nach classischem Rechte und ist nach Justinianischem Rechte jede formlose Erklärung des Willens, Erbe zu sein, zur Antretung der Erbschaft genügend⁵⁶, wie sie nach jenem auch bei der cretio imperfecta, d. i. derjenigen, welcher die Drohung „ni creverit, exheres esto“ nicht hinzugefügt war, für genügend angesehen war⁵⁷. Es kann aber jene Erklärung entweder eine ausdrückliche sein (nuda voluntas suscipiendae hereditatis), die wohl vorzugsweise unter hereditatis aditio verstanden wird⁵⁸, oder eine stillschweigende, durch Handlungen (pro herede gerendo)⁵⁹. Hierzu gehören solche Hand-

⁵¹ Cic. ad Att. XIII. ep. 46. Varro de lingua lat. V. 60. Die Juristen erwähnen zwar der Zuziehung von Zeugen nicht, aber sie war natürlich schon des Beweises wegen notwendig, und eine noch so häufige Wiederholung der Formel im bloßen Monolog ohne Wirkung.

⁵² Die Meinung, daß er dabei noch habe ein Schnippschen schlagen müssen (Cuiac. obs. VII. 48.), und wohl gar vor Freuden tanzen (Alteserra de fiction. iur. III. 2.), beruht auf augenscheinlichem Mißverständnis der Stelle in Cic. de offic. III. 49., dessen sich freilich schon Ambrosius (de off. III. 2.) schuldig gemacht. Schulting ad Ulp. XXII. 28. Grosch, de iur. delib. orig. diss. (Breslau 1839.) pag. 18—21.

⁵³ Gai. II. 164—166. 168. 170—173. cf. 174—178. Ulp. XXII. 27—34.

⁵⁴ L. 47. Cod. h. t. Der allgemeine Ausspruch dieser Stelle ist herausgeschnitten aus L. 8. Th. Cod. de matern. bon. 8. 18., wo er in besonderer Beziehung vorkommt. Vgl. Note 87.

⁵⁵ L. 72. D. h. t. vgl. L. 44. D. de cond. institut. 28. 7.

⁵⁶ Gai. II. 167. 169. §. 7. J. h. t. L. 6. Cod. h. t. „sola animi destinatio.“ cf. L. 65. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 90. D. h. t.

⁵⁷ Auch um den Substituten gänzlich auszusprechen. Ulp. XXII. 34. (divus Marcus constituit). Anders noch Gai. II. 478.

⁵⁸ L. 19. 22. §. 14. Cod. h. t. cf. L. 25. §. 7. L. 69. D. h. t.

⁵⁹ Ob schon die classischen Juristen das nuda voluntate adire hereditatem und pro herede gerere entgegenzusetzen oder vielmehr jenes unter dieses zu subsumiren pflegten, kann mit Zug zweifelt werden. Mayer, Erbr., Bd. 1. S. 341—343. Ulpian unterscheidet nur cernere und pro herede gerere, und so auch Gaius in einigen Stellen (II. 166. III. 87.), und in den Pandekten (Note 58.) ist adire, im Gegensatz von pro herede gerere, gewiß interpollirt für cernere. Doch macht Gaius in II. 167. offenbar eine dreifache Unterscheidung (aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate, wo man nicht das letzte bloß als nähere Bestimmung des zweiten erklären

lungen, die unter den vorliegenden Umständen nicht wohl eine andere Auslegung gestatten, als daß der Berufene sich als Erben betrachte, z. B. Besitzergreifung und Benutzung oder Veräußerung von Erbschafts- sachen, ja auch von anderen Sachen, die nur irrthümlich dafür gehalten werden, Einziehung erbschaftlicher Forderungen, Erfüllung erbschaftlicher Verbindlichkeiten u. dgl. m., überall vorausgesetzt, daß nicht eine andere Willensmeinung dabei sich irgendwie zu erkennen gebe⁶⁰. Da es nur auf Erkenntniß des nicht ausdrücklich erklärten wahren Willens ankommt, so wirken auch die an sich concludentesten Handlungen nicht als pro herede gestio, wenn der Handelnde bei Vornahme derselben sich gegen eine solche Auslegung verwahrt, obwohl er wegen des Geschehenen vielleicht dem künftigen wirklichen Erben verantwortlich werden kann⁶¹. Die bloße Erfüllung einer Potestativbedingung der Erbeinsetzung ist noch nicht pro herede gestio, der Eingesezte bahnt sich dadurch den Weg zur Antretung der Erbschaft, erklärt aber noch nicht, dieselbe wirklich anzunehmen⁶². Dagegen wird die Agnition der bonorum possessio von Seiten desjenigen, dem auch civilrechtlich die Erbschaft deferirt ist, zugleich als pro herede gestio angesehen, und schließt also zugleich die Erwerbung der Hereditas nach Civilrecht in sich⁶³.

Eine bestimmte Frist ist für die Antretung der Erbschaft im Allgemeinen nicht vorgeschrieben. Wohl ist die Agnition der bonorum possessio an bestimmte Fristen gebunden, deren Versäumung von selbst die Ausschließung der Säumigen von der bonorum possessio und, wenn keine Miterben da sind, die Delation derselben für den nächstfolgenden Gradus oder Ordo zur Folge hat⁶⁴. Nach Civilrecht aber, wenn nicht der Testator eine Antretungsfrist vorgeschrieben hat, wird der Delat durch keinen Zeitablauf, so lange er lebt und erbfähig bleibt und nicht ausschlägt, ipso iure von dem Erwerbe der Erbschaft ausgeschlossen, und wird also auch ebenso lange keinem Anderen, der nach jenem folgt,

fann: nur wenn etiam fehlte, wäre dieß etwa zulässig). In §. 7. J. I. c. ist nun das erste Glied (aut cernendo) weggefallen und dadurch der Gegensatz der beiden anderen vollends klar ausgesprochen (aut pro h. g. vel etiam n. v.). Dennoch wird in derselben Stelle, gleich darauf, in die Erklärung von pro herede gerere, wahrscheinlich einem anderen Schriftsteller nachgeschrieben, auch das verbis voluntatem suam declarare aufgenommen. Vgl. Schrader ad §. 7. J. cit.

⁶⁰ Gai. II. 166. in f. Ulp. XXII. 26. Pauli sentt. IV. 8 §. 25. — §. 7. J. cit. L. 20. 21. pr. §. 1. L. 21. L. 86. §. 2. L. 87. pr. 88. D. h. t. Eine Entwendung aus der Erbschaft ist nicht pro herede gestio, vielmehr contrariam voluntatem declarat. L. 21. pr. cit.

⁶¹ L. 20. §. 1. cit. cf. L. 4. Cod. unde legitimi. 6. 15.

⁶² L. 13. D. de cond. instit. 28. 7. L. 1. §. 1. D. de cond. causa data. 12. 4. Aber über die Bedingung »si iuraverit« f. L. 62. pr. D. h. t. und darüber Fußnote, in der Zeitschr. für Civilt. und Proz. Bd. 11. S. 172 flg.

⁶³ L. 12. Cod. h. t.

⁶⁴ Bb. 2. S. 310.

die Erbschaft deferirt⁶⁵. Zwar ist bisher von Vielen eine gesetzliche Frist für Antretung oder Ablehnung der Erbschaft behauptet worden, theils von einem Jahre, nach L. 19. Cod. h. t., theils von drei Monaten, nach L. 22. §. 1. Cod. h. t., deren Ablauf entweder die Wirkung haben sollte, daß der Berufene, der sich nicht erklärte, von selbst von der Erbschaft ausgeschlossen sei, oder gerade die entgegengesetzte, daß er nun als Erbe betrachtet werde. Es wird aber jetzt wohl allgemein anerkannt werden, daß alle diese verschiedenen Meinungen völlig ungegründet sind, und ist zu hoffen, „daß das Phantom der gesetzlichen Deliberationsfrist mit ihrer streitigen Dauer und Wirkung nicht wiederkehren werde“⁶⁷.

Indessen kann der Berufene durch Andere, welche ein Interesse dabei haben, namentlich Gläubiger und Substituten, der eingesetzte Erbe insbesondere auch durch diejenigen, welche das Testament als inofficiosum anzufechten Willens sind, zu der Erklärung aufgefordert werden, ob er die deferirte Erbschaft annehme oder nicht. Es wird ihm alsdann auf Verlangen eine Frist zur Ueberlegung bewilligt, die er jedoch auch sonst aus eigenem Antriebe nachsuchen kann (*tempus, spatium deliberandi*)⁶⁸; nach deren Ablauf aber, wenn er sich bis dahin noch nicht definitiv erklärt hat, wird er, nach Verschiedenheit der Fälle, bald gegen seinen Willen von der Erbschaft ausgeschlossen, bald ohnweiteres als Erbe behandelt. Dieses *beneficium deliberandi* ist im Rechtslexikon, Bd. 1, S. 887—892, in einem besonderen Artikel besprochen worden. Wenn nun auch der Verfasser des gegenwärtigen Artikels mit den dort aufgestellten Sätzen in wesentlichen Punkten nicht übereinstimmt, so möchte es doch dem Plane dieses Werkes nicht entsprechend gefunden werden, aus diesem Grunde den schon einmal abgehandelten Gegenstand hier nochmals zu erörtern⁶⁹.

Bisher ist von der Form und von der Zeit der Erbantrittung die Rede gewesen; es kommt dabei vor Allem auch die Fähigkeit des

⁶⁵ Gai. II. 167. L. 72. vgl. mit L. 69. D. h. t. Noten 51—55.

⁶⁶ L. 19. Cod. h. t.

⁶⁷ Vgl. Wangerow, Revision der neueren Theorien über gesetzliche Deliberationsfrist, im Arch. für civ. Prag. Bd. 22. Nr. 7. S. 151—212. und darüber Buchta (dem obige Worte entlehnt sind) und Arnolds in Richter's krit. Jahrb. Bd. 4. S. 7—29. (unten Nr. 43.) Mayer, Erbr. Bd. 1. S. 344—354. und jetzt auch Mühlbruch (der früher anderer Meinung war), in der Fortf. v. Glück's Erläuter. Bd. 41. S. 301—355. und im Lehrb. §. 703. — Hiernach ist denn auch zu berichtigen, was oben Bd. 1. S. 891. 892. darüber bemerkt ist.

⁶⁸ Dig. de iure deliberandi. 28. 8. Cod. 6. 30.

⁶⁹ Vgl. darüber auf der einen Seite die jetzt erschienene Diss. von Grosh (Not. 52. cit.), auf der anderen Seite vorzüglich Mühlbruch a. a. D. S. 277—297. 383—408., von welchem zu wünschen, daß er auf jenen schon hätte Rücksicht nehmen können. S. auch Mayer, Erbr. Bd. 1. S. 348. Buchta, Lehrb. §. 491.

Erwerbenden in Betracht. Die Antretung ist ein Willensact; sie setzt daher natürlich Willensfähigkeit voraus: sie ist zudem ein Willensact, welcher möglicherweise mannichfaltige, schon jetzt bekannte oder noch unbekannt, Verpflichtungen begründen kann; es wird daher die Fähigkeit, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, dazu erfordert. Daher nun kann der Wahnsinnige nicht durch Antretung (wohl als *necessarius heres ipso iure*) Erbe werden⁷⁰; es kann nur und soll, wo es vortheilhaft ist, der Curator für denselben *bonorum possessionem agnoscire*, welche aber nicht definitiven Erwerb begründet⁷¹. Gleich dem Wahnsinnigen ist auch das Kind (*infans*) unfähig, die Erbschaft anzutreten⁷²; für dieses aber kann nach späterem Rechte der Vater oder der Vormund nicht nur *bonorum possessio agnoscire*, sondern auch civilrechtlich die Erbschaft antreten⁷³. Der *impubes infantia maior* erwirbt die Erbschaft *tutore auctore*⁷⁴. Der Mündige, aber noch Minderjährige (*pubes minor XXV. annis*) kann in eigener Person die Erbschaft antreten⁷⁵, aber die dadurch übernommenen Schulden braucht der Curator desselben, welcher nicht seine Zustimmung dazu gegeben, nicht anzuerkennen⁷⁶, und andererseits macht sich dieser unzweifelhaft verantwortlich, wenn er durch Verweigerung seiner Zustimmung, ja durch bloße Nachlässigkeit die Nichtantretung einer dem Minderjährigen deferirten Erbschaft verschuldet hat und daraus für diesen ein Nachtheil entstanden ist⁷⁷. Von dem erklärten Verschwender (*cui bonis interdictum est*) gilt dasselbe, wie vom Minderjährigen⁷⁸. Besondere Bestimmungen sind noch zu bemerken in Ansehung des Falles, wenn einem *homo alieni iuris* die Erbschaft deferirt ist. Nach älterem Rechte konnten Hauskinder wie Sklaven die ihnen deferirten Erbschaften nur dem Vater oder dem Herrn erwerben, dergestalt, daß dieser durch jene der eigentliche Erbe wurde⁷⁹. Da nun der Vater oder Herr durch Handlungen der Untergebenen nicht verpflichtet werden konnte, die Erbschaft aber immer die Möglichkeit von

⁷⁰ L. 63. D. h. t.

⁷¹ L. 1. D. de b. p. furioso competente. 37. 3. L. 7. Cod. de curat. fur. 5. 70. Vgl. Rechtslegikon Bd. 2. S. 304—306.

⁷² L. 9. D. h. t. L. 5. Cod. h. t.

⁷³ L. 18. pr. §. 2. 3. Cod. h. t. vgl. mit L. 7. §. 1. L. 8. 11. D. de bon. poss. 37. 1. L. 65. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 11. D. de auctoritate. 26. 8. L. 3. 7. Cod. qui admitti ad b. p. 6. 9.

⁷⁴ L. 8. pr. L. 9. 49. D. h. t. L. 9. §. 3. D. de auctoritate. L. 18. §. 4. Cod. h. t.

⁷⁵ L. 12. Cod. h. t. L. 8. §. 4. Cod. de bonis quas lib. 6. 61. Cf. tit. Cod. si ut omisam hereditatem acquirant. 2. 40. Rudorff, Recht der Vormundschaft, Bd. 2. S. 286.

⁷⁶ Savigny, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 10. S. 287.

⁷⁷ L. 26. Cod. de administrat. 5. 37. Mit Unrecht nennt Rudorff a. a. O. die Erwähnung des *Consensus* in dieser Stelle eine Gedankenlosigkeit.

⁷⁸ L. 5. §. 1. D. h. t. Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 1. S. 140.

⁷⁹ Gai. II. 87. Ulp. XIX. 19. L. 79. D. h. t.

Verpflichtungen in sich enthält, so konnte diese nur nach dem Willen des ersten durch die Untergebenen angetreten werden⁸⁰. Diese mußten *iussu patris* oder *domini* die Erbschaft antreten, und zwar mußte dieser Befehl der durch den Untergebenen selbst vorzunehmenden Antretungshandlung vorhergehen und speciell auf die deferirte Erbschaft sich beziehen, auch nicht etwa vor der wirklichen Antretung zurückgenommen sein⁸¹. Ohne die Handlung des Hauskinds oder Sklaven wurde dem Vater oder Herrn die Erbschaft nicht erworben, ob auch jene nur aus hartnäckigem Ungehorsam den Befehl zu befolgen sich weigerten; vielmehr, wenn das Kind *sui iuris* wurde, der Sklave die Freiheit erlangte, bevor die Erbschaft dem Befehle gemäß wirklich angetreten war, so konnten jene nunmehr für sich selbst die Erbschaft erwerben, und ebenso der veräußerte Sklave dem neuen Herrn, auf dessen Befehl⁸². Es war also sowohl die einseitige Handlung des Vaters oder Herrn, als die nicht befohlene Antretung des Untergebenen unwirksam, so wie auch umgekehrt die von diesem oder jenem einseitig erklärte Ablehnung der Erbfolge nichts wirkte⁸³. Nur wurde, wenn der Vater längere Zeit im Besitze der Erbschaft gewesen war, vermuthet, daß ihm dieselbe auch auf gehörige Weise erworben sei⁸⁴. Die Antretungshandlung des Untergebenen konnte *pro herede gestio* sein oder *cretio*⁸⁵, war aber nach älterem Rechte gewiß bei weitem in den meisten Fällen die letzte, weil mit Ausnahme eines Falles (*ex Sc. Orphitiano*) damals nur durch Erbeinsetzung *homines alieni iuris* zur Erbschaft nach Civilrecht berufen sein konnten, bei der Erbeinsetzung aber die *cretio* sehr gewöhnlich und auch außerdem diese Antretungsform sehr üblich gewesen zu sein scheint⁸⁶; ja nach Aeußerungen späterer Constitutionen hat es sogar den Anschein, als ob bis dahin überall nur *cernendo* dem Vater durch die in seiner Gewalt befindlichen Kinder die Erbschaft erworben und erst durch diese Constitutionen die Nothwendigkeit der *cretio*, anfangs in gewissen Fällen, bald ganz und gar beseitigt worden sei⁸⁷. Wenn übrigens auch dem Untergebenen die erforderliche Einsicht noch fehlte, so war doch der

⁸⁰ L. 6. pr. §. 1. 2. D. h. t.

⁸¹ L. 25. §. 4—15. D. h. t. L. 47. 50. D. *ibid.* cf. L. 3. Cod. de hered. instit. 6. 24.

⁸² Gai. II. 188. 189. L. 5. in f. Theod. Cod. de matern. bon. 8. 18. Cf. L. 36. L. 64. 65. 67. 68. 30. §. 2. 3. D. h. t.

⁸³ L. 13. §. 3. L. 14. D. h. t.

⁸⁴ L. 6 §. 3. D. h. t.

⁸⁵ L. 93. §. 2. cf. L. 25. §. 7. 8. D. h. t.

⁸⁶ Vgl. oben Note 53. Gai. II. 187—190.

⁸⁷ L. 1. §. 1. L. 4. 5. L. 8. §. 1. Theod. Cod. de mat. bon. 8. 18. Cf. L. 4. Th. Cod. de cretione. 4. 1. Vgl. L. 25. §. 7. D. h. t. und oben Note 54. Zuspätk, Studien bez. r. R. Bd. 1. S. 254—259.

Befehl des Vaters oder Herrn entscheidend; er ergänzte den Willen des Unmündigen, ähnlich der *Autoritas*⁸⁸; aber dieser mußte doch wenigstens schon das Alter der Sprachfähigkeit erreicht haben, um die betreffende Erklärung abgeben zu können; bis dahin konnte also dem Gewalthaber auch auf dessen Befehl die Erbschaft civilrechtlich nicht erworben, es konnte nur durch ihn selbst vorläufig *bonorum possessio* im Namen des Untergebenen *agnoscirt* werden⁸⁹. Diese Bestimmungen des älteren Rechtes nun, abgesehen von der Form der *cretio*, sind in Ansehung der Sklaven in's Justinianische Recht unverändert übergegangen⁹⁰, in Ansehung der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder aber sehr bedeutend modificirt worden. Diese nämlich können nun, wie schon nach älteren Constitutionen⁹¹ gewisse, so nach Justinianischem Rechte alle Erbschaften als *bona adventitia* der Proprietät nach für sich selbst erwerben; der Vater kann nur das Recht des Nießbrauches und der Verwaltung derselben in Anspruch nehmen. Damit diese regelmäßige Wirkung des Erwerbes der Kinder eintrete, ist denn auch jetzt noch Antretung der Erbschaft durch das Kind auf Befehl des Vaters erforderlich. Es soll aber keiner dem anderen das Recht, welches solchergestalt durch die Annahme der Erbschaft ihm erworben werden kann, durch seinen einseitigen Willen entziehen oder aufdrängen. Daher kann auch jetzt noch weder der Vater noch das Kind einseitig die dem letzten deserirte Erbschaft ausschlagen, mit der Wirkung, daß dadurch der Erwerb derselben kraft dieser Delation ganz ausgeschlossen werde⁹²; sondern, wenn das Kind die Erbschaft nicht annehmen will, so kann der Vater dieselbe ganz, auch dem Eigenthum nach, für sich erwerben, so daß er durch das Kind und statt desselben wie nach älterem Rechte eigentlich Erbe wird; wenn aber der Vater die Erbschaft verschmäht, so bleibt es dem Kinde unbenommen, dieselbe zu erwerben, und erlangt in diesem Falle der Vater auch nicht den Nießbrauch und die Verwaltung derselben, oder doch die letzte, wenn er sich ihr unterziehen will, nur insofern, als das Kind noch eines Beistandes bedarf, zu welchem Zwecke ihm sonst ein *Curator* gegeben wird⁹³. Ist aber das Kind, dem die Erbschaft deserirt wird, noch im Alter der Kindheit (*infantia*), so kann der Vater allein für dasselbe die Erbschaft antreten, mit derselben Wirkung, wie wenn das erwachsene Kind

⁸⁸ L. 8. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. D. *ibid.*

⁸⁹ L. 18. §. 4. Cod. h. t. Cf. L. 6. 8. Theod. Cod. l. c. L. 7. §. 1. D. de bon. poss. 37. 1. *Note 73.*

⁹⁰ §. 3. J. per quas personas nob. adquir. 2. 9.

⁹¹ Theod. Cod. l. c. Cod. Just. de bon. mat. 6. 60.

⁹² L. 14. D. h. t.

⁹³ L. 8. pr. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

dieselbe auf Befehl des Vaters antritt⁹⁴. Jenes kann sich dann freilich später durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Erbschaft wieder entschlagen; aber dann bleibt der Vater daran gebunden, als ob er anfangs dieselbe gegen den Willen des Kindes angenommen hätte⁹⁵. Wenn umgekehrt der Vater, z. B. als Wahnsinniger, unfähig ist, seinen Willen zu erklären, so wird, wie schon nach älterem Rechte utilitatis causa angenommen war, dem Sohne selbständig der Erwerb der Erbschaft gestattet⁹⁶. Ist übrigens die dem Haussohne deferirte Erbschaft eine solche, die zu dessen bona castrensia gehört, so kann er dieselbe jedenfalls als Vaterfamilias selbständig für sich erwerben⁹⁷, sowie er selbst auch dem zum Erben eingesetzten castrensischen Sklaven die Antretung der Erbschaft befehlen konnte⁹⁸. Doch soll auch in diesem Falle der Vater statt des Sohnes die Erbschaft anzunehmen berechtigt sein, wenn der letzte dieselbe ausschlägt⁹⁹.

Außer der Willensfähigkeit ist endlich zur Antretung wie zur Ablehnung der deferirten Erbschaft natürlich erforderlich ernstliche Willensbestimmung bei der darauf bezüglichen Erklärung, und zwar verbunden mit der Kenntniß derjenigen Umstände, welche die Delation der Erbschaft wesentlich berühren. Wer antritt oder ablehnt, muß vor Allem wissen, daß die Erbschaft ihm deferirt sei¹⁰⁰, und zwar ob durch Testament oder durch das Gesetz¹⁰¹, und in jenem Falle, ob pro parte oder ex asse, ex institutione oder ex substitutione¹⁰²; insbesondere, ob er bedingt oder unbedingt eingesetzt sei¹⁰³. Wer jedoch irrtümlich glaubt, unter Bedingung eingesetzt zu sein, zugleich aber die Bedingung für erfüllt hält, dessen Erklärung ist vollkommen wirksam, weil seine Meinung mit der wahren Lage der Sache in der That übereinstimmt¹⁰⁴, während hingegen bei der wirklich bedingten Erbeinsetzung der Eingesezte auch die Erfüllung der Bedingung erfahren haben muß¹⁰⁵. Wo ein Anderer für

⁹⁴ L. 18. pr. Cod. h. t. Vgl. den Art. Transmission (ex capite infantiae) im Rechtslexikon Bb 11. C. 520.

⁹⁵ L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

⁹⁶ L. 52. pr. L. 63. D. h. t. cf. L. 30. pr. D. ibid.

⁹⁷ L. 5. D. de castrens. pecul. 49. 17.

⁹⁸ L. 19. §. 1. D. l. c.

⁹⁹ L. 8. §. 2. Cod. de bon. quae lib.

¹⁰⁰ §. 7. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 19. 23. L. 32. 34. D. h. t. cf. L. 30. §. 2—5. L. 84. ibid.

Doch scheidet regelmäßig auch hier der Rechtsirrtum. L. 2. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18.

¹⁰¹ L. 17. 22. 46. 51. pr. D. h. t. cf. L. 77. ibid.

¹⁰² L. 93. D. h. t.

¹⁰³ L. 32. §. 1. D. h. t.

¹⁰⁴ L. 34. §. 1. D. h. t.

¹⁰⁵ So spricht wenigstens L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. Klar aus. Damit ist freilich schwer zu vereinigen L. 21. §. 3. D. h. t. Einen Vereinigungsversuch durch künstliche Interpretation der letzten

den eigentlichen Delaten die Erbschaft erwerben will, kommt es natürlich auf des ersten Wissenschaft an¹⁰⁶. Auch muß der Vater, damit sein Befehl zur Antretung der Erbschaft wirksam sei, von der Art und Weise der Delation Kunde haben¹⁰⁷; doch hindert es nicht, wenn er von der wirklich eingetretenen Delation noch keine sichere Kenntniß hat, wofern nur diese dem antretenden Sohne nicht mangelt, der Befehl des Vaters aber sich speciell auf diese Erbschaft bezogen hat¹⁰⁸; denn auf Seiten des Sohnes ist allerdings auch und vorzugsweise diese Kenntniß erforderlich¹⁰⁹, wenn nicht die unvollkommene Einsicht desselben nur durch des Vaters Willen ergänzt wird¹¹⁰. Auch der Irrthum über seine Eigenschaft als *necessarius* oder *voluntarius heres* hindert die Wirksamkeit der Antretung oder Ablehnung¹¹¹. Der Irrthum über andere Umstände dagegen ist ohne Einfluß, namentlich darüber, ob man *sui iuris*, ob mündig sei oder nicht¹¹², und vollends der Irrthum über den Bestand oder Reichthum der Erbschaft¹¹³. Auch braucht der Antretende nicht gerade die Größe seines Erbtheiles zu kennen¹¹⁴, und nur wenn aus Irrthum ausdrücklich zu einem geringeren Theile die Erbschaft angetreten ist, als zu welchem sie deferirt worden, ist die Antretung unwirksam¹¹⁵. Auch durch Betrug erzeugter Irrthum stört nicht die Giltigkeit der dadurch veranlaßten Antretung, wenn diese sonst wirksam ist; der Betrogene mag den Betrüger deßhalb in Anspruch nehmen¹¹⁶. Nicht minder ist auch die erzwungene Antretung an sich giltig; doch kann dagegen Restitution erlangt werden¹¹⁷. Wenn dagegen der Delat gar nicht ernstlich, sondern nur verstellter Weise die Erbschaft scheinbar angetreten

Stelle macht Gothofred. *animadvers. iur. civ. cap. 17. Cuiacius ad African. L. 46. D. h. t.* will dagegen in L. 21. §. 3. die Negation vor *posse adire her.* eingeschoben haben. Mayer, *Erbr. Bd. 1. S. 335. Note 8.* findet in beiden Stellen einen Gegensatz des früheren und des späteren Rechtes; dagegen aber ist zu bemerken, daß die Stelle des späteren Juristen (Ulpian) auf die Autorität eines noch älteren Juristen als Julian, der Verf. der anderen Stelle ist, Bezug nimmt. * Vgl. mein Lehrb. §. 507. Anm. 1.

¹⁰⁶ Noten 73. 74. 93. 91.

¹⁰⁷ L. 93. D. h. t.

¹⁰⁸ L. 30. §. 7. vgl. mit L. 25. §. 6. D. h. t.

¹⁰⁹ L. 30. §. 7. *cit. Sed contra, non acquirere, d. h.* in dem entgegengesetzten Falle, nämlich wenn der Sohn noch ungewiß ist über die Delation, der Vater nicht, findet die Erwerbung durch jenen nicht statt.

¹¹⁰ L. 8. §. 4. D. h. t.

¹¹¹ L. 45. 46. D. h. t.

¹¹² L. 34. pr. L. 96. D. h. t. Wer jedoch sich für *alieni iuris* haltend nur auf Befehl des Gewaltberrn angetreten hat, wird dadurch nicht gebunden. L. 74. §. 2. 3. D. h. t.

¹¹³ L. 8. pr. cf. L. 51. §. 2. D. h. t. §. 5. 6. J. h. t.

¹¹⁴ L. 21. §. 3. D. h. t. L. 5. §. 1. D. si pars hered. pet. §. 4.

¹¹⁵ L. 75. D. h. t. cf. L. 93. *ibid.*

¹¹⁶ L. 40. D. de dolo malo. §. 3.

¹¹⁷ L. 21. §. 5. 6. D. quod met. c. 4. 2. L. 85. D. h. t.

hat, so ist diese Handlung schlechthin nichtig¹¹⁸. Uebrigens muß die Antretung wie die Ablehnung der Erbschaft auch unbedingt und ohne Vorbehalt geschehen¹¹⁹, und nicht anders, als sie deferirt ist; namentlich kann nicht die deferirte Erbschaft zum Theil angenommen, zum Theil abgelehnt werden¹²⁰, und ebenso wenig kann, wer auf verschiedene Erbtheile eingesetzt ist, den einen annehmen, den anderen ablehnen¹²¹; vielmehr erwirbt er durch Annahme eines Theiles sofort das Ganze oder auch die übrigen ihm deferirten Erbtheile¹²², und ebenso muß denn auch der Vater, welcher den eigenen Erbtheil angenommen, auch die Antretung des dem Sohne deferirten Erbtheiles befehlen, und kann nicht von mehreren eingesetzten Kindern nur einem die Antretung befehlen, d. h. nach Justinianischem Rechte, er muß auch den anderen Erbtheil entweder für das Kind, oder, wenn dieses nicht will, für sich selbst sich gefallen lassen¹²³.

Uebrigens ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß die Antretung der Erbschaft nach Civilrecht, außer in den bereits angegebenen Ausnahmefällen¹²⁴, nicht durch einen Stellvertreter geschehen kann¹²⁵, obwohl die Agnition der *honorum possessio* durch einen Stellvertreter möglich ist¹²⁶. Man hat dieses durch die im älteren Rechte vorausgesetzte Förmlichkeit der Antretungshandlung erklären wollen¹²⁷, und allerdings stand bei der *cretio* gewiß schon die formelle Natur des Actes entgegen, sie durch einen Stellvertreter vornehmen zu lassen; allein jener Satz ist unabhängig davon; er ist von allgemeinerer Bedeutung¹²⁸ und bezieht sich ebenso wohl auf den Erwerb durch *nuda voluntas* und *pro herede gestio*, als durch *cretio*¹²⁹; es soll eben nur der eigene Wille des Delaten ihm die Erbschaft erwerben¹³⁰. Es steht jedoch nichts entgegen, daß der Delat durch speciellen Auftrag einem Anderen aufgabe, in seinem

¹¹⁸ L. 6. §. 7. D. h. t.

¹¹⁹ L. 54. §. 2. D. h. t. L. 77. D. de R. J.

¹²⁰ L. 4. D. h. t.

¹²¹ L. 2. L. 80. pr. §. 4. D. h. t.

¹²² L. 40. §. 35. pr. L. 80. §. 4. D. h. t. Die *cretio* als förmliche Handlung mußte freilich durch die Beschränkung auf einen Theil des Defedirten ungiltig sein, und dasselbe würde auch jetzt noch zu behaupten sein für den Fall, daß der Erblasser eine Erklärung der Antretung in bestimmter Form zur Bedingung gemacht hätte. Cf. L. 1. mit L. 40. D. cit.

¹²³ L. 35. §. 4. L. 36. D. h. t. Vgl. Noten 93—104.

¹²⁴ Noten 73. 74. 93 ff.

¹²⁵ L. 90. pr. D. h. t. per curatorem (Hil. procuratorem) hereditatem acquiri non posse. Cf. L. 54. pr. D. de acquir. dom. 41. 4.

¹²⁶ L. 3. §. 7. D. de bon. poss. 37. 4.

¹²⁷ Mühlentbruch, Lehrb. §. 702.

¹²⁸ Cf. L. 53. §. 4. D. de acquir. dom. Puchta, Lehrb. §. 490.

¹²⁹ Acquiri in L. 90. cit. ist nicht für cerni interpolirt, wie sonst häufig adire für cernere.

¹³⁰ Cf. L. 2. D. de off. procur. Caes. 4. 19.

Namen eine Handlung vorzunehmen oder eine Erklärung abzugeben, welche die Annahme der Erbschaft zu erkennen gibt; denn hier ist es in der That jener selbst, welcher die Erbschaft antritt, indem er durch den Stellvertreter seinen eigenen Willen, sie anzunehmen, an den Tag legt¹³¹. Die durch die Delation begründete rechtliche Möglichkeit, Erbe zu werden, ist auch insofern nur ein persönliches Recht, als der Erwerb der Erbschaft regelmäßig noch bei Lebzeiten des eigentlichen Delaten stattfinden muß und jene Möglichkeit nicht auf die Erben desselben übergeht. Inwiefern diese Regel Beschränkungen erleidet, ist in einem besonderen Artikel (Transmission der Erbschaft) auseinanderzusetzen*. Hier dagegen ist es nun an der Zeit,

II. die rechtlichen Folgen des Erwerbes der Erbschaft zu bestimmen. Im Wesentlichen ergeben sich diese von selbst aus demjenigen, was früher über die Natur des Erbverhältnisses gesagt worden ist¹³². Die Gesamtheit der Vermögensverhältnisse des Verstorbenen geht auf den Erben über, und zwar so, als ob dieser unmittelbar im Zeitpunkte des Todes in die Stelle des ersten eingetreten wäre¹³³. Der Erbe wird dadurch zugleich vollkommen Subject aller einzelnen Vermögensverhältnisse, die in der Erbschaft begriffen sind. Davon ist nun eine nothwendige Folge, daß die zuvor zwischen dem Erblasser oder der Erbschaft und dem Erben selbst bestandenen Obligationen und ebenso die dinglichen Rechte, welche zuvor dem Erben an Sachen des Erblassers oder umgekehrt diesem an Sachen des Erben zustanden, von selbst erlöschen (confusio)¹³⁴; daß ferner die accessorische Obligation des einen neben der gleich wirksamen Hauptobligation des anderen nunmehr, da beide sich in derselben Person vereinigen, ihre Bedeutung verliert¹³⁵. Ueberhaupt bestehen alle erbschaftlichen Rechtsverhältnisse in Beziehung auf den Erben nun eben so, als ob sie mit demselben Inhalte auf andere Weise für diesen begründet wären; es kann daher auch der Erbe des Erben das ganze jetzige Vermögen des letzten mit Inbegriff der erworbenen Erbschaft nur wieder als eine Erbschaft erwerben¹³⁶. Daher pflegt man von einer confusio

¹³¹ Mayer, Erbr. Bb. 1. S. 340.

* Rechtslex. Bb. 11. S. 511—535.

¹³² Note 1 ff.

¹³³ Note 32.

¹³⁴ L. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vend. 18. 4. L. 75. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de lib. legata. 34. 3. Cf. L. 21. §. 3. L. 50. D. de fideiuss. 46. 1. — L. 18. D. de servitut. 8. 4. L. 116. §. 4. D. de legat. I.

¹³⁵ L. 5. 14. D. de fideiuss. 46. 1. L. 71. pr. ibid. verb. »sed et accessiones etc.« L. 93. §. 2. 3. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3.

¹³⁶ L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 7. §. 2. D. h. t. Cf. L. 65. 70. D. de V. S. L. 194. D. de R. J.

bonorum (nämlich des Vermögens der Erbschaft und des Erben) zu sprechen, welche durch die Erbfolge bewirkt werde. Es würde aber verkehrt sein, wenn man damit die Vorstellung einer völligen rechtlichen Vermischung der beiden Vermögen verbände, d. h. mit andern Worten, einer gänzlichen Verschmelzung und Indifferenzirung der Qualität des Erben als solchen und der eigenen vermögensrechtlichen Persönlichkeit desselben, und wenn man somit die Repräsentation des Erblassers durch den Erben nur als etwas juristisch Momentanes ansehen wollte. Vielmehr sind alle erb-schaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten fortwährend deshalb Rechte und Verbindlichkeiten des Erben, weil und insofern er fortwährend die Person des Erblassers repräsentirt¹³⁷. Sobald in irgend einer Beziehung auf die Unterscheidung der beiden rechtlichen Qualitäten des Erben etwas ankommt, tritt auch der Gegensatz derselben praktisch bedeutend hervor. So kann es z. B. der Fall sein in Betreff von Correalobligationen, bei welchen Erblasser und Erbe theilhaftig waren. Der Correal-Gläubiger oder Schuldner, welcher Erbe eines Mit-Gläubigers oder Schuldners geworden, ist nun doppelt theilhaftig (*duas sustinet obligationes*), activ oder passiv, da von den gleichstehenden Obligationen keine die andere überwiegt und deshalb durch das Zusammentreffen in derselben physischen Person aufhebt; von materieller Bedeutung aber ist dies, sobald zwischen beiden Obligationen eine Differenz in der Wirksamkeit besteht, wenn z. B. dem Erblasser eine persönliche Exception entgegenstand oder zu statten kam, die das ursprüngliche Verhältniß des Erben zur Correalobligation nicht berührte¹³⁸. Wird ein Correalschuldner Erbe des Gläubigers, oder umgekehrt der Gläubiger Erbe eines Correalschuldners, so kann derselbe die übrigen Schuldner allerdings noch belangen; denn in seiner Qualität als Gläubiger hat er die Wahl, von welchem der Correalschuldner er Bezahlung fordern wolle, ob von sich selbst in seiner Qualität als *correus* oder von den Mitschuldnern; nur muß er diesen, wenn sie seine oder seines Erblassers *socii* sind, in dieser Eigenschaft den auf ihn selbst fallenden Theil der Schuld erlassen oder erstatten¹³⁹. Dagegen wenn ein Correalgläubiger Erbe des Schuldners oder der Schuldner Erbe eines Correalgläubigers geworden ist, so ist dadurch die Forderung der übrigen Correalgläubiger von selbst erloschen, indem jener jedem derselben entgegen kann, er habe in seiner Eigenschaft als Mitgläubiger von sich selbst als dem Schuldner (*confusione*) die Zahlung empfangen; aber

¹³⁷ Buchta, im Rhein. Mus. Ab. 3. S. 304. Lehrb. §. 498.

¹³⁸ L. 13. D. de duob. reis. 45. 2. L. 5. D. de fideiuss. 46. 1. L. 93. pr. §. 1. D. de solut. 46. 3.

¹³⁹ L. 71. pr. D. de fideiussor. 46. 1.

auch hier muß er als *correus credendi socius* natürlich pro rata parte Erfaß leisten¹⁴⁰. Ebenso kann die Unterscheidung der beiden Qualitäten im Erben auch in Betreff von accessorischen und Haupt-Verbindlichkeiten wichtig werden, wenn jene von größerer Wirksamkeit sind, als diese¹⁴¹). Und so sind denn auch in dem Erben des Erben wieder die beiden Qualitäten, welche schon der letzte in sich trug, zu unterscheiden, außer der eigenen vermögensrechtlichen Persönlichkeit des ersten¹⁴².

Vermöge der allgemeinen Natur des Erbverhältnisses muß nun der Erbe insbesondere auch die Schulden des Erblassers voll auszahlen, ohne Rücksicht auf den Bestand des Erbvermögens¹⁴³. Die Schulden haften unmittelbar auf der Person, nicht auf dem Vermögen; dieses bietet nur den Gläubigern in subsidium ein Mittel dar, sich Befriedigung zu verschaffen. Der Erbe aber succedirt in die Schuldverhältnisse des Erblassers ebenfalls unmittelbar; er repräsentirt diesen hier wie anderswo; wie nun der Erblasser selbst seinen Gläubigern verpflichtet war, so weit ihre Forderung sich erstreckte, nicht bloß so weit er Vermögen hatte, sie zu zahlen, so ist auch der Erbe denselben, nicht bloß so weit die Erbschaft reicht, verpflichtet. Hat also der Erbe noch anderes Vermögen, aus welchem jene Gläubiger ihre Bezahlung erlangen können, so ist das zu ihrem Vortheil. Dagegen aber können die Erbschaftsgläubiger auch mit anderen Gläubigern des Erben concurriren, welche mit ihnen nöthigenfalls auch aus dem Erbschaftsvermögen, als einem ihrem Schuldner jetzt gehörenden Gute, ihre Befriedigung suchen. In beiden Beziehungen aber sind bedeutende Modificationen der Regel möglich.

Vorerst kann der Erbe nach einer Justinianischen Verordnung gegen die Gefahr, mehr an Schulden zahlen zu müssen, als die Erbschaft actives Vermögen hat, dadurch sich schützen, daß er, die Erbschaft antretend, in bestimmter Frist und gehöriger Form ein Inventarium derselben

¹⁴⁰ Darn sind zwar Manche anderer Meinung, z. B. Unterholzner, *Schuldverhältnisse* Bd. 1. S. 368., wie es scheint auch Wählenbruch, *Lehrb.* §. 479. Note 3. §. 493. Note 8., Wenig-Jungenheim, *Lehrb.* Bd. 1. §. 167; es ist aber offenbar inconsequent, diesen Fall dem in L. 71. cit. behandelten gleichzustellen. Es heißt dieses ebenso viel, als die Erbschaft oder das Vermögen des Erben um den Werth der Correalforderung schlechthin vermindern; eine solche Wirkung soll aber die *confusio* nicht haben. L. 41. D. de eviction. 21. 2. Cum debitor creditori suo heres extiterit, . . intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse; et ex contrario, cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur, tanquam ipsa hereditas heredi solverit. Nach obiger Ansicht würde die hereditas nicht maior sein, wenn der Erblasser eine Correalforderung gegen den Erben hatte, der Erbe aber, welcher eine Correalforderung gegen jenen hatte, würde diese verlieren und nur zu Gunsten des Mitgläubigers minus in hereditate habere.

¹⁴¹ L. 21. §. 2. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. Vgl. Mayer, *Erbr.* Bd. 1. S. 358. 359. Man vgl. auch noch in anderer Beziehung L. 34. §. 13. D. de legat. 1. L. 1. §. 15. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

¹⁴² L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. utriusque hereditatem, sc. filii et patris.

¹⁴³ L. 8. D. h. t. L. 10. Cod. h. t. cf. L. 36. D. de bon. lib. 38. 2.

errichtet ¹⁴⁴. Von diesem *beneficium inventarii* ist schon in einem besonderen Artikel die Rede gewesen ¹⁴⁵. Die Wirkung desselben ist diese, daß der Erbe nun jedenfalls nichts aus seinem ursprünglich eigenen Vermögen aufzuopfern braucht, um die Gläubiger der Erbschaft zu befriedigen, sondern diesen nur, so weit der Betrag der Erbschaft ausreicht, zu zahlen hat. Dieser Betrag der Erbschaft aber ist dann natürlich zu ermitteln ohne Rücksicht auf die rechtlichen Folgen der Antretung, namentlich auf die sonst eintretende *confusio*, so daß auch der Erbe diejenigen Handlungen des Erblassers, durch welche er in seinem ursprünglich eigenen Vermögen beeinträchtigt wird, nur insofern anzuerkennen verpflichtet ist, als er dafür in der Erbschaft sonst hinreichende Entschädigung findet ¹⁴⁶. Man drückt dieß häufig so aus: durch das *beneficium inventarii* werde die sonst eintretende *confusio honorum* abgewendet. Es ist aber dabei wohl zu bemerken, daß der Betrag der Erbmasse von dem sonst eigenen Vermögen des Erben nur insofern streng zu scheiden ist, als es in Frage gestellt wird, ob der Erbe alle Schulden voll auszuführen habe, und dieser Fall kann häufig erst eintreten, nachdem der Erbe lange schon im Besitze der Erbschaft war. Abgesehen davon hat die Antretung hier alle regelmäßigen Wirkungen. Der Erbe kann jetzt so wenig wie sonst eine Forderung gegen sich selbst haben oder eine Servitut an einer Sache, die sich in seinem Eigenthume befindet. Und es ist durchaus kein Grund zu bezweifeln, daß auch nach der Antretung *cum beneficio inventarii*, das bloß zu Gunsten des Erben eingeführt ist, die eigenen Gläubiger des Erben wie sonst in Geltendmachung ihrer Forderungen gegen das durch die Erbschaft dem Schuldner erworbene Vermögen mit den Gläubigern des Erblassers concurriren können, wenn diese sich nicht anders vorgesehen haben ¹⁴⁷. Dem Soldaten ist übrigens auch ohne Inventarserrichtung die Beschränkung seiner Haftung für die Schulden der Erbschaft auf den Betrag der Activa derselben gewährt ¹⁴⁸. Außerdem kann nach allgemeinen Grundsätzen durch Vertrag eine Beschränkung der Verbindlichkeit des Erben begründet werden ¹⁴⁹.

Auf der anderen Seite können die Gläubiger der Erbschaft gegen die gefährliche Concurrenz mit den Gläubigern eines zahlungsunfähigen

¹⁴⁴ L. 22. Cod. h. t.

¹⁴⁵ Bb. 1. §. 909—917. Damit ist jetzt zu vergleichen Mühlensbruch, Erläuter. Bb. 41. §. 355 fg.

¹⁴⁶ L. 22. cit. §. 4. 9. bgf. mit L. 4. §. 1. D. de except. rei vend. 21. 3. L. 14. Cod. de evict. 8. 45.

¹⁴⁷ Bgl. Note 150.

¹⁴⁸ L. 22. pr. §. 15. Cod. l. c.

¹⁴⁹ L. 4. pr. D. de doli mali exc. 44. 4. Insbesondere kann dem Delaten auch durch die Majorität der Gläubiger ein Nachlaß bewilligt werden. L. 7. §. 17. L. 10. pr. D. de pactis. 2. 14.

Erben, es mag dieser cum beneficio inventarii angetreten haben oder nicht, durch das beneficium separationis sich verwahren, ein beneficium, dessen sich gleicherweise auch die Vermächtnißnehmer erfreuen können, während es den übrigen Gläubigern des Erben regelmäßig nicht gewährt ist. Auch davon ist bereits in einem besonderen Artikel gehandelt worden¹⁵⁰.

Sind mehrere zusammen Erben des Verstorbenen geworden, so treten die angedeuteten Wirkungen des Erwerbes der Erbschaft für jeden Einzelnen von ihnen nur nach Verhältniß seines Erbtheiles ein, da jeder nur pro parte den Verstorbenen repräsentirt. Forderungen und Schulden des Erblassers werden von selbst nach jenem Verhältniß unter den Erben getheilt, dergestalt, daß sie in so viele einzelne Schuldverhältnisse von geringerem Inhalte zerfallen, als Erben sind¹⁵¹. Ebenso theilt sich das Eigenthum aller einzelnen Erbschaftsachen nach intellectuellen Theilen (partes pro indiviso) unter die Erben als Miteigenthümer¹⁵². So können denn auch die Wirkungen der confusio durch die Erbschaft nur pro parte eintreten; der Erbe, welcher gegen den Erblasser eine Forderung oder Schuld hatte, bleibt Gläubiger oder Schuldner der Miterben, nach Verhältniß ihrer Erbtheile¹⁵³, und er behält in gleichem Maße die ihm früher zugestandenen besonderen Rechte an den Sachen der Erbschaft als iura in re aliena¹⁵⁴. Nur die Untheilbarkeit eines Rechtsverhältnisses bringt unvermeidlich gewisse Modificationen in der Anwendung der obigen Regel mit sich¹⁵⁵. Was übrigens das Verhältniß unter Miterben angeht, so sind darüber die Art. Erbtheilung und Einwerfung (unten Nr. 44.) zu vergleichen, über den Fall aber, wenn ein zur Miterbschaft Berufener zu seinem Theil die Erbschaft nicht erwirbt, der Art. Anwachsungsrecht¹⁵⁶.

Daß die Schulden des Erblassers auf den Erben übergehen, liegt in der Natur der Erbfolge an sich. Außerdem aber kann der Erbe auch besonders verpflichtet werden durch Anordnungen und Auflagen des Erblassers, welche jener zu erfüllen hat. Er wird dazu nach der Ansicht des römischen Rechtes durch die Antretung der Erbschaft denjenigen,

¹⁵⁰ Rechtslexikon Bb. 1. S. 917—925.

¹⁵¹ L. 6. Cod. fam. ercisc. 3. 36. Cf. L. 25. § 1. 9. D. eod. 10. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32.

¹⁵² L. 1. pr. L. 20. § 4. D. fam. ercisc. 10. 2.

¹⁵³ L. 50. D. de fideiuss. 46. 1.

¹⁵⁴ 3. B. Ususfructus. Arg. L. 6. pr. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 6.

¹⁵⁵ In Betreff der Prädialservituten, welche per partes retinentur: L. 30. § 1. D. de serv. praed. urb. 8. 2. L. 27. D. de serv. praed. rust. 8. 3.; in Betreff untheilbarer Obligationen: L. 25. §. 9. 10. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 17. D. de servitut. 8. 1. L. 2. 85. D. de V. O. 45. 1.

¹⁵⁶ Bb. 1. S. 272—313.

denen der Vortheil zugewendet werden soll, quasi ex contractu verpflichtet¹⁵⁷. Diese Verpflichtung erstreckt sich aber regelmäßig nicht weiter, als der Betrag desjenigen, was der Erbe durch die Erbschaft an wahren Vermögen erlangt, Ersatz dafür bietet; die Vermächtnisse sind nur gültig, soweit nach Abzug der Schulden der Erbschaft noch ein Ueberschuß an Vermögen sich ergibt¹⁵⁸. Eine Folge davon ist, daß die Gläubiger der Erbschaft, wenn sie mit den Vermächtnißnehmern zusammen separationem bonorum erwirkt haben, jedenfalls vor diesen ihre Bezahlung aus dem erbenschaftlichen Vermögen verlangen können, wenn dieses eben nicht zur Befriedigung aller Gläubiger und Vermächtnißnehmer hinreicht¹⁵⁹. Gänzlich verfehlt aber ist die Meinung, daß, wenn separatio bonorum nicht erwirkt worden ist, auch die eigenen Gläubiger des zahlungsunfähigen Erben vor den Vermächtnißnehmern auf Befriedigung Anspruch haben, weil kraft der alsdann eintretenden confusio bonorum die Gläubiger des Erben den Gläubigern des Erblassers gleichzustellen seien¹⁶⁰. Diese Meinung konnte nur aus einer falschen Vorstellung von der sogenannten confusio bonorum hervorgehen, als ob diese in einer vollständigen rechtlichen Vermischung der Vermögen des Erblassers und des Erben bestände. Der Erbe repräsentirt den Erblasser, und deswegen sind des letzten Gläubiger nun auch Gläubiger des Erben, gleich den übrigen Gläubigern desselben. Aber das Verhältniß ist nicht reciprok, so daß umgekehrt die ursprünglich eigenen Gläubiger des Erben so zu betrachten wären, als ob sie auch Gläubiger des Erblassers gewesen seien und daher diesen in aller Rücksicht gleichgestellt werden müßten. Die Sache ist vielmehr einfach diese. Der Regel nach stehen Gläubiger des Erblassers und des Erben in gleichem Verhältniß zu diesem; Gläubiger des Erben aber sind auch die Vermächtnißnehmer, so weit die Vermächtnisse gültig sind, also namentlich so weit dieselben nicht über den Betrag der activen Vermögensmasse hinaus gehen; sie haben dann insofern auch jedenfalls gleiches Recht, wie alle übrigen, die aus irgend einem anderen Grunde Forderungen gegen den Erben erworben haben. Es ist aber ihnen, gleich den Gläubigern des Erblassers, noch die besondere Vergünstigung gewährt, mit Ausschließung anderer Gläubiger des Erben sich nur an die Erbmasse halten zu können, d. h. separationem

¹⁵⁷ §. 5. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27.

¹⁵⁸ §. 1. J. de sing. reb. per fideicom. rel. 2. 24. L. 114. §. 3. D. de legat. I. cf. L. 1. §. 6. L. 8. pr. D. de legat. III. L. 11. §. 5. in f. D. ad leg. Falcid. 35. 2. »ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii.« L. 1. §. 17. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

¹⁵⁹ L. 4. §. 1. L. 6. pr. in f. D. de separation. 42. 6. L. 22. §. 5. Cod. de iure delib.

¹⁶⁰ Mühlentuch, Lehrb. §. 709. Note 5.

honorum zu verlangen. Nach einer späteren Justinianischen Verordnung ist jedoch dem Erben auch vollständige Auszahlung der Vermächtnisse, selbst über den Activbestand der Erbschaft hinaus, auferlegt, wenn er nicht für Errichtung eines ordnungsmäßigen Inventars der Erbschaft Sorge getragen hat, durch welches der Bestand der Erbschaft sicher festgestellt ist¹⁶¹. Indessen war diese Lehre von Verpflichtungen des Erben durch besondere Verfügungen des Erblassers hier nur im Allgemeinen zu berühren; das Nähere darüber ist dem Art. Vermächtnisse vorbehalten*.

Endlich zum Schutze und zur Geltendmachung seines Erbverhältnisses stehen dem Erben verschiedene Rechtsmittel zu Gebote, theils provisorische, theils definitive, über welche ebenfalls besondere Artikel zu vergleichen sind¹⁶². Der Erwerb der Erbschaft mit seinen regelmäßigen Wirkungen kann übrigens ausnahmsweise wieder rückgängig gemacht werden, theils mit dem Willen des Erben, theils ohne denselben. Mit dem Willen des Erben ist es möglich kraft des *beneficium abstinendi*, welches den *sui heredes* gewährt ist¹⁶³, und durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Antretung, oder, wenn von einem *suus heres* die Rede ist, gegen die Einmischung, durch welche er sich des *beneficium abstinendi* verlustig gemacht hat. Die letzte kann stattfinden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Restitution vorhanden sind. Als Gründe derselben (*iustae causae*) werden namentlich erwähnt Minderjährigkeit¹⁶⁴, und Zwang zur Antretung¹⁶⁵; dagegen kann der bloße Irrthum über den Bestand der Erbschaft nach Justinianischem Rechte um so weniger als Restitutionsgrund genügen, als der Erbe es in seiner Gewalt gehabt hätte, mittelst des *beneficium inventarii* sich gegen den möglichen Nachtheil der Erbantretung sicher zu stellen¹⁶⁶. Der Restituirte bleibt zwar streng genommen *heres*; aber die Wirkungen des Erbverhältnisses werden auf prätorische Weise durch *exceptio* und *actionum denegatio* zu nichte gemacht, so daß im Resultat der Restituirte nicht anders gestellt ist, als ob er die Erbschaft nicht angetreten habe, ebenso wie der *suus heres*, wenn er von dem *beneficium abstinendi* Gebrauch macht, wie

¹⁶¹ Nov. 1. cap. 1. pr. cap. 2. §. 1. 2.

* Siehe den Art. *Legat* in Bb. 6. §. 279 flg. (unten Nr. 50.)

¹⁶² S. die Art. *hereditatis petitio* und *interdictum quorum honorum* (unten Nr. 45. 46.) und vgl. auch Bb. 2. §. 295—304.

¹⁶³ Vgl. darüber Bb. 1. §. 856—871.

¹⁶⁴ L. 1. Cod. si minor ab hereditate se absteineat. 2. 39. L. 57. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. §. 5. J. de hered. qual. 2. 19. L. 7. §. 5. D. de minorib. 4. 4.

¹⁶⁵ L. 85. D. de acquir. hered. L. 21. §. 5. D. quod met. causa. 4. 2.

¹⁶⁶ §. 6. J. l. c. cf. Gai. II. 163.

denn auch in Beziehung auf die Restitution gegen die Erbantrittung derselbe Ausdruck *abstinere se ab hereditate* vorkommt¹⁶⁷. Ohne Willen des Erben kann der Erwerb rückgängig gemacht werden, theils civilrechtlich durch Rescission des Testaments, durch welches die Erbschaft deferirt war¹⁶⁸, theils nach prätorischem Rechte dadurch, daß ein vorgehender Erbe gegen die Ablehnung der Erbschaft restituirt wird¹⁶⁹. Auch kann die erworbene Erbschaft wegen Unwürdigkeit dem Erben entzogen werden¹⁷⁰.

Wesentlich verschieden von der Aufhebung des Erwerbes der Erbschaft ist die Veräußerung derselben. Diese ist dem Erben gestattet, sowohl nachdem er die Erbschaft erworben hat, als auch schon im Voraus, selbst ehe ihm dieselbe deferirt worden ist¹⁷¹. Durch solche Veräußerung kann aber derjenige, welcher einmal Erbe geworden ist, nicht von der Erbschaft sich lossagen und den anderen Contrahenten zum eigentlichen Erben an seiner Statt machen¹⁷²; und derjenige, welcher noch nicht Erbe geworden ist, überträgt durch die Veräußerung eben so wenig die Möglichkeit, selbst Erbe zu werden, auf den anderen Contrahenten¹⁷³. Vielmehr

¹⁶⁷ L. 7. §. 5. 10. L. 31. D. de minor. 4. 4. Cf. L. 30. §. 10. 11. D. de fideicomm. hered. 40. 5. Vgl. Rechtslex. Bb. 1. S. 861—865. Ueber das Anwachsungsrecht in diesem Falle vgl. das. S. 274. Daß auch in demselben Maße, wie im Falle der Abstinenz des suus heres, die Nacherben des Restituirten zur Erbschaft gelangen können, ist unbedenklich anzunehmen. L. 6. §. 3. D. de bonis lib. 38. 2. L. 1. §. 10. L. 2. §. 10. D. ad Sc. Tertull. et Orphit. 38. 17. Vgl. Bb. 1. S. 865—868. Mit Unrecht aber wird dort die Meinung bestritten, daß durch *honorum possessio ex edicto successorio* alle nachfolgenden Erben die Erbschaft erhalten können, wenn nur nicht gegen die bereits agnoscirte *honorum possessio* ein früher Berufener Restitution erlangt hat. L. 2. D. de succ. ed. 38. 9: denn die *honorum possessio* ist eben nur insofern *sine re*, als ein besser berechtigter Civilerbe die Erbschaft erbcirt, was von Seiten des Restituirten regelmäßig nicht geschehen wird; Gai. III. 37. Ulp. XXVIII. 13. Dem *Fiscus* aber werden die *bona* als *vacantia* erst dann zugesprochen, wenn *certum esse coepit* in *neque heredes neque honorum possessorem extare*, L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14., und nur unter derselben Voraussetzung wird den Gläubigern *honorum possessio* und *venditio* gestattet. L. 1. pr. D. de succ. ed. 38. 9. Gai. III. 78. Daß nach L. 7. §. 10. cit. der dem restituirten Minderjährigen substituirt Sklave nur ausnahmsweise (*si non est solvendo hereditas*) zur Erbschaft zugelassen wurde, erklärt sich daraus, daß ein Unfreier nicht *honorum possessio* agnosciren konnte, die Freiheit aber civilrechtlich dem Sklaven nur zu Theil wurde, wenn der Substitutionsfall nach Civilrecht eintrat, was durch die Antrittung des Institutirten ausgeschlossen war. — Ueber einen besonderen Fall vgl. noch L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Note 95.

¹⁶⁸ L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2.

¹⁶⁹ L. 2. Cod. si minor ab hered. se abstin. 2. 39. L. 1. 2. Cod. si ut omissam hered. acquirat. 2. 40. L. 7. §. 10. D. de minor. 4. 4.

¹⁷⁰ Vgl. den Art. *ereptitia* im Rechtslexikon Bb. 4. S. 48 fg.

¹⁷¹ L. 7. 10—13. D. de hered. vel act. vend. 48. 4. Cf. L. 3. §. 2. D. pro socio. 17. 2.

¹⁷² L. 88. in f. D. de hered. instit. 28. 5. L. 2. 6. Cod. de hered. vel act. vend. 4. 39.

¹⁷³ Nach vorjustinianischem Rechte konnte zwar die *legitima hereditas delata nondum adita* mit solcher Wirkung einem Anderen in *iure* cedirt werden, Gai. II. 35. III. 85—87. Ulp. XIX. 13. 14., und Manche hätten denn eine solche Uebertragung ohne die Form der in *iure* cessio auch nach neuem Rechte noch für möglich. Puchta, Lehrb. §. 495. Anm. 1. Besenke, de alienat. hered. (Hal. 1774.) p. 119 sq. Allein im Justinianischen Rechte wird dessen nirgends erwähnt, das Recht aus der Delegation der Erbschaft aber als ein persönliches, nicht einmal vererbliches, daher auch gewiß nicht veräußerliches angesehen (vgl. oben Nr. 1. a. C.); daher ist jene Meinung gewiß verwerflich. Mühlensbruch, Pand. §. 710. Note 4. Es kann aber wohl die Veräußerung der deferirten Erbschaft selbst schon die Antrittung in sich schließen oder vielmehr aussprechen. Mayer, Erbr. Bb. 1. §. 129. Note 1.

entsteht daraus überall nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Veräußerer und dem anderen Contrahenten, kraft dessen unter diesen rücksichtlich der Vortheile und der Lasten der Erbschaft materiell dasselbe Resultat zu erzielen ist, als ob dieser und nicht jener der Erbe wäre¹⁷⁴, und im Falle der Veräußerung einer noch nicht erworbenen Erbschaft insbesondere ist der Veräußerer verpflichtet, zu jenem Zwecke dieselbe anzutreten, und haftet für Ersatz, insofern er durch seine Schuld, gegen den Inhalt des Vertrages, den wirklichen Erwerb der Erbschaft nicht macht, und daher dieselbe auch dem anderen Contrahenten nicht zuwenden kann¹⁷⁵. Der Umfang der gegenseitigen Verbindlichkeiten ist mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des Gegenstandes näher zu bestimmen nach der Natur des Veräußerungsgeschäftes; die Quellen enthalten genauere Bestimmungen nur in Ansehung des Verkaufes der Erbschaft, die aber größtentheils auch bei anderen Veräußerungsgeschäften analog anzuwenden sind¹⁷⁶. Der Verkäufer muß dem Käufer alle in der Erbschaft begriffenen Vermögensvortheile überlassen und übertragen¹⁷⁷, insbesondere die Sachen der Erbschaft, sofern er nicht ohne seine Schuld dazu außer Stand ist, tradiren¹⁷⁸, und die erbschaftlichen Forderungen oder Klagrechte abtreten, damit der Käufer selbst die einzelnen Ansprüche verfolgen möge¹⁷⁹. Doch bedarf es nach dem Verkaufe der Erbschaft nicht mehr einer besonderen Ermächtigung (*mandatum ad agendum*) zur Anstellung der einzelnen erbschaftlichen Klagen; sondern in jenem liegt schon eine allgemeine Abtretung derselben, vermöge deren sie als *utiles actiones* sofort vom Käufer angestellt werden können¹⁸⁰. Dagegen können die Gläubiger der Erbschaft nicht ohne Weiteres an den Käufer derselben verwiesen werden; ihnen bleibt vielmehr der Verkäufer als der eigentliche Erbe verhaftet¹⁸¹. Aber der Käufer ist diesem verpflichtet, da er, wie den Vortheil, so auch den Nachtheil der Erbschaft zu übernehmen hat, entweder gegen die Klagen der Gläubiger der Vertheidigung sich zu unterziehen und dieselben gebührend zu befriedigen, oder Ersatz dafür zu leisten, wenn der Verkäufer

¹⁷⁴ L. 2 §. 9. 10. D. de hered. vel act. vend.

¹⁷⁵ L. 8—12. D. l. c. Ist der andere Contrahent selbst der Rücküberfene nach dem Veräußerer, so kann des letztern Verbindlichkeit auch bloß darauf sich beschränken, daß er die Erbschaft ablehne und so jenem die Antrittung derselben überlasse. L. 5. §. 5. D. de iure dot. 23. 3. L. 14. §. 3 D. de fundo dotali. 23. 5.

¹⁷⁶ Dig. de hereditate vel actione vendita. 48. 4. Cod. 4. 39.

¹⁷⁷ L. 1. §. 1. 4. 5. et sq. D. h. t. Ob auch den accrescirenden Erbtheil? wird auf die Interpretation des Vertrages ankommen. Bgl. Bb. 1. S. 272.

¹⁷⁸ L. 2. §. 3. L. 14. §. 1. D. h. t. Bgl. Bb. 1. S. 272.

¹⁷⁹ L. 2. §. 8. D. h. t.

¹⁸⁰ L. 5. Cod. h. t. L. 16. pr. D. de pactis. 2. 14. (*rescriptum est a Divo Pio*).

¹⁸¹ L. 2. Cod. h. t. So auch den Legatarien, L. 2. Cod. de legatis. 6. 37.

aus dem Seinigen, was recht ist, zu solchem Zwecke hergegeben hat¹⁸², so wie dem Verkäufer überhaupt für alles dasjenige Ersatz gebührt, was etwa auf Kosten seines anderweitigen Vermögens über den eigentlichen Betrag der Erbschaft hinaus dem Käufer zu Theil werden mag, z. B. durch confusio¹⁸³; dahingegen umgekehrt dieser auch im Zweifel zu fordern berechtigt ist, was dem Erblasser gegen den Erben zustand¹⁸⁴.

Singuläres Recht aber gilt in Betreff der Veräußerung einer Erbschaft durch den Fiscus. Hier wird der Käufer wirklich Universalsuccessor anstatt des verkaufenden Fiscus, und es haben die Gläubiger der Erbschaft auch nur gegen jenen ihre Klagen zu richten¹⁸⁵. Dieß ist zwar neuerdings in doppelter Beziehung bestritten worden¹⁸⁶. Erstens nämlich soll durch die Stellen, welche die unmittelbare Haftung des Erbschaftskäufers in dem angegebenen Falle aussprechen, keineswegs die Ansicht begründet werden, daß derselbe in Wahrheit Universalsuccessor werde. Dann aber soll durch spätere Verordnungen¹⁸⁷ ein solcher Käufer schlechthin von allen Ansprüchen der Gläubiger befreit und diesen nur binnen vier Jahren der Regreß gegen den veräußernden Fiscus übrig gelassen sein. Allein die erste Meinung sträubt sich vergeblich, eine Universalsuccession anzuerkennen, wo alle wesentlichen Merkmale einer solchen offenbar vorliegen¹⁸⁸, und die andere beruht auf falscher Anwendung eines Gesetzes, welches keinen anderen Zweck hat, als demjenigen, welchem vom Fiscus Etwas verkauft oder sonst veräußert wird, den Gegenstand dieses

¹⁸² L. 2. Cod. h. t. L. 2. in f. Cod. de legat. L. 2. §. 7. D. h. t.

¹⁸³ L. 2. §. 17—20. cf. §. 11. 16 D. h. t.

¹⁸⁴ L. 2. pr. §. 3. D. h. t.

¹⁸⁵ L. 1. Cod. h. t. L. 41. D. de iure fisci. 49. 14. Daher wird diesem Käufer auch utilis hereditatis petitio gegeben. L. 54. D. de hered. pet. 5. 3.

¹⁸⁶ Kämmerer, in der Ztschr. für Civilr. u. Proz. Bb. 11. S. 346—413.

¹⁸⁷ L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. Cf. §. ult. J. de usucap. 2. 6.

¹⁸⁸ Der Verf. gibt wohl zu, daß nach L. 1. Cod. h. t. die Gläubiger sich nur an den Käufer halten und den Fiscus gar nicht mehr in Anspruch nehmen könnten, auch nicht in subsidium, wenn etwa jener nicht mehr zahlungsfähig wäre (S. 364), in welchem Falle keineswegs bloß „ein Umweg im Prozeßverfahren abgebrochen ist.“ Wenn nun aber die erbschaftlichen Klagen sowohl passiv als activ auf den Käufer übergehen, sei es auch als utiles actiones, so ist wahrlich nicht einzusehen, warum dieß weniger Universalsuccession sei, als die des honorum possessor oder des Universalfideicommissars nach Sc. Trebellianum. Daß die hereditatis petitio gegen den Käufer utilis genannt wird (L. 13. §. 9. D. de her. pet.), beweist nichts; denn auch die Klage gegen den Universalfideicommissar ist utilis. Arnolds, Beiträge Bd. 1. S. 36. 37. Aber auch die Behauptung, daß die Universalsuccession eine civilrechtliche sei (Arnolds a. a. D. S. 60.), kann nicht aufgegeben werden, wie der Verf. S. 362. Note 32. verlangt. Der Grund, warum der sector honorum civiliter in universum ius succedire, war der, weil ihm öffentlich im Namen des Volkes durch einen Schatzbeamten das gesammte Vermögen zugeschlagen wurde (publicatione, sub hasta). L. 65. §. 12. D. pro socio. 17. 2. §. 7. J. de societate. 3. 25. Varro, de re rust. II. 40. Dieß aber geschah ohne Zweifel auch bei dem Verlaufe der dem Fiscus zugesfallenen Erbschaften. Dieß nimmt auch Stieber, de honorum emtione, ausdrücklich an (pag. 3. 5. 15.), und zwar mit Bezugnahme auf L. 1. Cod. cit., und spricht also nicht bloß, wie Kämmerer sagt, von einem Falle, „der mit dem unsrigen nichts zu thun hat.“

Geschäftes gegen alle irgend begründeten Rechtsansprüche dritter Personen zu sichern, wobei aber wohl zu beachten ist, daß der Gegenstand des Erbschaftskaufes nicht dieses oder jenes einzelne Vermögensobject ist, sondern die Gesamtheit der Erbschaft mit allen Rechten und Verbindlichkeiten, Vortheilen und Lasten ¹⁸⁹ *.

35.

Erbc. Heres. **

Heres ¹ heißt nach strengem Sprachgebrauche der römischen Jurisprudenz derjenige, welcher nach Civilrecht in die Gesamtheit der Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen eintritt (qui civili iure in universum ius defuncti succedit), dergestalt, daß alle einzelnen vermögensrechtlichen Verhältnisse des Verstorbenen, passive und active, sofern sie nicht durch den Tod erlöschen, mit voller civilrechtlicher Wirkung in der Person des Nachfolgers ebenso fortbestehen, wie sie in der Person des Verstorbenen bestanden hatten und bestehen würden ². Er ist entweder heres ex asse, solus heres, einziger Erbe, oder pro parte, ex parte, Theilerbe, welcher letzte im Verhältniß zu den Concurrenten coheres, Miterbe, heißt ³. Nach Verschiedenheit des Delationsgrundes ist er entweder ex testamento heres, testamento scriptus, institutus heres ⁴, testamentarius h. ⁵, oder ab intestato, legitimus heres ⁶, und der testamentarische Erbe ist entweder institutus im engeren Sinne,

¹⁸⁹ Daher ist allerdings L. 13. §. 9. D. de hered. pet. durch diese Gesetze antiquirt, weil sie von einer Klage gegen den Käufer spricht, welche die erkaufte Hereditas als Ganzes ansieht (Arndts a. a. D. S. 37.); wer aber auch L. 1. Cod. cit. dadurch für aufgehoben erklärt, der bürdet dem Compilatoren ohne Noth ein weit größeres Versehen auf, und wendet zudem eine Verordnung, die wesentlich auf den Vortheil des Fiscus berechnet ist, auf ganz ungeeignete Weise zu dessen Nachtheil an. Vgl. unten Nr. 49. zum Lehrb. §. 540.

* Rechtslexikon von Weiske IV. S. 1—27. (1843.)

** Lehrb. §. 464. Anm. 3.

¹ Vgl. Brissonius, de verb. sign. v. heres. Dirksen, manuale latininitatis v. heres.

² §. 7. J. de hered. qual. 2. 19.: veteres enim heredes pro dominis appellabant. §. 2. J. de bon. poss. 3. 9. (Gai. III. 32.): praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales.

³ L. 10. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. L. 17. D. de iud. 5. 1. L. 4. §. 1. D. de cond. inst. 28. 7.

⁴ Vgl. den Art. Erbinsetzung Bb. 3. S. 907 flg. (unten Nr. 37.)

⁵ Diesen Ausdruck finden wir zwar in den Quellen nicht, wohl aber testamentaria hereditas, L. 130. D. de V. S. L. 17. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 6. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8.; und ganz analog ist testamentarius tutor, L. 1. §. 5. D. de suspectis tut. 26. 40. L. 11. §. 1. 4. D. de testamentaria tutela. 26. 2.

⁶ Vgl. den Art. Intestataterbfolge (unten Nr. 36.) Tit. D. de suis et legitimis her. 38. 47. unde legitim. 38. 7. Cod. 6. 15. u. 58.

oder substitutus heres⁷. Mit Rücksicht auf die Art und Weise der Erwerbung der Erbschaft wird ferner unterschieden der necessarius und voluntarius heres; der erste aber ist entweder necessarius schlechthin, d. i. der Sklave, welcher durch den letzten Willen des Erblassers zugleich die Freiheit erlangt und zu dessen Erben berufen wird, oder suus et necessarius, d. i. derjenige, welcher, durch den Tod des Erblassers von der väterlichen Gewalt befreit, von selbst Erbe desselben wird. Im Gegensatz davon heißen Andere auch extranei heredes⁸. In modern-lateinischer Terminologie aber hat man necessarius heres nicht nur denjenigen genannt, der, zur Erbschaft berufen, von selbst und ohne seinen Willen dieselbe erwirbt, sondern auch denjenigen, welchen der Erblasser, wenn sein Testament gültig sein soll, zum Erben einsetzen muß (Notherbe)⁹.

Im weiteren Sinne werden nun aber unter der Bezeichnung heredes auch diejenigen mitbegriffen, die zwar nicht nach Civilrecht Erben geworden sind, die aber, was den praktischen Erfolg betrifft, eine gleiche Stellung einnehmen, als ob jenes der Fall wäre (heredi similes personae, qui loco heredum sunt)¹⁰. Dahin gehören vor allen die bonorum possessores¹¹. Diese werden zwar in den Quellen nicht geradezu heredes genannt, vielmehr mit anderen personae heredi similes in vielen Stellen von den heredes unterschieden¹². Allein nicht nur muß sehr häufig, was ausdrücklich nur von dem heres gesagt ist, doch auch auf den bonorum possessor bezogen werden¹³, sondern die Quellen

⁷ Vgl. den Art. Substitution (unten Nr. 40.) — Nach deutschem Rechte kann man auch noch von einem pactitius heres reden. Rechtslexikon Bd. 4. S. 34 fig.

⁸ Vgl. Bd. 4. S. 7 fig. Bd. 1. S. 866 fig. — Sua heres, L. ult. D. de dot. coll. 37. 7. Gai. III. 3. (coll. XVI. 2.) — Gegensatz von sui und (anderen) legitimi heredes. Tit. D. de suis et legitimis. Paul. sentt. IV. 8. §. 24.: neque sui neque legitimi heredis.

⁹ Vgl. die Art. Notherbenrecht und Enterbung (unten Nr. 55. 56.)

¹⁰ Heredes similesque personae L. 58. D. de O. et A. 44. 7. L. 1. §. 8. D. ne vis fiat. 43. 4. L. 10. in f. D. quae in fraud. 42. 8. u. a. — h. ceterique successores L. 16. §. 2. D. quod met. causa. 4. 2. L. 17. §. 1. D. de dolo malo. 4. 3. L. 9. D. de tribut. act. 14. 4. u. v. a. — h. successoresve L. 3. §. 4. D. usufr. quemadm. cav. 7. 8. L. 63. §. 2. D. pro socio. 17. 2. — h. ceterique qui in locum succedunt L. 28. D. de re iud. 42. 1. — h. et hi qui successorum loco habentur L. 14. D. de div. temp. 44. 3. — heres et honorarii successores L. 13. §. 11. D. de acceptil. 46. 4. L. 10. D. ad Sc. Vell. 16. 1.

¹¹ L. 1. D. de poss. h. pett. 5. 5.: velut heredes. L. 117. D. de R. J. Vgl. Note 2. u. Bd. 2. S. 306 fig. * Vgl. jedoch L. 1. Cod. unde liberi. 6. 14.

¹² L. 20. §. 13. D. de her. pett. 5. 3. Gai. III. 78.: heredes, bonorum possessores, alius iustus successor. — L. 14. §. 17. D. de religio. 11. 7.: h. bonorumve possessor ceterique successores. — L. 1. §. 19. D. depositi. 16. 3. L. 2. §. 19. D. pro emt. 41. 4.: h., bon. poss., fideicommissarii, quibus ex Sc. Trebelliano restituta est hereditas, ceterique praetorii successores. — Gai. IV. 111. 172.: b. p. ceterique qui heredis loco sunt. — Vgl. L. 3. Cod. comm. de succ. 6. 59.: successio civili vel honorario iure. L. 1. C. si quis ignoraus. 5. 73.: hereditario vel honorario titulo.

¹³ L. 170. D. de V. S.: Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi. Diese Regel ist, wie viele der beiden letzten Paragraphentitel, nicht so

haben uns auch die Benennung iure praetorio oder honorario heres, praetorius oder honorarius heres sehr nahe gelegt, theils durch den Gegensatz iure civili heres¹⁴, theils durch die Bezeichnung hereditas honoraria¹⁵, wie denn auch kein Zweifel ist, daß in dem bloß prätorischen Testamente nicht minder wie in dem civilrechtlichen eine heredis institutio vorkam, obwohl diese nur eine bonorum possessio zur Folge haben konnte¹⁶. Der bonorum possessor hat mit dem civilrechtlichen Erben das gemeinsam, daß beide unmittelbar in die Stelle des Verstorbenen eintreten. Mit Rücksicht darauf nennt sie die moderne Terminologie heredes directi, die also entweder civiles oder honorarii sind. Im Gegensatz davon aber nennt man den Universalfideicommissar, als welcher ebenfalls in universum ius succedit, aber nur vermittelt der Restitution eines anderen Erben, dem das Vermächtniß auferlegt worden ist, heres indirectus, und auch zu dieser Terminologie haben die Quellen selbst Veranlassung gegeben¹⁷. Auf andere Vermächtnißnehmer dagegen kann man die Bezeichnung heres nicht mehr passend anwenden, und es ist ein von dem römischen weit abweichender Sprachgebrauch, wenn man auch sie noch unter den Begriff indirekter Erben oder mittelbarer Erbsolger subsumirt. Dagegen kann der Fiskus, sofern ihm Erbschaften wegen Indignität des berufenen Erben oder als erbloses Gut zufallen (und ebenso die Corporation, welche in Rücksicht des letzten etwa dem Fiskus vorgeht), vollkommen dem Erben, und zwar dem direkten, verglichen werden, obgleich er in den Quellen nicht heres genannt, sondern diesem und dem bonorum possessor entgegengesetzt wird¹⁸. *

allgemein wahr, wie sie lautet; sie findet aber am häufigsten Anwendung auf den bonorum possessor. L. 2. D. de bon. poss. 37. 1.

¹⁴ Gai. III. 36.

¹⁵ L. 1. C. de secund. nupt. 5. 9.: hereditates ab intestato vel legitimas vel honorarias. Vgl. L. 10. Cod. commun. de succ. 6. 59.: nec civili nec honorario iure defertur hereditas. Auch in L. 6. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8. hat die Vulgata hereditatem vel legitimam vel honorariam vel testamentariam, aber hier ist die Lesart der Florentina vel legit. vel test. ohne Zweifel vorzuziehen.

¹⁶ Ulp. XXVIII. 5. 6. Cf. tit. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

¹⁷ Vgl. Rechtslexikon Vb. 3. S. 907. (unten Nr. 37.) Note 2.

¹⁸ Vgl. das Rechtslexikon III. S. 939 fg. IV. S. 48 fg.

* Rechtslexikon V. S. 238—241. (1844.)

36.

Intestaterbfolge.*

Intestaterbfolge¹ (römische) ist die Erbfolge, welche nach allgemeiner Rechtsvorschrift gewissen Personen deferirt wird, wenn kein testamentarischer (oder vertragsmäßiger)² Erbe eintritt, es sei nun, daß der Verstorbene ein giltiges Testament gar nicht hinterlassen habe, oder dasselbe erst nachher, durch Destitution oder Rescission, ungiltig geworden sei³. Sie heißt eben deßhalb Intestaterbfolge, weil sie nur in Ermangelung der testamentarischen Erbfolge stattfindet, also nur dann, wenn der Erblasser wenigstens dem Effekte nach als intestatus decedit. Sie wird erst eröffnet, wenn die testamentarische Erbfolge ausgeschlossen ist, was bald schon im Zeitpunkte des Todes des Erblassers, bald auch erst später entschieden sein kann⁴. Auch kann nach römischem Rechte nicht etwa bloß für einen Theil der Erbschaft testamentarische Erbfolge eintreten, für einen anderen Theil neben jener die Intestaterbfolge; beide schließen einander völlig aus, nach der Regel: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*⁵, welche Regel jedoch bei Soldatenerbschaften überhaupt nicht gilt⁶, und außerdem noch in Folge einer nur partiell wirkenden Rescission des Testamentes eine Ausnahme erleiden kann⁷.

Die Intestaterbfolge erscheint demnach im Systeme des römischen Rechtes als die secundäre Erbfolge, welcher die testamentarische unbedingt vorgeht. Von der anderen Seite betrachtet aber kann man sie im Systeme auch voranstellen, als die auf der Regel des Rechtes

* Lehrb. §. 473—482.

¹ Ältere Bearbeitungen dieser Lehre sind unter anderen: Ranchini tr. de successione ab intestato (in Meermann's thesaur. iur. civ. tom. III. p. 194—234.); Strykii tr. de succ. ab int. (in opp. praest. tom. IV.); Kochii succ. ab int. civilis (edit. 8.) Giess. 1798. Neuere: Glüd, hermeneut.-hist. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. Erlangen 1803. 2. Aufl. 1822; Hoffhirt, Einl. in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechtes, besonders nach römischen Quellen. Landshut 1831. Vgl. auch Hugo, comm. de fundamento succ. ab int. ex iure rom. ant. et novo. Gött. 1785. * Schirmer, Erbrecht I. S. 125—297.

² Vgl. Rechtslexikon Bb. IV. S. 27 flg.

³ Pr. J. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur. 3. 1.: Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit. L. 1. pr. D. de suis et legit. hered. 38. 16.

⁴ L. 39. D. de a. v. o. h. 29. 2.: Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non deferuntur. L. 8. Cod. comm. de succ. 6. 59.

⁵ §. 5. J. de hered. instit. 2. 14. L. 7. D. de R. J. Vgl. darüber Hoffhirt a. a. O. S. 38—50. Fußste, im rhein. Mus. Bb. VI. S. 257—369.

⁶ L. 6. D. de testam. milit. 29. 1. L. 7. D. cit. v. in paganis. L. 19. §. 2. D. de castrensi peculio. 49. 17.

⁷ L. 15. §. 2. D. de inoff. testam. 5. 2.

unmittelbar beruhende Erbfolge, die nur durch einen bestimmten Act des Privatwillens ausgeschlossen wird. Man nennt sie daher auch die gesetzliche Erbfolge, die Intestaterben gesetzliche Erben, im römischen Rechte legitima hereditas, legitimi heredes⁸. Diese Bezeichnung beschränkt sich jedoch nur auf die civilrechtliche Intestaterbfolge, deren Grundlage die betreffenden Bestimmungen des Zwölftafelgesetzes bildeten. Neben dieser kommt als entsprechende prätorische Erbfolge die bonorum possessio intestati vor, und die bonorum possessio contra tabulas, die auch auf einer Rechtsvorschrift beruht und ihrem Wesen nach nur eine modificirte Intestaterbfolge unter besonderen Voraussetzungen ist⁹.

Der Grund der Berufung bestimmter Personen zur Intestaterbfolge liegt vorzüglich in der Familienbeziehung zu dem Erblasser. Das römische Recht hat darin seit den zwölf Tafeln die bedeutendsten Aenderungen erfahren, bis Justinian durch die Novelle 118 und 127 eine neue einfache Ordnung der Intestaterbfolge gründete. Die wissenschaftliche Einsicht in dieses neuere Intestaterbrecht ist aber nicht möglich, ohne Rückblick auf jene geschichtliche Entwicklung. Wir müssen daher der Darstellung des neuesten und heutigen Intestaterbrechtes eine kurze geschichtliche Einleitung vorausgehen lassen.

Nach Bestimmung der zwölf Tafeln erbten 1) vor allen die sui heredes, d. i. diejenigen Personen, welche der väterlichen Gewalt (oder Manus)¹⁰ des Erblassers unterworfen wären, wenn er noch lebte, nun aber durch den Tod desselben sui iuris waren. Dazu gehörten also Söhne und Töchter, adoptirte oder natürliche, welche bis zu des Erblassers Tode in dessen väterlicher Gewalt gestanden und auch nachher bis zur Eröffnung der Intestaterbfolge (Note 4) keine capitis deminutio, die sie der angestammten Familie entzog, erlitten hatten; ferner unter derselben Voraussetzung Kinder von Söhnen und so weiter Urenkel im Mannsstamme, wenn ihnen nicht mehr ein erbberechtigter Pater vorging; auch die erst nach des Erblassers Tode geborenen, jedoch damals wenigstens schon gezeugten Kinder, welche, wenn er ihre Geburt noch erlebt hätte, in seine Gewalt gekommen wären, nun aber sui iuris waren, Postumi, welchen auch noch Andere gleich geachtet wurden (quasi postumi), die zwar schon bei Lebzeiten des Erblassers geboren, aber erst

⁸ D. de suis et legitimis heredibus. 38. 16. Cod. de legitimis heredibus. 6. 58.

⁹ Vgl. Rechtslexikon Bb. II. S. 316—323. — L. 17. Cod. de collat. 6. 20.: Quocunque iure intestatae successionis, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querela mota rescisso.

¹⁰ Die Frau oder Schwiegertochter in manu stand der Tochter oder Enkelin in potestate gleich. Da aber im neueren römischen Rechte die manus ganz verschwunden ist, so soll dieß im Folgenden nicht weiter speciell berücksichtigt werden.

später in eine Lage gebracht waren, wodurch sie der väterlichen Gewalt des Verstorbenen unterworfen sein würden, wenn dieser es noch erlebt hätte¹¹. Alle diese Personen wurden ganz von selbst Erben, sobald sie nicht durch ein gültiges Testament ausgeschlossen waren¹², und ihr Erbrecht scheint im Gesetze nur als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, nicht positiv festgesetzt worden zu sein¹³, da sie gewissermaßen schon bei Lebzeiten ihres Familienhauptes als Theilnehmer des Familienvermögens galten¹⁴. Mehrere *sui heredes* aber theilten sich in die Erbschaft nach Stämmen, in *stirpes*, d. h. es wurde für jeden der Söhne oder Töchter, welche selbst oder deren Nachkommen miterbten, ein gleicher Erbtheil gerechnet¹⁵, und dieser den Nachkommen je desjenigen Sohnes, welcher selbst nicht mehr erbte, als gemeinschaftlicher Erbtheil zugewiesen, so zwar, daß derselbe auch unter ihnen wieder in gleicher Weise sich theilte, und also durchaus die miterbenden Descendenten des zweiten, dritten Grades u. s. w. nur denjenigen Erbtheil erhielten, welchen ihr nicht mehr erbender Parens erhalten haben würde, in *parentis locum succedunt*¹⁶. — Wenn nun *sui heredes* gar nicht vorhanden waren, so wurde die Erbschaft 2) den nächsten Agnaten deferirt¹⁷, d. h. Seitenverwandten, die zu derselben Familie im altrömischen Sinne gehörten¹⁸; denn die agnatischen Descendenten waren die *sui heredes*, agnatische Ascendenten aber konnte ein *Paterfamilias* nicht haben, und nur ein solcher konnte Erblasser sein¹⁹. Die Praxis hatte aber das Erbrecht weiblicher Agnaten auf den ersten Grad der Seitenverwandtschaft eingeschränkt, so daß also nur die agnatische Schwester (*consanguinea*, und gleich ihr die Mutter, welche in *manu patris* gestanden) erbte, während

¹¹ Gai. III. 1—6. Ulp. XXII. 14. 15. XXVI. 1. Paul. sent. IV. 8. §. 3. 4. 7—12. v. Collat. XVI. cap. 2. §. 1—6. cap. 3. §. 1—12. cap. 4. 5. Cf. L. 1, §. 2—8. D. de suis. 38. 16., §. 1—5. J. de hered. ab int. 3. 1.

¹² Collat. I. c. cap. 3. §. 5. und im Rechtslegikon Bb. IV., C. 7. Bb. V. C. 619. Note 21.

¹³ *Cautum est lege XII. tabb.: Si intestatus moritur, cui suus heres nec est, agnatus proximus familiam habeto.* Ulp. XXVI. 1. Collat. I. c. cap. 4. §. 1. Ohne Zweifel hat diese Stelle der XII. tabb. erst zur Entstehung des technischen Begriffes von *sui heres* Veranlassung gegeben.

¹⁴ Gai. II. 156.: *domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur.* Collat. I. c. cap. 3. §. 6. L. 11. D. de lib. et post. 28. 2. Cf. L. 7. pr. D. de bon. damnat. 48. 20.

¹⁵ L. 11. Cod. fam. ercisc. 3. 36.: *Inter filios et filias bona intestatorum parentum pro virilibus portionibus aequo iure dividi oportere.*

¹⁶ Gai. III. §. 7. 8. Ulp. XVI. 2. Collat. cap. 3. §. 9.

¹⁷ Vgl. Note 13.

¹⁸ Gai. III. 9—16. Ulp. XXVI. 1. 3—6. Paul. I. c. §. 3. 14—22. Collat. XVI. cap. 3. §. 9—16. cap. 3. §. 13—20. Cf. L. 1. §. 9—11. L. 2. D. de suis et legitimis. 38. 18. Tit. J. de legit. agnat. succ. 3. 2.

¹⁹ Die im dritten Zeitraume der röm. Rechtsgesch. möglich gewordene Beerbung eines *filiusfamilias* in Betreff des soldatischen Erwerbes berührte doch nicht die Intestaterbfolge.

doch auch entferntere Agnatinnen von ihren Agnaten beerbt wurden²⁰; daher werden die agnatifchen Geschwister (*consanguineus, consanguinea*) wohl noch von den übrigen Agnaten unterschieden²¹. Und nur denjenigen, welche zur Zeit der Eröffnung der Intestaterbfolge die nächsten Agnaten waren, wurde die Erbschaft deferirt²²; mehreren desselben Grades zu gleichen Theilen (*in capita*)²³. Wenn diese die Erbschaft nicht erwarben, so ging das Recht dazu keineswegs auf die Agnaten des folgenden Grades über (*in legitimis hereditatibus successio non est*)²⁴. — Waren auch keine Agnaten vorhanden, so sollten endlich 3) die Gentilen des Verstorbenen erben²⁵; dieß war aber schon zur Zeit des Gajus eine Antiquität geworden²⁶. — Den Freigelassenen jedoch, welcher keine agnatifche Seitenverwandte haben konnte, sollten statt dieser in der zweiten Classe der Patron oder dessen Kinder beerben²⁷, und gleiches Recht auch hatte als Quasipatron derjenige, welcher den Verstorbenen aus dem *mancipium manumittirt* hatte, daher denn auch der Vater oder Großvater seine emancipirten Descendenten beerben konnte, als *parens manumissor*, wenn er sich bei der Emancipation vorgesehen hatte, daß er selbst, nicht ein Fremder (*extraneus manumissor*), dieselben *ex mancipio manumittirte* und dadurch zu *homines sui iuris* machte²⁸.

Ausgeschlossen von der gesetzlichen Erbfolge waren hiernach alle emancipirten oder sonst irgendwie aus der römischen *Familia* des Erblassers ausgeschiedene Descendenten nebst ihren später erzeugten Nachkommen, und alle Nachkommen weiblicher Descendenten; der Mutter Erbschaft selbst fiel nicht ihren Kindern zu, es sei denn, daß sie in *manu mariti* und daher Agnatin ihrer Kinder gewesen. Ascendenten waren ausgeschlossen als solche gar nicht, und unter den Seitenverwandten waren ausgeschlossen alle weibliche Verwandte, mit Ausnahme der *consanguinea*, alle durch weibliche Abstammung verwandte Personen und alle diejenigen, so wie die später erzeugten Nachkommen derjenigen, welche das Recht der Agnation verloren hatten (*cognati*)²⁹.

²⁰ Paul. I. c. §. 22. Collat. cap. 3. §. 20. Gai. §. 14. Ulp. §. 6.

²¹ Ulp. I. c. §. 1. Collat. cap. 3. §. 13. 15—17.

²² Gai. I. c. §. 11. 13. 15.

²³ Gai. I. c. §. 16. Ulp. §. 4. Collat. §. 19.

²⁴ Gai. I. c. §. 12. Ulp. §. 5. Paul. §. 23.

²⁵ Si agnatus nec esit, gentiles familiam habento. Collat. cap. 4. §. 2.

²⁶ Gai. III. 17.

²⁷ Gai. III. 40. Ulp. XXVII. 1—4. L. 3. pr. §. 8. D. de suis et legit. 38. 16.

²⁸ Gai. I. 132. 138—140. 172. 175. Ulp. XI. 3. L. 10. D. I. c. §. 8. J. de legit. agnat. succ.

3. et Theophil. ad h. l. Cf. tit. D. si a parente quis manumissus sit. 37. 12.

²⁹ Gai. I. l. 18—24.

Diese engen Schranken der gesetzlichen Erbfolge wurden nun zuerst durch das prätorische Edict durchbrochen, welches die intestati bonorum possessio einem umfassenderen Kreise von Personen darbot³⁰; vor allen nämlich 1) den Kindern des Verstorbenen (liberis, daher bonorum possessio ex edicto unde liberi)³¹, welche entweder wirklich sui heredes waren oder doch nach ihrem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse wären, wenn sie nicht durch irgend einen Umstand aus der Familia des Erblassers ausgeschieden worden wären³², wohin vorzüglich die emancipirten Kinder und deren Nachkommen im Mannsstamme gehören, vorausgesetzt jedoch, daß sie überhaupt erbfähig waren und nicht zur Zeit noch in einer fremden Familia sich befanden³³, und zwar in demselben Maße, als ob alle diese liberi noch sui heredes wären³⁴, nur mit der Modification (nach Anordnung des Prätors Julianus), daß dem emancipirten Sohne und den als sui heredes mit ihm concurrirenden Kindern desselben zusammen nur ein Stammtheil von der Erbschaft des Großvaters zukommen und unter ihnen in zwei Hälften getheilt werden sollte³⁵. 2) den civilrechtlichen Intestaterben (legitimis heredibus, daher b. p. ex edicto unde legitimi)³⁶, als welche denn auch wieder sui heredes vorkommen konnten. 3) den Cognaten des Erblassers (b. p. ex edicto unde cognati)³⁷, unter welchen denn auch wieder Kinder und Agnaten vorkommen konnten, und zwar je nach der Nähe des Grades (proximitatis nomine), mehrere von gleichem Grade zu gleichen Theilen (in capita), aber mit Beschränkung auf die Cognaten bis zum sechsten Grade einschließlich und die Kinder des Sobrinus und der Sobrina aus dem siebenten Grade. 4) Endlich dem überlebenden Ehegatten (b. p. ex edicto unde vir et uxor)³⁸. Diesen verschiedenen Classen von Personen wurde die bonorum possessio auch nacheinander deferirt; wenn sie von den Berechtigten einer Classe abgelehnt oder nicht in gehöriger Frist agnoscirt war, so wurde sie der folgenden Classe

³⁰ Gai. III. 25—32. Ulp. XXVIII. 7—9. Collat. XVI. cap. 5—8. Cf. §. 3. J. de bon. poss. 3. 40. Bgl. Rechtslegikon Bb. II. S. 326—333.

³¹ Dig. si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. 38. 6. Cod. unde liberi. 6. 14. Cf. §. 9—13. J. de her. ab int. 3. 1.

³² Bgl. Rechtslegikon Bb. III. S. 809 ff., Note 3. 4. Bb. II. S. 317—319.

³³ Denn adoptio tam diu nocet, quamdiu quis in aliena familia sit. L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4.

³⁴ L. 5. §. 1. D. unde liberi. 38. 6. Cf. L. 6. §. 4. 2. L. 41. §. 4. L. 42. pr. D. de b. p. c. t. 38. 4. L. 1. Cod. unde lib. 6. 14.

³⁵ L. 5. pr. §. 2. D. h. t. Cf. tit. D. de coniungendis cum emancipato liberis eius. 37. 8.

³⁶ Dig. unde legitimi. 38. 7. Cod. unde legitimi. 6. 15.

³⁷ Dig. unde cognati. 38. 8. Cod. unde legitimi et unde cognati. 6. 15. Cf. tit. J. de succ. cognat. 3. 5.

³⁸ Dig. unde vir et uxor. 38. 41. Cod. C. 18.

eröffnet (*successio ordinum*), und in der dritten Classe (*unde cognati*) fand zudem eine gleiche Nacheinanderfolge der verschiedenen Grade der Verwandten statt, bis zu dem äußersten Grade, der überhaupt noch berücksichtigt war³⁹ (*successio graduum*). In der zweiten Classe (*unde legitimi*) dagegen fand eine solche *successio graduum* nicht statt, denn die *bonorum possessio* wurde hier nur denjenigen deferirt, die civilrechtlich gesetzliche Erben waren, und in *legitimis hereditatibus successio non erat*⁴⁰; und auch in der ersten Classe (*unde liberi*) konnte consequent keine Rede davon sein, indem darin die emancipirten Kinder nur, gleich als wären sie *sui heredes*, mit diesen berufen sein sollten⁴¹.

— Besondere Modificationen traten auch bei der prätorischen Intestat-erbfolge ein, wenn der Erblasser ein Freigelassener war. Vorerst nämlich konnte der Patron gegen Erben der ersten Classe die Hälfte der Erbschaft in Anspruch nehmen, wenn diese nur solche *sui heredes* waren, die nicht schon vermöge natürlicher Abstammung zu den *liberi* gehörten (*b. p. contra suos heredes*)⁴², und gleiches Recht hatte auch hier der *parens manumissor*, jedoch nur, wenn er der leibliche Vater des emancipirten Kindes war⁴³. Ferner wurde nach der dritten Classe (*unde cognati*) noch eingeschoben die *familia patroni*, oder wenn der Patron selbst freigelassen war, *patronus patrona*, item *liberi (parentes)ve patroni patronaevae*, und nach dem überlebenden Ehegatten kamen endlich noch die Cognaten des Freilassenden (*cognati manumissoris*); dagegen wurden dem *extraneus manumissor*, der civilrechtlich zu den gesetzlichen Erben, also zur zweiten Classe der prätorischen Intestaterben gehörte, alle Cognaten ersten und zweiten Grades des Verstorbenen vorgezogen, d. i. zehn Arten von Cognaten (*pater mater, avus avia, filius filia, nepos neptis, frater soror*), daher *decem personae*⁴⁴. Es ergeben sich darnach im Ganzen sieben, oder wenn man diese *decem personae* als besondere Classe ansieht, acht verschiedene Classen von prätorischen Intestaterben, die jedoch nicht alle bei einem und demselben Erbfälle vorkommen konnten.

³⁹ Dig. de successorio edicto. 38. 41. Cod. 6. 16. Cf. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15. Rechtslexikon Bd. II. S. 309, 310.

⁴⁰ §. 7. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. Cf. Gai. III. 28. und oben Note 24. Rechtslexikon Bd. II. S. 328. Note 201.

⁴¹ Vgl. Bangerow, Pand. II. §. 407. — Abt. Mejn. Mayer, das Recht der Anwartschaft S. 270 ff.

⁴² Gai. III. 40. 41. Ulp. XXIX. 4.

⁴³ L. 2. §. 15. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.

⁴⁴ Ulp. XXVIII. 7. Collat. XVI. cap. 8. 9. §. 3. 4. J. de honor. poss. 3. 9. et Theophil. ad h. l. Vgl. darüber Götschen, in Hugo's civ. Mag. IV. S. 12. Unterholzner, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. V. S. 2. Huschke, Studien des römischen Rechtes S. 25 ff., und Rechtslexikon Bd. II. S. 328 ff.

Vergleicht man diese prätorische Erbsolgeordnung mit der civilrechtlichen, so findet sich, daß sie die letzte, so viel die Beerbung nicht manumittirter Personen betrifft, nur in einem Punkte beeinträchtigte, darin nämlich, daß sie die Folgen der Ausscheidung aus dem Suitätsverhältnisse praktisch beseitigte, indem sie den emancipirten Kindern gleich den *sui heredes* die Erbschaft in erster Ordnung darbot, und ihnen daher auch im Konflikte mit Civilerben dieselbe zum Theil oder ausschließlich sicherte; alle Anderen mußten den civilrechtlichen Erben nachstehen, und diese konnten, auf ihr Civilerbrecht sich beschränkend, die *honorum possessio* derselben unwirksam machen. Auch war dieses prätorische System für jede Erweiterung des civilen Intestaterbrechtes empfänglich, indem jeder Civilerbe ohne Schwierigkeit seinen Platz in der zweiten Classe finden konnte. Solche Erweiterungen erfolgten auch bald unter den Kaisern und häuften sich besonders unter den späteren Kaisern. Es wurde nämlich 1) was die allgemeine Erbsolgeordnung betrifft, a) in der Verwandtschaft absteigender Linie vorerst den Söhnen und Töchtern ein neues Intestaterbrecht ertheilt im Verhältnisse zur Mutter als solcher (*sine in manum conventione*), und zwar vor allen anderen gesetzlichen Erben der Mutter, so daß sie überhaupt die erste Stelle unter allen Intestaterben derselben behaupteten, da eine *b. p. ex edicto unde liberi* bei Beerbung der Mutter nicht vorkommen konnte. Mächten aber die Kinder von diesem Erbrechte keinen Gebrauch, so trat das alte Recht ein, und insofern konnte jetzt in der Classe der *legitimi heredes* eine *successio ordinum* stattfinden. Das Gesetz, welches diese Aenderung bewirkte, war ein *Sc. Orphitianum*, *ex oratione M. Aurelii et Commodi* ⁴⁵. Weiter ging eine Constitution v. J. 389 n. Chr. ⁴⁶. Sie gewährte auch den Enkeln ein Civilerbrecht gegen die mütterlichen Großeltern und die väterliche Großmutter ⁴⁷, jedoch mit Vorbehalt von $\frac{1}{4}$ der Erbschaft für die Agnaten, welche nach bisherigem Civilrechte erbten, und bei Beerbung des mütterlichen Großvaters, welcher außerdem noch Erben der ersten prätorischen Classe (*b. p. ex edicto unde liberi*) hinterließ, mit Beschränkung auf $\frac{2}{3}$ des entsprechenden Stammtheiles. Justinian aber beseitigte zuerst (a. 528.) jenen Vorbehalt für die Agnaten ⁴⁸, und dann (a. 535. 536.) auch diese Beschränkung des Stamm-

⁴⁵ Ulp. XXVI. 7. Paul. sent. IV. 10. Tit. J. de Orphit. Sc. 3. 4. Cod. ad Orphit. Sc. 6. 57, L. 1. 4. 6. §. 1. L. 9. D. ad Sc. Tertull. et Orphit. 38. 17.

⁴⁶ L. 4. Theod. Cod. de legit. hered. 5. 1. (Valentin. Theod. et Arcad. Constantiano pl. p. Galliarum), im Just. Codez mit Auslassungen aufgenommen als L. 9. Cod. de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. 6. 55. Cf. L. 5. Theod. Cod. l. c.

⁴⁷ Den väterlichen Großvater konnten sie *ex edicto unde liberi* beerben.

⁴⁸ L. 12. Cod. l. c. Cf. §. 4. J. de Sc. Orphit. §. 15. 16. J. de hered. ab int. 3. 1.

theiles⁴⁹. Jetzt also konnten Descendenten, denen nach älterem Rechte nur *ex edicto unde cognati* b. p. deferirt wurde, als Civilerben mit dem Ansprüche auf einen gleichen Erbtheil neben Erben der ersten prätorischen Classe vorkommen, und deren b. p. *ex edicto unde liberi pro parte* unwirksam machen, obwohl ihnen selbst nicht diese b. p. beigelegt wird⁵⁰. Eine bedeutende Modification in der Erbfolge der Descendenten hatte außerdem Justinian's Verordnung über die Adoption bewirkt⁵¹, und durch ein anderes Gesetz gab Justinian auch den Concubinenkindern ein beschränktes Erbrecht gegen den Erzeuger, wie diesem gegen jene⁵², während er das Erbrecht der unehelichen Kinder einer *mater illustris* durch eine singuläre Rechtsvorschrift beschränkt hatte⁵³. — b) Unter den Verwandten aufsteigender Linie wurde durch das *Sc. Tertullianum* zu Hadrian's Zeit die Mutter des verstorbenen Kindes in die Classe der *legitimi heredes* vorgeschoben, und zwar zunächst hinter die agnatischen Brüder des Erblassers, neben die agnatischen Schwestern, wenn Brüder nicht erben, so daß sie alsdann die Hälfte der Erbschaft bekommen sollte, und vor alle anderen Agnaten. Jedoch sollte dieses neue Erbrecht der Mutter nicht stattfinden, wenn ein leiblicher Descendent des Sohnes auch nur *ex edicto unde cognati*, oder wenn irgendwie (als *parens manumissor* oder *ex ed. unde cognati*) der leibliche Vater des Verstorbenen erben konnte. Auch war dasselbe bedingt durch das *ius trium vel quatuor liberorum* der Mutter. Mochte aber die Mutter von diesem ihrem Erbrechte keinen Gebrauch, so trat auch hier das alte Recht ein, und andererseits trat jenes in Wirksamkeit, wenn die dasselbe ausschließenden Personen die Erbschaft nicht erwarben, und es konnte also insofern auch dadurch eine Art von *successio ordinum* in der Classe der *legitimi heredes* sich ergeben⁵⁴. Durch spätere Constitutionen wurde aber der Mutter auch, wenn sie das *ius liberorum* nicht hatte, ein Anspruch auf einen Theil der Erbschaft beigelegt, und dagegen einigen Seitenverwandten auch neben der des *ius liberorum* sich erfreuenden Mutter ein Erbtheil zugewiesen⁵⁵. Endlich gab Justinian der Mutter, ohne Rücksicht auf das *ius liberorum*, auch neben Brüdern oder Brüdern

⁴⁹ Nov. 18. cap. 4.

⁵⁰ L. 12. Cod. cit.: *»quibus unde liberi b. p. minime competit.*

⁵¹ L. 10. Cod. de adopt. 8. 48.

⁵² Nov. 18. cap. 6. Nov. 89. cap. 12. 13.

⁵³ L. 5. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57.: *Et hanc legem ipsi pudicitiae, quam semper colendam censemus, merito dedicamus!*

⁵⁴ Ulp. XXVI. 8. Paul. sent. IV. 9. Tit. J. de Sc. Tertull. 3. 3. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. L. 2. 3. 5. 6. pr. 7. 8. 10. D. ad Sc. Tertull. et Orphit. 38. 17.

⁵⁵ L. 1. 2. 7. Theod. Cod. l. c. (a. 321. 369. 426.)

und Schwestern ein Erbrecht auf einen Kopftheil⁵⁶ und beschränkte dann dasselbe, auch wenn sie nur mit Schwestern concurrirte, ebenfalls auf einen Kopftheil⁵⁷. c) In der Seitenverwandtschaft hat zuerst Constantin Einigen, ungeachtet sie die Agnationsrechte verloren hatten, einen Erbtheil neben der Mutter beigelegt⁵⁸. Dann führte Anastasius (503) nicht nur eine Emancipation ein, bei welcher die Agnationsrechte vorbehalten werden konnten, sondern ertheilte auch, wenn dieß nicht geschehen war, den Geschwistern unter einander unbedingt den Vorzug vor entfernteren Agnaten, und ließ die emancipirten neben nicht emancipirten Geschwistern wenigstens zu geringerem Theile erben⁵⁹. Justinian aber gewährte (532. 534.) nicht nur allen emancipirten Geschwistern, sondern überhaupt allen Geschwistern, auch den halbblütigen von Mutterseite (uterini), und weiterhin den Kindern derselben, ein vollkommenes agnatisches Erbrecht neben den Agnaten gleichen Grades, ertheilte auch den weiblichen Agnaten ein gleiches Erbrecht wie den männlichen, und verordnete, daß nun auch in der Classe der legitimi heredes allgemein Succession der verschiedenen Grade stattfinden solle⁶⁰, zuletzt aber (539) gab er den vollblütigen Geschwistern vor den halbblütigen den Vorzug⁶¹.

2) Die Beerbung freigelassener Personen insbesondere erfuhr zuerst einige Modificationen durch den Einfluß der lex Julia et Papia Poppaea und der Gesetze über Freilassungen⁶²; neu geordnet wurde dieselbe durch Justinian⁶³. Was aber die aus dem Mancipium freigelassenen Personen betrifft, so kommt bekanntlich im Justinianischen Rechte eine eigentliche manumissio ex mancipio überall nicht mehr vor; der extraneus manumissor und somit auch die besondere bonorum possessio unde decem personae ist gänzlich weggefallen⁶⁴. Dem emancipirenden Vater hat aber Justinian doch noch die Quasipatronatsrechte erhalten und regelmäßig beigelegt, gleich als hätte er das Kind, wie nach altem Rechte (contracta fiducia), aus dem Mancipium manumittirt, und so ist denn auch das gesetzliche Erbrecht, wie die gesetzliche Vormundschaft, des parens manumissor im Justinianischen Rechte noch anerkannt⁶⁵. Allein das-

⁵⁶ L. 7. Cod. h. t. (a. 528.)

⁵⁷ Nov. 22. cap. 47. §. 2. (a. 536.)

⁵⁸ Bgl. Note 55.

⁵⁹ L. 41. Cod. de legit. hered. Cf. §. 1. J. de succ. cognat. et Theophil. ad h. 1.

⁶⁰ L. 14. 15. Cod. l. c. §. 3. 4. 7. J. de legit. agnat. succ.

⁶¹ Nov. 84.

⁶² Bgl. oben Note 44.

⁶³ L. 4. Cod. de bonis libert. (restituit) 6. 4. Bgl. tit. J. de succ. libert. 3. 7. Dig. de bonis libert. 38. 2.

⁶⁴ Bgl. Note 28. 44.

⁶⁵ §. 8. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. §. 6. J. quib. mod. ius patr. pot. solv. 1. 12. L. 6. Cod. de emancipat. 8. 49. Bgl. tit. J. de legit. parent. tutela. 1. 18.

selbe war durch die unter 1) erwähnten Neuerungen mehrfach beschränkt worden. Das Sc. Orphitianum (1. a.) scheint zwar zunächst ebenso dem parens manumissor wie dem Patronus der Mutter neben den Kindern derselben noch einen Erbtheil vorbehalten zu haben; aber auch dieses wurde später aufgehoben⁶⁶. Dann ferner wurde durch das Sc. Tertullianum (1. b.) nur das Intestaterbrecht des natürlichen Vaters unangetastet gelassen, das Erbrecht anderer Emancipatoren aber, z. B. des Adoptivvaters, des väterlichen Großvaters, dem neuen Erbrechte der Mutter hintangesezt⁶⁷, und endlich wurde (nach 1. c.) der parens manumissor auch durch die Geschwister ausgeschlossen, so daß ihm nur der Nießbrauch verbleiben sollte⁶⁸; falls aber zugleich die Mutter und Geschwister mit dem Vater concurrirten, so sollte nach einer Verordnung Justinian's dem Vater und der Mutter zusammen der Nießbrauch von zwei Dritttheilen der Erbschaft, die Proprietät des Ganzen mit freiem Nutzungsrechte an einem Dritttheile den Geschwistern zufallen⁶⁹. — Eine besondere Erörterung müssen wir zuletzt noch 3) der Beerbung derjenigen Personen widmen, welche als abhängige von der Familiengewalt eines Anderen (alieni iuris) verstorben waren. Nach altem Rechte konnten solche Personen überhaupt gar keine Intestaterben haben; auch das soldatische Vermögen, obwohl der Haussohn darüber ein Testament errichten konnte, fiel doch, wenn ein solches nicht vorlag, als peculium dem Vater anheim⁷⁰. Als aber durch Verordnungen späterer Kaiser an gewissen Erwerbungen den Kindern die Proprietät beigelegt, und nur der Nießbrauch daran dem Vater vorbehalten wurde, so wurden nun auch über die Beerbung solchen Vermögens, falls die Kinder vor Aufhebung der väterlichen Gewalt stirben, eigene Bestimmungen aufgestellt. Zuerst verordnete eine Constitution vom J. 426, daß die Proprietät des Muttergutes der Kinder jedenfalls auf deren Kinder, und, wenn der Vater eine andere Ehe eingegangen, auch auf deren Geschwister aus derselben Ehe übergehen solle⁷¹. Nach einer anderen Verordnung derselben Kaiser aber sollte auch die dos oder donatio ante nuptias eines Kindes den Descendenten desselben, und das einem Enkel von Mutterseite erworbene Gut durch den Tod desselben nicht dem Großvater, sondern

⁶⁶ L. 3. Th. Cod. de legit. hered. 5. 1. ober L. 4. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57. Vgl. L. 1. §. 9. D. ad Sc. Tert. et Orph. 38. 17.

⁶⁷ L. 2. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. L. 2. §. 15. D. ad Sc. Tertull.

⁶⁸ L. 13. Cod. de legit. hered. 6. 58.

⁶⁹ L. 7. §. 1. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56.

⁷⁰ L. 2. 17. D. de castrensi peculio. 49. 17. pr. J. quib. non est permis. 2. 42.

⁷¹ L. 10. Theod. Cod. de matern. bon. 8. 48. (Theod. et Valent.)

dem noch lebenden Vater zu Theil werden ⁷². Dann wurde im J. 471 verordnet, daß die Proprietät aller aus Veranlassung einer Ehe gemachten Erwerbungen eines Hauskinds zunächst den Kindern, dann den vollbürtigen, weiter den halbbürtigen Geschwistern, und zuletzt dem Vater oder Großvater desselben zukommen solle ⁷³. Und diese Bestimmung dehnte alsdann Justinian auch auf das von Mutterseite erworbene Vermögen der Hauskinder aus ⁷⁴. Später erst erließ Justinian das Gesetz, durch welches den Kindern in väterlicher Gewalt die Proprietät alles nicht vom Vater her erworbenen Vermögens (aller bona adventitia) beigelegt wurde ⁷⁵, bestimmte aber dabei, daß in Betreff der Vererbung desselben dasselbe gelten solle, was früher in Ansehung des Muttergutes und ehelichen Erwerbes festgesetzt worden sei ⁷⁶. Mit den Geschwistern sollte auch hier die Mutter concurriren ⁷⁷, dem Vater aber jedenfalls der Nießbrauch, den er bis zum Tode des Kindes gehabt hatte, unverkümmert bleiben ⁷⁸. Auf solche Weise war also nun auch eine Vererbung der in väterlicher Gewalt verstorbenen Kinder möglich geworden, die sich jedoch nach besonderen Bestimmungen richtete und regelmäßig durch den Nießbrauch des Vaters beschränkt war. Es war aber natürlich, daß man dieselben Successionsbestimmungen dann auch auf das peculium castrense und quasicastrense anwandte, wenn der Sohn ohne Testament verstarb, da jene Peculien ja größtentheils durch solche Erwerbungen gebildet wurden, welche unter die Regel der bona adventitia fallen würden, wenn nicht der Sohn als Soldat noch mehr Recht daran hätte ⁷⁹. Ob übrigens dem Vater selbst jenes Vermögen der Kinder, wenn er nicht durch Kinder oder Geschwister und Mutter ausgeschlossen wurde, nun auch noch iure peculii oder vielmehr iure hereditatis zufallen sollte, das ist in den Justinianischen Institutionen nicht klar ausgesprochen; nach Vergleichung mit den betreffenden Pandektenstellen ist aber doch das erste anzunehmen ⁸⁰.

⁷² L. 3. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

⁷³ L. 4. Cod. l. c. (Leo et Anthem.)

⁷⁴ L. 11. Cod. commun. de success. 6. 59. (XV. Cal. Oct. a. 529.)

⁷⁵ L. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. (III. Cal. Novembr. a. 529.)

⁷⁶ L. 6. §. 3. in f. Cod. l. c.

⁷⁷ L. 7. §. 1. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56.

⁷⁸ L. 7. §. 1. cit. L. 11. cit. in f.

⁷⁹ Arg. §. pr. J. quib. n. e. permiss. 2. 12.: Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit.

⁸⁰ In L. 2. D. de castr. pecul. und L. 18. D. ad leg. Falcid. 35. 2. wird in Betreff des castrense peculium noch das alte Recht entschieden anerkannt, und so ist also auch wohl §. J. cit. (iure communi) zu verstehen. Auch sagt L. 11. Cod. cit.: ad ultimum locum pater a legibus conclametur et sui filii non gratam hereditatem relictam, sed triste lucrum sibi lugeat acquisitum; und wenn dasselbe Gesetz am Ende die Brüder als solche bezeichnet, qui ad

Wir haben nun die Entwicklung des römischen Intestaterbrechtes bis zum Abschlusse der Justinianischen Rechtsbücher verfolgt. Es ergibt sich daraus, wie verwickelt dasselbe nach diesen letzten erscheinen mußte, da man die Grundlage der älteren gesetzlichen Erbfolge noch immer nicht ganz verlassen, sondern nur theilweise durch viele einzelne Neuerungen erschüttert hatte. Es war daher ein sehr angemessener Gedanke, wenn Justinian nachträglich das gesetzliche Erbrecht der Verwandten ganz neu ordnete und dabei die Rücksicht auf die Agnation völlig fallen ließ; es wäre nur zu wünschen gewesen, daß er in einem Gesetze gleich die ganze Erbfolgeordnung nach ihrem ganzen Umfange umfaßt hätte. Jene wichtige Aenderung wurde bewirkt durch die berühmte Novelle 118, zu welcher die Novelle 127 nur in einem Punkte eine nachträgliche Ergänzung gab⁸¹. Von diesen Gesetzen ausgehend, müssen wir nun

das geltende Intestaterbrecht darzustellen suchen. Ehe wir aber zu der Auseinandersetzung der jetzigen Erbfolgeordnung nach ihren einzelnen Classen übergehen, ist es nothwendig, vorerst einige Bemerkungen über den Inhalt der Novelle 118 im allgemeinen und über deren Verhältniß zu dem früheren Justinianischen Rechte voranzuschicken.

In der Einleitung seines Gesetzes spricht Justinian mit ausdrücklichen Worten den Vorsatz aus, die verwickelten bisherigen Bestimmungen über die Erbfolge der Verwandten durch eine neue einfache und klare Anordnung, die künftig allein gelten sollte, zu ersetzen⁸². Der Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten sollte fortan völlig unbeachtet bleiben und die Cognation ausschließlich die Grundlage des gesetzlichen Erbrechtes der Verwandten bilden⁸³. Demnach sind nun unzweifelhaft

hereditatem defuncti patrem antecedunt, so steht dieß nicht damit im Widerspruche, da die Brüder allerdings iure hereditatis das Vermögen übernahmen. Vgl. Bangerow, Band. II. S. 35 ff.

⁸¹ Die Novelle 118 wurde a. p. Chr. 543, die Novelle 127 aber a. 547. erlassen. Vgl. Wiener, Gesch. der Novellen S. 523, 524.

⁸² *Necessarium esse perspeximus, omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hac causa positus vacantibus de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus.*

⁸³ Justinian tadelt zuerst in der Einleitung die älteren Gesetze, per quas non iuste differentia ab intestato successione inter cognatos ex masculis et feminis introducta est; er erklärt dann bei den einzelnen Classen der Verwandten wiederholt, daß es jetzt auf jenen Unterschied nicht mehr ankommen sollte, und sagt dann noch wieder allgemein in cap. 4.: *Nullam vero volumus esse differentiam in quacunq; successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definitivimus vocari, sive per masculi sive per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successioneibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sine per emancipationem sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successioneem ab intestato venire praecipimus.*

die drei ersten Classen der prätorischen Intestaterben (*liberi, legitimi, cognati*), so weit darin Verwandte als solche berufen waren, durch die neue Ordnung völlig absorbiert worden. Alle Cognaten sind nun als *legitimi heredes* berufen, in der durch das neue Gesetz bestimmten Reihenfolge; sie könnten etwa als *legitimi* auch jetzt noch *bonorum possessio ex edicto unde legitimi agnoscere*, aber sie bedürfen derselben überall nicht mehr, um zur Erbschaft zu gelangen, und eine *bonorum possessio ex edicto unde liberi*, die dem Erbrechte der jetzigen *legitimi* vorginge, kann nicht mehr vorkommen. Allein 1) die Novelle beschränkt sich nur darauf, den Unterschied unter Cognaten und Agnaten aufzuheben und die Ordnung der Erbfolge unter den Cognaten zu bestimmen. Ueber den Begriff der Cognation oder die Voraussetzungen, unter denen überhaupt Jemand als erbfähiger Cognat eines bestimmten Anderen gelten könne, sagt sie nichts, sondern verweist deshalb stillschweigend auf das bisherige Recht. Hieraus ergibt sich nun Folgendes: a) Derjenige, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers nicht wenigstens schon erzeugt war (*nondum conceptus*), kann diesen nicht als Cognat beerben. Denn im älteren Rechte ist auf das bestimmteste ausgesprochen, daß hier in keiner Weise ein Intestaterbrecht stattfindet, insbesondere auch nicht *ex edicto unde cognati*, und zwar aus dem Grunde nicht, weil jener später Erzeugte in Wahrheit niemals Cognat des Verstorbenen gewesen sei⁸⁴. Da nun in dieser Beziehung die Novelle nichts anderes verordnet, so muß auch nach dieser noch jener Satz behauptet werden, obwohl es unserem Gefühle widerstreiten mag, z. B. den nach dem Tode des Großvaters gezeugten Enkel von der Erbschaft desselben auszuschließen, wenn inzwischen vor Eröffnung der Intestaterbfolge auch der Vater oder die Mutter des Enkels verstorben ist⁸⁵. b) Unehelich gezeugte Kinder, sofern sie nicht legitimirt werden, sind zwar Cognaten ihrer Mutter, und so denn auch der mütterlichen Cognaten; sie sind aber nicht Cognaten ihres Erzeugers und somit auch nicht der Cognaten desselben; sie haben daher nach dieser Seite kein

⁸⁴ L. 6—8. D. de suis et legit. 38. 46.: ... nam quod in consuetudine nepotes agnati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς; accidit. L. 1. §. 8. D. unde cognati. 38. 8. L. 40. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. L. 6. pr. D. de insusto 28. 3. §. 8. J. de hered. ab int. 3. 1.: Plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi... nullo iure cognationis patrem sui patris attingit. Nicht widersprechend ist L. 47. §. 3. D. de bon. lib. 38. 2.

⁸⁵ Vgl. Thibaut, civ. Abh. S. 115. Mühlenbruch, Lehrb. §. 619. und Fortsetzung des Glüdfchen Comment. Bd. 39. S. 406 fg. Puchta, Lehrb. §. 441. Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 2—17. Bangerow, Zeitschen II. S. 39 fg. Anderer Meinung sind unter den Neueren: Grtiefinger, Gesch. der Suität. S. 293. Glüdf a. a. D. S. 583 fg. Rößhirt a. a. D. S. 300 fg. Köbenstern, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proj. Bd. IX. S. 215 fg.

Erbrecht nach Nov. 118, weder gegen den Vater selbst, noch gegen die Verwandten desselben; sie können aber ebenso wenig auch umgekehrt von den Letzten nach Nov. 118 beerbt werden⁸⁶. c) Adoptirte werden durch die Adoption Agnaten und somit auch Cognaten des Adoptivvaters und aller Agnaten desselben⁸⁷; es muß ihnen also in demselben Umfange auch nach Nov. 118 ein Intestaterbrecht in der Adoptivfamilie zuerkannt werden, so lange das Adoptivverhältniß besteht⁸⁸. Zugleich aber bleiben sie auch Cognaten in ihrer natürlichen Familie, und so muß ihnen also der Regel nach auch in Beziehung zu dieser das Intestaterbrecht beigelegt werden, ebenso wie sie nach dem prätorischen Rechte ex edicto unde cognati als Mitglieder beider Familien erben und beerbt wurden⁸⁹.

2) Die Novelle 118 ist ein allgemeines Gesetz. Da nun im älteren Rechte einzelne besondere die Erbfolge der Cognaten betreffende Bestimmungen vorkommen, so kann die Frage entstehen, ob hier nicht die bekannte Regel: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, anzuwenden sei? Wie überall, so muß auch hier diese Regel *cum grano salis* angewendet werden; es ist in jedem einzelnen Falle darauf Rücksicht zu nehmen, ob eine besondere Bestimmung des älteren Rechtes als besondere auch in das Recht der Nov. 118 sich wohl noch einfügen lasse, oder mit diesem unverträglich erscheine und daher nach dem Willen des Gesetzgebers stillschweigend für aufgehoben zu halten sei⁹⁰.

3) Die Novelle betrifft nur die gesetzliche Erbfolge der Cognaten; ganz unberührt läßt sie diejenigen Fälle der Intestaterbfolge, welche sich nicht auf Cognation oder Agnation gründeten. Von diesen Fällen standen einige gänzlich außerhalb der regelmäßigen Ordnung der Intestaterbfolge⁹¹, andere traten erst in Ermangelung der Erbfolge der Verwandten ein⁹²; beiderlei Fälle sind unbedenklich auch nach der Nov. 118 noch praktisch geblieben. Aber es gab nach dem früheren Rechte auch solche Fälle, wo Personen, die nicht Cognaten des Erblassers waren, oder ohne Rücksicht auf diese ihre Eigenschaft, ihre eigene Stelle in der regelmäßigen Erbfolgeordnung, mitten unter Verwandten, einnahmen. Ein Fall dieser Art ist von solcher Beschaffenheit, daß einem Nichtverwandten schlechthin

⁸⁶ L. 2. 4. 8. 10. D. unde cognati. 38. 8. §. 12. J. de nupt. 1. 40. Vgl. unten Note 106—118.

⁸⁷ L. 1. §. 4. D. unde cognati. 38. 8. L. 4. §. 2. 10. L. 5. D. de gradib. 38. 40.

⁸⁸ L. 3. D. unde cognati.

⁸⁹ L. 1. §. 4. D. l. c.: *Evenit igitur, ut is qui in adoptionem datus est, tam in familia naturalis patris iura cognationis retineat, quam in familia adoptiva nanciscatur.* Vgl. unten Note 119—135.

⁹⁰ Vgl. unten Note 107. 121. 127.

⁹¹ Vgl. oben Note 52. unten Note 113. 181.

⁹² Vgl. oben Note 38. unten Note 171.

ein gleiches gesetzliches Erbrecht mit der Classe von Verwandten, die auch nach Nov. 118 die erste Stelle einnimmt, beigelegt ist, und da ist unbedenklich dieses Erbrecht auch jetzt noch als praktisch anzuerkennen⁹³. Schwieriger ist die Frage, ob auch das Erbrecht des *parens manumissor* als besonderes Erbrecht noch gelte, und in welcher Rangordnung? Bisher hatte derselbe seinen eigenen Platz, dergestalt, daß ihm die Verwandten des Erblassers theils vorangingen, theils nachstanden⁹⁴. Die Novelle aber erwähnt seiner gar nicht, und er ist in der neuen Ordnung dieses Gesetzes kaum unterzubringen. Er folgte früher nach den Geschwistern, vollbürtigen oder halbbürtigen⁹⁵, und ging den Geschwisterkindern vor; nach dem neuen Gesetze aber schließen die Kinder vollbürtiger Geschwister die halbbürtigen Geschwister aus, und so würden nun jene und diese und der *parens manumissor* einander in ewigem Kreise die Erbschaft abjagen; und zudem würde es auch an einer genügenden Bestimmung über das Verhältniß zu den Ascendenten des Erblassers fehlen. Ist der *parens manumissor* der natürliche Vater, so hat er ohnehin nach Nov. 118 ein besseres Intestaterbrecht; ist er der Großvater, und der Vater lebt auch noch, so muß er jetzt unzweifelhaft sowohl diesem als der Mutter nachstehen⁹⁶; wenn aber Vater und Mutter nicht mehr leben, so hat er wieder als Großvater ein besseres Intestaterbrecht, wie als *parens manumissor*. Bei dieser Lage der Sache ist man wohl befugt, anzunehmen, daß Justinian durch das besondere Erbrecht des *parens manumissor* seine neue Erbfolgeordnung der Verwandten nicht gestört oder unterbrochen sehen wollte. Es würde nur noch für den Adoptivvater, *qui pater esse desiit*⁹⁷, bedeutend sein, und daß dieser von Justinian vernachlässigt oder wenigstens allen Verwandten nachgesetzt wurde, ist vollkommen erklärlich. Jedenfalls können wir im heutigen Rechte jenes besondere Erbrecht des *parens manumissor* als antiquirt betrachten, nachdem es von jeher von den meisten Rechtsgelehrten dafür angesehen oder gänzlich ignorirt worden ist⁹⁸. 4) Nach Nov. 118 ist nun auch das Vermögen der in väterlicher Gewalt befindlichen Personen (*bona adventitia, peculium castrense* und *quasi castrense*) vollkommen der regelmässigen Erbfolge unterworfen. Auch der Vater wird

⁹³ Bgl. unten Note 120. 121.

⁹⁴ Bgl. oben Note 28. 43. 65—69.

⁹⁵ Bgl. oben Note 66 68.

⁹⁶ Bgl. oben Note 67. und unten Note 145.

⁹⁷ L. 2. §. 15. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.

⁹⁸ Bgl. darüber vorzüglich Mayer, de hereditate parentis manumissoris. Tubing. 1832., und dessen Erbr. I. §. 85. Note 5. 6. Francke, de manumissorum successione. Jenae 1835. Mühlensbruch, Comment. Bd. 35. S. 219 fg., Bd. 37. S. 356 fg.

nun dazu in der ihm überhaupt zukommenden Rangordnung als eigentlicher Erbe berufen, und eben so wird es eventuell auch den entfernteren Verwandten deferirt. Es ist aber in dieser Beziehung noch insbesondere zu bemerken, daß der Nießbrauch, welcher dem überlebenden Vater an solchem Vermögen zustand, auch nach dem Tode des Kindes noch fort-dauert, wenn der Vater nicht selbst zum Miterben desselben berufen ist, so wie er in diesem Falle auch an dem Erbtheile der seiner Gewalt ebenfalls unterworfenen Erben des Kindes den Nießbrauch erst erwerben kann; falls aber dem Vater selbst die Miterbschaft deferirt ist, so kann er an den Erbtheilen seiner Miterben den Nießbrauch nicht in Anspruch nehmen, weder als Fortsetzung des bei Lebzeiten des Kindes ihm zugestandenen Nießbrauches, noch als neu erworben aus dem Grunde, weil die Miterben auch seiner väterlichen Gewalt unterworfen seien⁹⁹. Nach diesen Vorbemerkungen betrachten wir nun näher

I. die ordentliche Erbfolge der Verwandten.

Die Novelle 118 unterscheidet in ihrer Rangordnung Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte (cap. 1. 2. 3.); indem sie aber mit den Ascendenten einige Seitenverwandte zusammenstellt, so ergeben sich vier Classen: 1) Descendenten, 2) Ascendenten, vollbürtige Geschwister und vollbürtiger Geschwister Kinder, 3) halbbürtige Geschwister und halbbürtiger Geschwister Kinder, 4) die übrigen Seitenverwandten¹⁰⁰.

⁹⁹ Nov. 118. cap. 1. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur: nam in usu harum rerum, qui debet acquiri aut servari (ἐπι γὰρ τῆ χειροῖ τῶν πραγμάτων τούτων ὀφειλοῦσα προσπορεύεσθαι ἢ φυλάττεσθαι), nostras de his omnibus leges parentibus custodimus. — Cap. 2. Si et pater aut mater fuerint . . et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Manche behaupten zwar, im letzten Falle behalte der Vater den ihm bisher zustehenden Nießbrauch an den Erbtheilen der Miterben (Thibaut, Pand. 6. Aufl., §. 363. 686.; Wening-Jungenheim a. a. D. §. 434. 438. u. a.), wenigstens an dem Erbtheile der miterbenden Mutter (Gebrüder Dverbed, Rebitat. II. Nr. 79.); aber mit Recht erklärt sich die Mehrzahl dagegen. Vgl. z. B. Glück a. a. D. §. 657 flg. Roßhirt a. a. D. §. 339 flg. Köhr, im Arch. für civ. Prax. X. S. 165 flg. Marejoll, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proc. XI. S. 206 flg. Bangerow, Zeitsf. II. S. 64 flg., auch Thibaut, in der 8. Ausg. §. 361. und Trüb, in der 5. Ausg. von Wening's Civilrecht a. a. D.

¹⁰⁰ Diese Erbfolgeordnung der Nov. 118. hat ein unbekannter Verfasser in folgenden Versen zusammengefaßt:

Descendens omnis succedit in ordine primo;
 Ascendens proprior, germanus, filius eius;
 Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius;
 Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Nach dem dritten Verse hat man noch eingeschoben:

Hi cuncti (iuncti) in stirpes succedunt, in capita autem
 iuncti ascendentes, fratrum proles quoque sola.

Vgl. Hugo, Lehrb. der Pand. §. 116.

Erste Classe. Descendenten. Diese werden vor allen anderen Verwandten zur Erbschaft berufen, ohne Unterscheidung der Nachkommen männlicher oder weiblicher Abstammung, nur unter der allgemeinen Voraussetzung, daß sie zu den Cognaten gehören. Es erben auch Descendenten verschiedener Grade neben einander, wenn sie nur nicht demselben Stamme angehören; denn die Nachkommen des zweiten, dritten Grades u. s. w. werden durch ihre noch lebenden erbfähigen Eltern, durch welche ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt ist, von dessen Erbschaft ausgeschlossen; das *edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius*¹⁰¹ ist unpraktisch geworden; Enkel oder Urenkel rücken überall nur in die Stelle ihrer nicht mehr zur Erbschaft mitberufenen Eltern, Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter, ein (in *parentis sui locum succedunt*)¹⁰². Man hat diese Stellung der Enkel und Urenkel u. s. w. durch den Ausdruck Repräsentationsrecht bezeichnet; jene, sagt man, repräsentiren bei der Beerbung des Großvaters oder Urgroßvaters ihre verstorbenen Eltern. Dagegen wäre an sich nichts einzuwenden, wenn nicht manche Rechtsgelehrte daran ganz irrige Ansichten und Meinungen angeknüpft hätten. Man hat nämlich behauptet, den Enkeln werde nur vermöge einer Repräsentation der Eltern, nicht kraft eigenen Rechtes, die Erbschaft der Großeltern deferirt, zu jener Repräsentation aber werde vorausgesetzt, daß sie auch Erben des repräsentirten parens geworden seien. Diese Idee ist aber völlig grundlos, wie jetzt auch allgemein anerkannt wird¹⁰³. Die Enkel erben überall, wofern sie ihr vorgehender parens nicht ausschließt, kraft des verwandtschaftlichen Verhältnisses, in welchem sie selbst als Descendenten zu dem Erblasser standen; nur zum Zweck der Bestimmung der Erbtheile sagt das Gesetz von ihnen: *in parentis sui locum succedunt*. Dieses ist nichts anderes als der Ausdruck dafür, daß in der Classe der Descendenten durchaus die sogenannte Stammtheilung, *successio in stirpes*, gelten solle, gerade so, wie sie nach altem Civilrechte unter den *sui heredes*, nach prätorischem Rechte unter den *liberi* stattgefunden hatte¹⁰⁴. Vermöge dieser Bestimmung der Erbtheile kann denn nun auch der Fall eintreten, der nach

¹⁰¹ Bgl. Note 35.

¹⁰² Nov. 118. cap. 1. Si quis igitur descendantium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus... omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur... sic tamen, ut si quem horum descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios ascendentes in proprii parentis locum succedere — — — tantam de hereditate morientis accipientes partem, quantum sint, quantum eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.

¹⁰³ Bgl. darüber Glüd, Intestaterbfl., 1. Aufl., §. 100. 2. Aufl., §. 24. Kofshirt a. a. D. S. 284 flg. Sangerow, Zeitf. II. S. 50 flg.

¹⁰⁴ Bgl. oben Note 16. 34. und 102. a. G.

altem Rechte nicht möglich war, daß wegen mehrfacher Verwandtschaft mit dem Erblasser auf einen und denselben Descendenten mehrere Erbtheile zusammen kommen ¹⁰⁵.

Es sind übrigens in Rücksicht der Erbfolge dieser ersten Classe noch folgende besondere Bestimmungen zu bemerken: 1) Uneheliche Kinder und deren Nachkommen haben a) gegen ihre Mutter und mütterlichen Großeltern der Regel nach ein vollkommenes Kindeserbrecht ¹⁰⁶. Mein aa) nach einem älteren Gesetze Justinian's ¹⁰⁷ soll das uneheliche Kind einer erlauchten Mutter (*mater illustris*) neben rechtmäßigen Kindern derselben kein Erbrecht haben. Diese ganz specielle Bestimmung ist durch Novelle 118 nicht aufgehoben ¹⁰⁸, aber freilich müssen wir sie heutzutage als unpraktisch ansehen, weil wir keine *mater illustris* im Sinne des römischen Rechtes mehr kennen. bb) Nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten soll das in einer verbotenen strafbaren Geschlechtsverbindung erzeugte Kind (*ex damnato coitu natus*) auch in Beziehung zur Mutter kein Erbrecht haben. Diese Meinung geht jedenfalls zu weit, insofern sie auch auf das durch *stuprum* und nach heutigem Rechte auf das im *Concubinat* erzeugte Kind sich erstreckt ¹⁰⁹. Aber auch in Betreff der in Ehebruch oder Bigamie erzeugten läßt sie sich nicht begründen ¹¹⁰. Nur in Ansehung der aus blutschänderischer Verbindung oder, noch beschränkter, in blutschänderischer Ehe erzeugten Kinder (*incestuosi*) scheint sie die Gesetze für sich zu haben ¹¹¹. Doch wird sie selbst in dieser Beschränkung von Manchen verworfen ¹¹². b) In Beziehung zum Erzeuger und dessen Angehörigen haben die unehelichen Kinder der Regel nach kein Erbrecht ¹¹³. Allein aa) die legitimirten Kinder sind hier, wie sonst, den ehelichen gleich zu achten ¹¹⁴. Man hat dieß zwar in Ansehung der durch Rescript legitimirten Kinder, wenn eheliche mit ihnen concurriren, wohl bezweifelt, weil nach Justinian's Verordnung eine solche Legitimation nicht gewährt werden soll, wenn eheliche Kinder vorhanden sind ¹¹⁵; aber jedenfalls

¹⁰⁵ So, wenn bei Beerbung des Urgroßvaters ein von zwei Geschwisterkindern, Enkeln des Erblassers, erzeugter Urenkel concurrirt. Glück a. a. D. S. 60, 137 fg.

¹⁰⁶ Vgl. oben Note 56.

¹⁰⁷ Vgl. oben Note 53.

¹⁰⁸ Vgl. oben Note 90.

¹⁰⁹ S. dagegen Glück a. a. D. S. 523 fg.

¹¹⁰ Vgl. Glück a. a. D. S. 501, 504 fg. Mühlbruch, Comment. Bd. 35. S. 158 fg. Franke, Recht der Notherben S. 179 fg.

¹¹¹ L. 6. Cod. de incest. nupt. 5. 5. Vgl. Nov. 12. cap. 1. Mayer, Erbr. I. §. 6. Note 15.

¹¹² Rosshirt, Erbr. S. 211 fg. Feit, in Wening's Civilrecht, 5. Ausg., §. 433. Wangerow a. a. D. II. S. 50.

¹¹³ Vgl. Note 86.

¹¹⁴ L. 10. Cod. de natural. lib. 5. 27. Nov. 89. cap. 8.

¹¹⁵ Nov. 74. cap. 1. 2. Nov. 89. cap. 9. 11. Vgl. darüber Glück a. a. D. S. 527 fg.

müssen sie doch neben später erst erzeugten legitimen Kindern erben, und überall kann es auch nur darauf ankommen, ob die Legitimation giltig sei, was man heutzutage auch im Falle der Existenz legitimer Kinder, wenn nur nicht die Legitimation durch Verschweigung dieses Umstandes erschlichen ist, mit Recht annimmt. Die per oblationem curiae legitimirten Kinder jedoch sollten nur allein gegen den Vater selbst, nicht auch gegen dessen Ascendenten oder Seitenverwandte ein Erbrecht haben ¹¹⁶; aber dieß ist heutzutage nicht mehr von praktischer Bedeutung, weil diese Art der Legitimation selbst unpraktisch ist. bb) Den aus einer putativen in gehöriger Form eingegangenen Ehe erzeugten Kindern werden nach canonischem Rechte in Beziehung auf beide Eltern und deren Verwandtschaft die Rechte ehelicher Kinder beigelegt, sollte auch einem von beiden das der Ehe entgegenstehende Hinderniß nicht unbekannt gewesen sein ¹¹⁷. cc) Die Praxis dehnt dieß auch auf die in rechtmäßigem Brautstande erzeugten Kinder aus, wenn die beabsichtigte Ehe wegen früheren Todes oder wegen Weigerung des Vaters nicht zum Vollzuge gekommen sein sollte ¹¹⁸. 2) Adoptivkinder können als Descendenten theils in der Adoptivfamilie, theils in ihrer natürlichen Familie erben. Es hat nämlich a) das von einer Frau durch Rescript des Regenten adoptirte Kind, und dessen Nachkommen, unzweifelhaft ein vollkommenes Kindeserbrecht gegen die Adoptivmutter, gleich als ob jenes ein natürliches legitimes Kind derselben wäre ¹¹⁹; aber es erstreckt sich dieses Erbrecht nicht auf die Ascendenten der Adoptivmutter, und von selbst versteht sich, daß dem Kinde das gesetzliche Erbrecht gegen seine natürlichen Ascendenten unverkümmert bleibt. b) Dem einem Fremden von dem natürlichen Vater in Adoption gegebenen Kinde (sogen. minus plene adoptatus) hat Justinian, indem er übrigens einer solchen Adoption alle Wirksamkeit entzog, doch ein Kindeserbrecht (nicht Pflichttheilsrecht) gegen den Adoptirenden vorbehalten, während dasselbe in der Gewalt des natürlichen Vaters bleibt und daher auch alle Erbrechte in dessen Familie unversehrt behält ¹²⁰. Diese specielle Bestimmung ist nun

¹¹⁶ Nov. 89. cap. 2—4. 11. pr.

¹¹⁷ Cap. 2. 8. 14. 15. X. qui filii sint legitimi. 4. 17. Vgl. Glük a. a. O. S. 596 flg.

¹¹⁸ Diese Praxis stützt sich auf cap. 12. X. 1. c. Vgl. Glük a. a. O. S. 595. und vorzüglich Mager, Erbr. I. S. 191—196.

¹¹⁹ L. 5. Cod. de adopt. 8. 48.: Eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus. Vgl. Köfen, Civilrecht III. 2. S. 338.

¹²⁰ L. 40. §. 2. Cod. de adopt. Sancimus, etsi habeat huiusmodi filius iura integra naturae, attamen si intestatus pater extraneus adoptivus decesserit, habere eum etiam sui heredis ius ad eius tantummodo successionem, ut non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur.

wiederum durch die Novelle 118 nicht aufgehoben; der unvollkommen Adoptirte, obgleich weder Cognat noch Agnat, beerbt auch jetzt noch den Adoptirenden gleich einem Kinde; aber dieses Erbrecht beschränkt sich auch bloß auf die Erbschaft des Adoptirenden selbst; es erstreckt sich nicht auf dessen Ascendenten¹²¹. c) Das vollkommen adoptirte oder arrogirte Kind hat a) unzweifelhaft ein vollkommenes Kindeserbrecht gegen den Adoptivvater, wenn das Adoptivverhältniß bis zu dessen Tode nicht aufgelöst worden ist, und dieses Erbrecht geht auch auf die später erzeugten Kinder des adoptirten Sohnes über, da dieser einem rechtmäßig erzeugten Sohne gleich zu achten ist. ß) Das als Enkel von einem bestimmten Sohne mit dessen Einwilligung adoptirte Kind erlangt auch sowohl gegen den lezten, als gegen den Adoptivgroßvater das Erbrecht eines natürlichen Descendenten des ersten, beziehungsweise des zweiten Grades¹²². Demgemäß aber kann analog behauptet werden, daß der Adoptirte auch gegen den Vater des Adoptirenden das Erbrecht eines Enkels erlange, wenn der lezte ohne Verlust der Suitätsrechte aus der väterlichen Gewalt seines Vaters ausgetreten war, dieser aber zu der Adoption seine Einwilligung erteilt hat¹²³. γ) Gegen die Mutter und mütterlichen Ascendenten behält das vollkommen adoptirte Kind jedenfalls die Erbrechte, die ihm als natürlichem Descendenten zukommen. Aber auch in Beziehung zum natürlichen Vater oder väterlichen Großvater wird dem in Adoption gegebenen Kinde nach der gemeinen Meinung noch das regelmäßige Kindeserbrecht (wenn gleich kein Pflichttheilsrecht) zugestanden, so daß dasselbe zu gleicher Zeit verschiedene Väter zu beerben berechtigt sein soll. Man sollte auch glauben, wenn man nur die Novelle 118 in's Auge faßt, daß diese Behauptung kaum einer Anfechtung unterliegen könne; denn unbestritten sind und bleiben die in der Adoptivfamilie befindlichen Kinder Cognaten und Descendenten des natürlichen Vaters, und nach der Novelle sollen die Cognaten, und zwar zuerst die Descendenten, erben, ohne alle Rücksicht auf väterliche Gewalt und Agnation¹²⁴.

¹²¹ Vgl. oben Note 93. Glüd a. a. D. S. 600. Bangerow a. a. D. II. S. 42.

¹²² L. 10. 11. D. de adopt. 1. 7.

¹²³ Cf. §. 7. J. de adopt. 1. 11. §. 4. J. quib. mod. ius pot. solv. 1. 12.

¹²⁴ Nov. 118. cap. 1.: Cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praepnatur, wobei nicht unterschieden wird, in wessen Gewalt der Descendent sich befinde, ob in der Gewalt eines leiblichen oder eines Adoptivvaters. Vgl. cap. 4. ibid.: in omnibus successioneibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, wo man unter den alius quilibet modus auch den Fall der datio in adoptionem zu subsumiren nicht umhin kann. Vgl. Glüd a. a. D. S. 602 flg. Köstirt a. a. D. S. 159 flg. Thibaut, civ. Abh. S. 115. Mayer, Erbr. §. 82. Büchel, Streitfragen S. 18—20. Bangerow a. a. D. II. S. 41—47. und fast alle Lehrb.

Gleichwohl ist jene gemeine Meinung in neuerer Zeit lebhaft bestritten und behauptet worden, der vollkommen Adoptirte habe, so lange er in der Adoptivfamilie bleibe, in Beziehung zum natürlichen Vater überall kein Erbrecht mehr oder wenigstens kein Erbrecht in der ersten Classe ¹²⁵. Die Hauptgründe dafür sind folgende: aa) Die Regel des älteren Rechtes: *adoptio tam diu nocet quamdiu quis in aliena familia sit*, müsse als specielle Regel auch nach der Novelle 118 noch anerkannt werden ¹²⁶. Allein dieses Argument ist keineswegs treffend. Jene Regel galt nämlich nur in Betreff der *honorum possessio ex edicto unde liberi* ¹²⁷; diese aber wurde nicht allen Descendenten angetragen, sondern sollte nur die erbrechtliche Wirkung des Verlustes der Suitätsrechte aufheben und daher nur denjenigen zu Statten kommen, welche nach ihrem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse *sui heredes* sein würden. Daß der Prätor davon diejenigen ausschloß, welche zur Zeit noch als Adoptirte einer fremden Familie angehörten, war damals ganz angemessen, theils weil diesen ihr Erbrecht in der Adoptivfamilie eine Entschädigung für den Verlust des Erbrechtes in der natürlichen Familie darbot, theils und vielleicht hauptsächlich, weil sonst das Vermögen des natürlichen Vaters ganz oder zum Theil der Familie desselben völlig entzogen und auf eine fremde Familie übertragen werden konnte, indem das in der Adoptivfamilie befindliche Kind jenen Erwerb damals, wenn es noch in der Gewalt war, dem Adoptivvater zubrachte und, wenn es *sui iuris* war, zunächst auf die Agnaten der Adoptivfamilie ab intestato vererbte. In der Classe der Cognaten dagegen berief der Prätor überhaupt alle Descendenten bloß als Cognaten, und unter diesen denn auch die noch einer fremden Familie als adoptirte angehörenden Kinder des Erblassers ¹²⁸. Und wenn auch hier die Descendenten als solche nicht einen Vorrang vor anderen Cognaten gleichen Grades hatten, so war gleichwohl ihre Eigenschaft als Descendenten nicht unbedeutend ¹²⁹. Nachdem nun die Novelle 118 schlechthin den Descendenten überhaupt, als bloßen Cognaten, vor allen anderen Verwandten die Erbschaft angetragen hat, so wäre es

¹²⁵ Röhr, im Mag. für Rechtsw. und Gesetzgeb. Bd. 3. S. 397—406. Puchta, Lehrb. §. 440. Mühlenthal, Lehrb. §. 633. Note 4. und im Comment. Bd. 36. S. 173—181. Der letzte spricht dem Adoptirten jedes Erbrecht gegen den natürlichen Vater ab, die beiden ersten wollen ihm ein Erbrecht in der vierten Classe als Cognaten zuweisen. Vgl. auch Donell. comment. lib. IX. cap. 2. §. 5. Bachov. ad Treutler. vol. II. disp. XVI. th. 2. lit. J.

¹²⁶ L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4. Röhr und Mühlenthal a. a. D.

¹²⁷ So wie bei der *honorum possessio contra tabulas*. Vgl. oben Note 33.

¹²⁸ L. 1. §. 4. L. 5. D. unde cognati. 38. 8.

¹²⁹ L. 1. §. 12. 16. D. de successorio edicto. 38. 9. Cf. L. 1. §. 2. D. de legat. praest. 37. 5. — 2. L. §. 6. 9. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.

allen Regeln der Auslegung zuwider, jene auf die weit beschränktere *bonorum possessio* der *liberi* sich beziehende Regel in das Recht der Novelle 118 hineinzutragen. Um so weniger ist dieß zulässig, als dadurch den Adoptivkindern sogar noch ein Erbrecht, welches sie unmittelbar vor der Novelle 118 noch hatten (*ex edicto unde cognati*), entzogen würde. Denn wenn sie nach Novelle 118 nicht in der ersten Classe erben, so sind sie überhaupt ganz ausgeschlossen, da in den übrigen Classen nur noch Ascendenten und Seitenverwandte vorkommen¹²⁹. bb) Durch L. 10. Cod. de adopt. habe Justinian ausdrücklich festgesetzt, daß der vollkommen Adoptirte die Erbschaft des natürlichen Vaters nicht ferner belästigen, sondern nur an den Adoptivvater sich halten solle. Dadurch, sagt man, sei demselben das Kindeserbrecht gegen den natürlichen Vater, ja selbst die *bonorum possessio ex edicto unde cognati*¹³⁰, völlig abgesprochen, und diese ganz specielle von Justinian selbst herrührende Bestimmung müsse neben dem nicht viel späteren allgemeinen Gesetze festgehalten werden, eben so gut, wie andererseits die besondere Bestimmung über das Erbrecht des unvollkommen Adoptirten. Aber auch dieser Grund ist nicht überzeugend. Vorerst ist es entschieden falsch, daß L. 10. cit. den in Frage stehenden Kindern auch das Recht zur *bonorum possessio unde cognati* genommen habe. Dieß ist vielmehr in den Institutionen und Pandekten noch ausdrücklich anerkannt¹³¹. In einem Falle wird dem in Adoption gegebenen Kinde sogar auch noch *bonorum possessio ex edicto unde liberi* in Ansehung des natürlichen Vaters oder Großvaters gegeben, nämlich, wenn der letzte seinem eigenen Vater, beziehungsweise dem Vater des Kindes, das Kind in Adoption gegeben hat, wodurch es nicht eigentlich in eine fremde Familie gekommen ist¹³². Demnach ist zu behaupten, daß L. 10. cit. in Betreff des Intestaterbrechtes des vollkommen Adoptirten in der That nicht etwas Neues bestimmt habe; sie hat nur entschieden, was früher streitig gewesen, daß ihm kein Pflicht-

¹²⁹ Nov. 118. cap. 3.: Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primos . . . vocamus fratres etc. . . . Si autem neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus.

¹³⁰ So Mühlenthal a. a. D., sich stützend auf die Worte in L. 10. Cod. cit.: Ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregavit et lex per adoptionem assignavit — — et ad eum (eam) tantummodo filius adoptivus spem totam extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur — —; et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit; und später: neque enim ex vetere iure cognationis nexus naturalis patris per adoptionem filio dissolvebatur, sed accedebant iura adoptiva, certis reliquiis ex iure naturali remanentibus; et qui legitimus erat familiae adoptivae, is naturali fuerat cognatus, wo der Gebrauch des Präteritums für seine Ansicht spreche.

¹³¹ L. 1. §. 4. D. cit. §. 13. 14. J. de hered. ab intest. 3. 1. §. 2. 3. in f. J. de success. cognat. 3. 5.

¹³² L. 3. §. 7. 8. L. 21. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4. Cf. L. 14. §. 1. L. 17. D. ibid.

theilsrecht gegen den natürlichen Vater zustehen solle^{132a}. Sie erklärt zudem ausdrücklich, daß in Ansehung des Arrogirten nichts in dem bisherigen Rechte geändert sein solle¹³³, und doch wird in Betreff des Erbrechtes die Arrogation der vollkommenen Adoption ganz gleichgestellt¹³⁴. Hiernach dürfen wir uns auch durch dieses ältere Gesetz Justinian's, das wohl eines der schwächlichsten Elaborate seiner gesetzgeberischen Weisheit ist, nicht abhalten lassen, das neuere Gesetz desselben in dem ganzen Umfange zu verstehen, welchen die Worte desselben zulassen, um so mehr, als nicht nur diese Auslegung dem Geiste des Gesetzes vollkommen gemäß erscheint, sondern auch die entgegengesetzte Ansicht damit in einem grellen Widerspruche steht, indem sie dem Adoptivkinde ein ihm bisher zugestandenes Erbrecht gegen seinen natürlichen Vater entzieht, während demselben in Beziehung zu dem Adoptivvater nicht einmal in jedem Falle ein besseres Erbrecht, als ihm ohnehin schon zustand, gewonnen wird¹³⁵.

Zweite Classe. Ascendenten, vollbürtige Geschwister und vollbürtiger Geschwister Kinder. Es muß hier 1) näher bestimmt werden, welche Personen in dieser Classe zur Erbfolge kommen können. Diese sind: a) Ascendenten. Als solche können der Regel nach in der zweiten Classe eben diejenigen Personen erben, welchen andererseits der Erblasser als Descendent in der ersten Classe Erbe sein könnte. Denn das Verwandtschaftsverhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten ist ein gegenseitiges, und insofern ist auch die Möglichkeit der Beerbung, die sich darauf gründet, gegenseitig. Diese Regel erleidet jedoch folgende Ausnahmen: α) Die Beschränkung des unehelichen Kindes einer erlauchten Mutter gilt nicht umgekehrt auch zum Nachtheile der Letzten¹³⁶. β) Das in einer einseitig putativen Ehe erzeugte Kind wird von dem Erzeuger, welcher das Ehehinderniß kannte, nicht als eheliches beerbt, obgleich jenes gegen beide Eltern ein vollkommenes Erbrecht hat¹³⁷. γ) Der unvollkommen Adoptirende hat gegen den Adoptirten kein Erbrecht als Ascendent, obwohl der Letzte ihn gleich einem Descendenten beerben könnte¹³⁸. Dahingegen muß bei vollkommener Adoption dem leiblichen Vater des

^{132a} Bgl. §. 14. J. cit.: *Pristina iura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si paterfamilias se dederit arrogandum.*

¹³³ L. 40. §. 5. Cod. l. c.: *Omnia, quae ad filium arrogatum veteres legumatores introduerunt, intacta illibataque in eorum personis reserventur.*

¹³⁴ Bgl. Note 132^a.

¹³⁵ Böhr a. a. D. führt zwar nicht weniger als vierzehn Gründe für seine Ansicht an; allein die übrigen haben nach Beseitigung der beiden angeführten kein Gewicht mehr.

¹³⁶ Bgl. oben Note 107. 108. Glüd a. a. D. S. 626.

¹³⁷ Bgl. oben Note 117. Glüd a. a. D. S. 625.

¹³⁸ Bgl. Note 120.

Adoptirten in Concurrenz mit dem Adoptivvater das Erbrecht eines Ascendenten zugestanden werden, wenn anders die oben vertheidigte Ansicht über das Erbrecht des Adoptivkindes gegen den leiblichen Vater ihre Richtigkeit hat¹³⁹. Der Arrogator eines Unmündigen aber ist, wenn dieser in der Unmündigkeit stirbt, verpflichtet, das Vermögen desselben an diejenigen herauszugeben, welche in Ermangelung der Arrogation dessen Erben sein würden¹⁴⁰. b) Vollbürtige Geschwister. Im natürlichen Sinne sind vollbürtige Geschwister diejenigen, welche von demselben Vater und derselben Mutter gezeugt sind. Dabei muß aber vorausgesetzt werden, daß dieselben auch durch beider Eltern Vermittelung einander Cognaten sind, in dem Sinne, wie die Cognation überhaupt bei der Intestaterbfolge zu verstehen ist¹⁴¹. Daher sind die von demselben Vater mit derselben Mutter außerehelich erzeugten nicht legitimirten Kinder untereinander nur als halbbürtige Geschwister anzusehen, weil sie nicht Cognaten des Erzeugers sind¹⁴². Andererseits sind Adoptivgeschwister als solche nur durch den Adoptivvater mit einander verwandt und können daher auch nur als halbbürtige gelten, wenn sie nicht etwa zugleich Kinder derselben Mutter sind¹⁴³. c) Vollbürtiger Geschwister Kinder, d. i. Söhne und Töchter, nicht auch entferntere Descendenten, wobei ebenfalls wieder vorausgesetzt wird, daß sie durch den vollbürtigen Bruder oder die vollbürtige Schwester des Erblassers mit diesem in einem vollgiltigen Cognationsverhältnisse stehen, daß aber jener ihr parens selbst nicht bei der Beerbung concurrirre¹⁴⁴. 2) Wie verhalten sich diese verschiedenen möglichen Erben der zweiten Classe zu einander? In dieser Beziehung sind folgende Fälle zu unterscheiden: a) Es sind nur Ascendenten vorhanden. Alsdann erben die nächsten, mit Ausschließung der übrigen, also vor allen Vater und Mutter, nach ihnen die Ascendenten höheren Grades; concurriren aber mehrere Ascendenten von gleichem Grade, theils auf väterlicher, theils auf mütterlicher Seite, so theilen sie nach Linien (in lineas), d. h. die eine Hälfte der Erbschaft fällt den väterlichen,

¹³⁹ Vgl. Note 124—135. Glüc a. a. D. S. 627 fig. Vangerow a. a. D. II. S. 47.

¹⁴⁰ §. 3. J. de adopt. 1. 11. L. 18—20. D. de adopt. 1. 7. L. 40. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

¹⁴¹ Vgl. oben Note 84—89. 106. 114—118.

¹⁴² Vgl. Note 86 mit Note 114—118.

¹⁴³ Denn alsdann sind sie ex utrisque parentibus coniuncti. Nov. 118. cap. 2. 3. Vgl. überhaupt Glüc a. a. D. S. 54—57. 629—635.

¹⁴⁴ Nov. 118. cap. 3.: Si autem defuncti fratres fuerint et alterius fratris vel sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis. . . . Unde consequens est, ut si forte praemortuus frater, cuius filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae iungebatur, praepoanatur istius filii propriis thiis — sicut eorum pater praepoanetur, si viveret. — — Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et seminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum locum succedant. Glüc a. a. D. S. 636—644.

die andere den mütterlichen Ascendenten zu¹⁴⁵. In beiden Linien wird keineswegs wieder weiter nach Linien getheilt, wie einige behauptet haben¹⁴⁶, sondern es wird nur einmal die ganze Erbschaft in zwei Hälften getheilt, und die Ascendenten der einen und der anderen Hauptlinie erhalten von ihrer Hälfte gleiche Theile¹⁴⁷. b) Es sind nur vollbürtige Geschwister da. Diese erben zu gleichen Theilen. c) Es sind Ascendenten und Geschwister vorhanden. Alsdann concurriren mit den letzten die nächsten unter den Ascendenten, es seien Vater und Mutter, oder höhere Ascendenten¹⁴⁸, und zwar erhalten alle Concurrenten gleiche Theile¹⁴⁹. d) Es concurriren Geschwister und Geschwisterkinder. Hier findet Theilung nach Stämmen statt, wie in der ersten Classe; die Kinder treten in die Stelle ihres nicht mehr miterbenden parens ein (in parentis locum succedunt). Auch in diesem Falle hat man von einem Repräsentationsrechte gesprochen, und damit Vorstellungen und Folgesätze verknüpft, die hier durchaus eben so falsch und grundlos sind, wie bei der Erbfolge der Descendenten¹⁵⁰. e) Es sind Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder da. In diesem Falle blieben nach Novelle 118 die letzten unberücksichtigt; es erbten nur die Ascendenten und Geschwister, wie in dem Falle c)¹⁵¹. Dieses aber hat Justinian abgeändert durch Novelle 127,

¹⁴⁵ Nov. 118. cap. 2.: Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit.

¹⁴⁶ J. B. Schrader, Abhandl. aus dem Civilrechte Nr. V. S. 186.

¹⁴⁷ Vgl. Note 145. Ut medietatem accipiant omnes a patre ascendentes. Glück a. a. D. S. 647—649. Es kommt auch durchaus nicht auf den Ursprung des Erbvermögens an, wie einige ältere Rechtsgelehrte behaupten wollten. Vgl. Glück a. a. D. S. 649—652.

¹⁴⁸ Nov. 118. cap. 2.: Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint. Offenbar falsch ist die Meinung einiger älteren Juristen, welche nur Vater und Mutter, als die in abstracto nächsten Ascendenten, mit Geschwistern concurriren lassen, nicht auch die Großeltern. Sie wird vollends durch den griechischen Text widerlegt, der sich des Comparativs (*μετὰ τῶν ἑγγυτέρων*) bedient. Vgl. Glück a. a. D. S. 632—636.

¹⁴⁹ Nov. 118. l. c.: Dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli habeant aequalem partem. Es ist dem klarsten Wortsinne zuwider, wenn Schrader a. a. D. hier doch noch die Theilung nach Linien einmischen will.

¹⁵⁰ Glück, welcher in Betreff der Descendentenerbfolge die richtige Ansicht vertheidigt, nimmt hier doch ein Repräsentationsrecht zum Besufe der Erbfolge an (Note 103). Er beachtet nicht, daß Nov. 118. in cap. 3 sich gerade so ausdrückt, wie in cap. 1.: Et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, si superstes esset.

¹⁵¹ Nov. 118. cap. 3.: Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus. In solchem Falle bildeten also die Kinder vollbürtiger Geschwister eine eigene Classe zwischen den Ascendenten und vollbürtigen Geschwistern, und zwischen den halbbürtigen Geschwistern und Geschwisterkindern. Denn die Meinung Büchel's, a. a. D. S. 178., daß hier die vollbürtigen Neffen erst nach den letzten, in der vierten Classe als Seitenverwandte dritten Grades an die Reihe gekommen wären, ist gewiß verkehrt. Vgl. Nov. 118. cap. 3. pr. a. G. und §. 1. Bangerow, Zeitsf. II. S. 67 fig.

Cap. 1. Es soll darnach der Erbtheil, welcher einem oder einer nicht mehr miterbenden Bruder oder Schwester zugefallen sein würde, nunmehr in diesem Falle eben so wie in dem Falle d) auf dessen Söhne und Töchter übergehen¹⁵². f) Es sind Ascendenten und Söhne oder Töchter vollbürtiger Geschwister vorhanden, keine Geschwister mehr. In diesem Falle waren nach Novelle 118 die Geschwisterkinder durch die Ascendenten ausgeschlossen, und Novelle 127 hat darin nichts geändert. Wir sind auch nicht berechtigt, dieses letzte Gesetz gegen seinen Wortlaut auch auf diesen Fall anzuwenden¹⁵³. Wenn Justinian es hart fand, daß die Geschwisterkinder in einem Falle, wo die Geschwister erben, nichts bekommen sollten, so folgt daraus nicht, daß er auch an deren Ausschließung durch die allein erbenden Ascendenten Anstoß habe nehmen müssen, zumal da von diesen doch meistens das Vermögen sich auf jene weiter vererben wird. Gleichwohl hat man in der Praxis durchgängig angenommen, daß auch in diesem Falle den Geschwisterkindern der Erbtheil ihres parens gebühre¹⁵⁴. g) Es sind nur Geschwisterkinder vorhanden. Schon unter den Glossatoren bestand eine lebhafte Controverse darüber, ob in diesem Falle die Erbschaft nach Köpfen oder nach Stämmen sich theile, was natürlich nur bei der Concurrenz von Kindern verschiedener Geschwister bedeutend ist. Accursius namentlich vertheidigte die Theilung nach Stämmen, Azo die Theilung nach Köpfen. Auch jetzt noch sind die Meinungen darüber, was nach Nov. 118 Rechtens sei, verschieden¹⁵⁵. Für das gemeine deutsche Recht ist aber die Streitfrage reichsgesetzlich dahin entschieden worden, daß die Geschwisterkinder gleiche Theile bekommen¹⁵⁶. Zwar ist auch darnach die Zulässigkeit der Kopftheilung noch bestritten worden, falls neben den Geschwisterkindern andere ihnen in der Erbfolge nachstehende Seitenverwandte näheren oder gleichen Grades

¹⁵² — — Cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii et tantam accipiant portionem, quantum eorum futurus erat pater accipere, si vixisset, etc.

¹⁵³ Anderer Meinung ist Rospirt a. a. D. S. 348 fg. Büchel a. a. D. S. 170.

¹⁵⁴ Vgl. Glück a. a. D. S. 639—641.

¹⁵⁵ Vgl. die ausführliche Erörterung dieser Streitfrage und die Literatur bei Glück a. a. D. S. 664—705. Dieser selbst vertheidigte in der ersten Aufl. die Meinung des Azo, in der zweiten aber eine Mittelmeinung, wornach zu unterscheiden wäre, ob außer den Geschwisterkindern noch andere Seitenverwandte desselben oder näheren Grades vorhanden seien oder nicht, und im ersten Falle successio in stirpes, im anderen successio in capita gelten soll. Die meisten Anhänger zählte wohl von jeher die Meinung des Accursius; unter den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht ist namentlich Donellus hervorzuheben. Sie hat auch die Autorität des Harmenopolus V. 8. §. 15. für sich.

¹⁵⁶ Reichsabschied zu Speier v. J. 1529. §. 31.: Wann einer unterstirbt abstirbt und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben und dem Verstorbene ihren Vater oder Mutter Bruder oder Schwester dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen.

vorhanden seien¹⁵⁷; allein diese Beschränkung ist der Absicht jenes Reichsgesetzes so offenbar zuwider, daß sie mit Recht fast von Allen verworfen wird¹⁵⁸.

Dritte Classe. Halbbürtige Geschwister und halbbürtiger Geschwisterkinder. Welche Personen hierher gehören, ergibt sich von selbst aus den Bemerkungen zur zweiten Classe unter 1. a. und d; und die Art der Theilung, welche unter ihnen eintritt, ist nach Verschiedenheit der Fälle dieselbe, wie dort in den Fällen unter 2. b. d. und g. Es ist jedoch von Manchen die Behauptung aufgestellt worden, wenn Jemand zugleich halbbürtige Geschwister von der Vater- und von der Mutterseite hinterlasse, so müsse das von dem Vater herrührende Vermögen des Erblassers ausschließlich den ersten, das von der Mutter herrührende ausschließlich den letzten zugesprochen werden¹⁵⁹. Mit Recht ist aber diese Meinung jetzt von Allen verworfen. Sie gründet sich auf eine durchaus unzulässige Combination eines älteren Gesetzes¹⁶⁰ mit der Novelle 118, wobei nicht bedacht war, daß die Geschwister, denen dort in Ansehung des Muttergutes des Verstorbenen ein Vorzug vor den consanguinei beigelegt wird, nicht uterini, sondern vollbürtige Geschwister waren, indem damals jenen ein civiles Erbrecht noch gar nicht zustand¹⁶¹.

Vierte Classe. Die übrigen Seitenverwandten. Sind weder Descendenten noch Ascendenten noch auch Geschwister oder Geschwisterkinder vorhanden, so erben von den übrigen Seitenverwandten allemal diejenigen, welche dem Verstorbenen am nächsten verwandt sind; mehrere von gleichem Grade aber erben zu gleichen Theilen¹⁶².

Die angegebenen vier Classen der Intestaterben stehen in dem Verhältnisse zu einander, daß allemal die einer späteren Classe angehörnden Personen von der Erbschaft ausgeschlossen sind, sofern erberechtigte einer früheren Classe vorhanden sind. Es gilt aber nicht nur unter den verschiedenen Classen *successio ordinum*, so daß die Delation der Erbfolge auf die nächstfolgende Classe übergeht, sobald entschieden ist, daß die in der vorgehenden Classe gerufenen Personen nicht erben, sondern auch in jeder einzelnen Classe *successio graduum*. Unbestritten gilt

¹⁵⁷ Heister, diss. de fratrum germanorum liberis, sive cum fratre defuncti unilaterali sive cum fratrī unilateralis filiis sive cum thīs defuncti concurrant, in stirpes succedentibus. Hal. 1775.

¹⁵⁸ Vgl. Glüd a. a. D. S. 186. Rofshirt a. a. D. S. 362 flg.

¹⁵⁹ S. die Literatur bei Glüd a. a. D. S. 712. Note 36.

¹⁶⁰ L. 13. §. 2. Cod. de legit. hered. 6. 38

¹⁶¹ Vgl. darüber vorzüglich Francke, Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 162 flg. Guyet, Abhandlungen S. 16 flg.

¹⁶² Nov. 118. cap. 3. §. 1. Glüd a. a. D. S. 717—725.

diese in der vierten Classe, und desgleichen auch in der zweiten Classe in Ansehung der verschiedenen Grade der Ascendenz. Dagegen ist es in neuerer Zeit bestritten worden, daß dieselbe auch in der ersten Classe zu Gunsten entfernterer Descendenten und in der zweiten und dritten Classe zu Gunsten von Geschwisterkindern stattfinde. Vielmehr sollen diese Personen, da ihr Erbrecht nicht durch den Grad, sondern nur durch den Umstand, daß ihr parens nicht mehr lebt, bedingt sei, auch nicht vermöge der *successio gradum*, sondern nur vermittelt des *Transmissionsrechtes* noch zur Erbschaft gelangen können, falls ihnen nicht gleich anfangs als nächsten Erben ihrer Classe die Erbschaft deferirt worden sei ¹⁶³. Demnach würden die Enkel oder Geschwisterkinder des Erblassers, deren Vater oder Mutter zur Erbschaft berufen waren, dieselbe aber nicht erworben hatten, selbst durch die ihnen sonst nachstehenden Personen der folgenden Classe von der Erbschaft ausgeschlossen werden, wenn ihnen nicht etwa das *Transmissionsrecht* zu Hilfe käme. Allein diese Meinung beruht auf keinem haltbaren Grunde und ist sowohl dem Geiste als dem Wortlaute der Novelle 118 zuwider. Unzweifelhaft konnte nach älterem Rechte die Berufung zur *bonorum possessio ex edicto unde cognati* eben so auf entferntere Descendenten und auf die Kinder der Geschwister, wie auf andere Cognaten übergehen, und es wäre also gewiß ein der Tendenz der Novelle ganz widersprechender Erfolg, wenn ihnen dieses nun dadurch, daß ihnen eine vortheilhaftere Stellung gegeben ist, entzogen sein sollte. Auch beruft die Novelle ihren Worten nach die Ascendenten und Seitenverwandten nur dann, wenn der Verstorbene keine Descendenten hinterlassen hat, und die Seitenverwandten der vierten Classe nur dann, wenn er keine Geschwister oder Geschwisterkinder hinterlassen hat ¹⁶⁴, und auch dieses spricht dafür, daß diese jedenfalls vorerst erben können, ehe jene an die Reihe kommen. Zudem ist eine so strenge Scheidung zwischen der *successio graduum* und *ordinum* an sich nicht gegründet, indem die *Succession* in Betreff der *Delation* überhaupt nur darin besteht, daß, wenn zunächstberufene Personen die Erbschaft nicht erwerben, diese denjenigen deferirt wird, welche, wenn jene ihnen nicht im Wege ständen, zunächst berufen sein würden, und man kann dabei füglich durch alle Classen hindurch so viele Grade der Intestaterbfolge annehmen, als überhaupt Classen von Personen

¹⁶³ Buchta, Lehrb. der Pand. §. 453.

¹⁶⁴ Nov. 118. cap. 1.: *Si quis descendentium fuerit.* — — omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Cap. 3. §. 1.: *Si vero neque fratres neque filios fratrum defunctus dereliquerit.* omnes deinceps a latere cognatos vocamus.

vorhanden sind, die durch andere ihnen vorgehende von der Erbschaft ausgeschlossen werden ¹⁶⁵.

Eine andere Frage ist die, ob die Succession der Grade auch dann eintreten könne, wenn außer dem wegfallenden Erben noch andere mit ihm berufene Personen vorhanden sind, mit anderen Worten, ob die *successio graduum* das Accrescenzrecht der Miterben ausschließe oder nicht? Diese Frage ist von großer praktischer Bedeutung, z. B. wenn von mehreren Söhnen oder Brüdern nach der Delation der Erbschaft der eine oder andere ausfällt und Kinder desselben vorhanden sind, oder wenn der Erblasser Vater, Großvater und Bruder hinterläßt, nach der Delation aber der Vater stirbt. Früher war die Meinung vorherrschend, daß hier das Anwachsungsrecht überwiege, also in obigen Fällen die Enkel oder Geschwisterkinder oder der Großvater, abgesehen von dem Falle der Transmission, nicht erben könne, so lange noch einer von den Miterben des wegfallenden Sohnes, Bruders oder Vaters vorhanden sei. In neuerer Zeit haben aber Viele die entgegengesetzte Meinung vertheidigt ¹⁶⁶. Allein die bisher herrschende Ansicht hat nicht nur die Mehrzahl der Autoritäten, sondern auch die überwiegenden Gründe für sich ¹⁶⁷. In enger Verbindung mit dieser Streitfrage steht eine andere: nach welchem Zeitpunkte die Bestimmung der Erbtheile unter mehreren Concurrenten sich richte, ob nach dem Zeitpunkte der Delation oder nach dem der Acquisition? Die Frage ist von großer Wichtigkeit in der zweiten und dritten Classe. Denn wenn z. B. die Erbschaft zuerst Ascendenten und Geschwistern deferirt war, dann aber die letzten wegfallen, so kann es einen großen Unterschied machen, ob nun den allein erbenden Ascendenten die Erbtheile der wegfallenden Geschwister nach Kopftheilen accresciren, oder vielmehr jetzt Theilung nach Linien eintritt; oder wenn zuerst Geschwister und Geschwisterkinder gerufen waren, und die ersten ausfallen, so kann es wieder sehr bedeutend werden, ob jetzt die letzten nach Stämmen sich in die Erbschaft theilen oder vielmehr nach Köpfen? Viele behaupten das letzte ¹⁶⁸, meistens dieselben, welche der oben (Note 167) verworfenen

¹⁶⁵ Vgl. Bangerow a. a. D. S. 68 flg. Völlig verwerflich ist auch die Meinung von Büchel, a. a. D. S. 171 flg., wornach die Kinder vollbürtiger Geschwister, wenn ihr den Erblasser überlebender parens nicht erbt, erst in der vierten Classe als Cognaten des dritten Grades zur Erbfolge gelangen, also die halbbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder ihnen vorgehen sollen. Vgl. dagegen Bangerow a. a. D. S. 58—61.

¹⁶⁶ Franke, Beitr. S. 167 flg. Mayer, das Anwachsungsrecht S. 284—299. Witte, im Art. Anwachsungsrecht, Rechtslexikon Bd. I. S. 279. Wening-Jungenheim, Lehrb. S. 439.

¹⁶⁷ Vgl. darüber Glüd a. a. D. §. 150—152. Köpffert a. a. D. S. 409 flg. Büchel, Streitfragen S. 82 flg. Bangerow a. a. D. S. 69—74. Mühlbruch, Fortsetzung von Glüd's Erläuter. Bd. 43. S. 270—289. Die Controverse ist übrigens schon im Rechtslexikon Bd. I. a. a. D. besprochen.

¹⁶⁸ Vgl. Mayer, Anwachsungsrecht S. 251 flg. Witte, a. a. D. S. 278.

Meinung anhängen¹⁶⁹; consequent aber muß man den Zeitpunkt der Delation als den entscheidenden ansehen. Wenn, nachdem einer Classe von Personen die Intestaterbfolge bereits deferirt war, eine von diesen wegfällt, so soll das Anwachungsrecht eintreten; es wird nicht jene Delation ganz aufgehoben und eine neue eröffnet, wie die gegnerische Meinung eigentlich voraussetzt; anwachsen kann aber eben nur der Erbtheil, welcher dem Ausfallenden deferirt war, und zwar soll er den übrigen anwachsen nach Verhältniß der Erbtheile, welche diesen deferirt waren. So wie z. B. wenn Jemand einen Bruder, die Söhne eines zweiten und eines dritten Bruders je zu $\frac{1}{3}$ testamentarisch eingesetzt hätte, der Erbtheil des wegfallenden Bruders unzweifelhaft den beiden anderen Erbtheilen gleichmäßig anwachsen würde, dergestalt, daß je die Söhne eines jeden der beiden anderen Brüder zusammen die Hälfte der ganzen Erbschaft erhalten würden, ebenso muß man behaupten, daß derselbe Erfolg auch dann eintrete, wenn nicht der testamentarische Wille des Erblassers, sondern das Gesetz nach gleicher Theilbestimmung denselben Personen die Erbschaft deferirt hat¹⁷⁰.

Sind gar keine Verwandte vorhanden, welche nach der Novelle 118 erben können, oder machen die vorhandenen von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch, so kann nun noch

II. die ordentliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten eintreten, die *bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor*, wie sie auch nach älterem Rechte der Erbfolge der Verwandten sich anreihete¹⁷¹. Voraussetzung dieses Erbrechtes ist, daß der Ueberlebende mit dem Erblasser in giltiger Ehe gelebt, daß diese Ehe auch bis zum Tode des Erblassers fortbestanden habe, und nicht einmal ein obwohl gesetzlich unwirksames *divortium* soll stattgefunden haben, indem auch in diesem Falle thatsächlich das Verhältniß der Liebe, aus Rücksicht auf welches jene *bonorum possessio* dem überlebenden Ehegatten dargeboten wird, bereits gelöst scheint¹⁷². Daher ist nach heutigem Rechte dieses Erbrecht auch dann unstatthaft, wenn die Ehegatten zur Zeit des Todes des

¹⁶⁹ Als notwendige Consequenz betrachtet dieses Bangerow, a. a. D. S. 75. und macht daher den dort mit ihm übereinstimmenden, hier abweichenden Schriftstellern (Rohrhirt, Erbr. S. 359 ff.; Frik, in Wening's Lehrb. §. 439.) den Vorwurf der Inconsequenz. Ebenso Büchel a. a. D. S. 230. Vgl. Mühlenbruch a. a. D. S. 297. Note.

¹⁷⁰ Vgl. vorzüglich Mühlenbruch a. a. D. S. 292—299., auch Bangerow und Büchel a. a. D.

¹⁷¹ Dig. unde vir et uxor. 38. 11. Cod. 6. 18. Manche nennen dieses Erbrecht des überlebenden Ehegatten ein außerordentliches, weil es nicht auf Verwandtschaft beruht. Aber es ist ein ordentliches, insofern es in der ganzen Ordnung der Intestaterbfolge seine bestimmte Stelle einnimmt.

¹⁷² L. un. §. 1. D. l. c.: Ut autem haec *bonorum possessio* locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore: sed si *divortium* quidem secutum sit, verumtamen iure durat *matrimonium*, haec successio locum non habet. Glück a. a. D. §. 191.

Erblässers von Tisch und Bett getrennt waren, wenn gleich die Ehe dem Bande nach fortbauerte.

Wenn endlich auch der überlebende Ehegatte nicht erbt, so wird das Vermögen als erbloses zunächst gewissen Corporationen, denen der Verstorbene angehörte, und in Ermangelung derselben dem Fiscus zugewiesen. Jene Corporationen sind das collegium decurionum, naviculariorum, fabricensium, cohortalium, deren Mitglied der Verstorbene war, die Truppenabtheilung (legio oder vexillatio), in welcher der Verstorbene als Soldat stand, und endlich die Kirche oder das Kloster, wozu der Erblässer als Geistlicher oder Religiöse gehörte. Das Rechtsverhältniß dieser Successoren wird zwar in den Quellen nicht Erbfolge genannt, sondern dieser entgegengesetzt; aber es ist doch in der That der eigentlichen Erbfolge ganz analog, und man pflegt daher auch den Fiscus und die genannten Corporationen als die zuletzt eintretenden gesetzlichen Erben zu bezeichnen¹⁷³.

Außerdem kommt nun aber noch

III. die außerordentliche Intestaterbfolge

in Betracht, welche gewissen Personen unabhängig von der regelmäßigen Erbfolgeordnung dargeboten wird, dergestalt, daß sie neben anderen Erben dieser oder jener Classe einen gewissen Theil der Erbschaft in Anspruch nehmen können. Dahin gehört:

1) das Intestaterbrecht der dürftigen Wittve des Erblässers. Justinian ertheilte nämlich (a. 537.) dem überlebenden dürftigen Ehegatten einen Anspruch auf ein Viertel der Erbschaft des Verstorbenen, später aber (a. 541.) entzog er dieses Erbrecht dem Manne wieder und ließ es nur zu Gunsten der überlebenden Ehefrau bestehen¹⁷⁴. Die Letzte kann nun diesen Erbanspruch gegen alle nach der Novelle 118 erbende Verwandte geltend machen, und es soll ihr derselbe auch durch testamentarische Verfügung nicht geschmälert werden. Er beträgt der Regel nach ein Viertel der Erbschaft; wenn jedoch mehr als drei Kinder des Erblässers mit der Wittve concurriren, so soll diese nur ein Kindestheil erhalten, und in keinem Falle soll der Betrag ihres Erbtheiles den Werth von hundert Pfund Goldes überschreiten. Viele haben behauptet, jene Beschränkung

¹⁷³ Bgl. tit. Cod. de bonis vacantibus. 10. 10. De hereditibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. 6. 62. L. 20. Cod. de episcop. et cler. 1. 3. Nov. 131. cap. 13. Praktisch ist davon nur noch das Successionsrecht des Fiscus, der Kirchen und Klöster und des Regimentes. Die Praxis gibt aber auch noch den Armenhäusern ein Recht auf den erblosen Nachlaß ihrer Beneficiaten, und den Akademien auf den ihrer Professoren und akademischen Bürger. S. Glück a. a. D. S. 753—762. und Rechtslexikon Bb. III. S. 939 flg.

¹⁷⁴ Nov. 53. cap. 6. Nov. 117. cap. 5. Glück a. a. D. S. 425—473. Roskirt a. a. D. S. 186 bis 200. Röhr, im Mag. für Rechtsw. III. S. 359 flg. Bangerow a. a. D. II. S. 318 flg.

auf eine Virilportion trete überall ein, wo der dürftigen Wittwe mehr als drei Intestaterben gegenüberstehen; allein das Gesetz, welches jene Beschränkung aufstellt, spricht ausdrücklich nur von Kindern des Erblassers, und es ist kein Grund vorhanden, diese Bestimmung zu Gunsten anderer Verwandten ausdehnend zu erklären¹⁷⁵. Sind die Miterben der Wittwe alle oder zum Theil Enkel oder Urenkel von verschiedenen Stämmen, so ist bei der Berechnung des Erbtheiles ohne Zweifel auf die Zahl der Stämme, nicht auf die Zahl der sämtlichen Descendenten Rücksicht zu nehmen; aber auch wenn nur Enkel oder Urenkel eines Stammes mit der Wittwe concurriren, muß man nach demselben Principe rechnen, also der Wittwe ein Viertel der Erbschaft zusprechen, als ob nur ein Kind ihr gegenüberstände. Zwar enthält das Gesetz darüber keine directe Entscheidung; aber unmöglich kann man dem Gesetzgeber die Absurdität zutrauen, daß er der Wittwe ein Viertel geben wolle, wenn sie mit einem Sohne, mit drei Enkeln von einem anderen und mit zwölf Enkeln von einem dritten Sohne concurrirt, aber nur ein Dreizehntheil, wenn zwölf Enkel von einem Sohne allein mit ihr erben¹⁷⁶. Uebrigens muß die Wittwe in jenen Pflichtheil einrechnen, was ihr durch Vermächtniß vom Manne zugewendet wird¹⁷⁷. Sofern sie aber dadurch nicht völlig abgefunden ist und daher ihren gesetzlichen Erbanpruch geltend macht, ist sie auch als wahre Erbin anzusehen¹⁷⁸; sie kann daher auch durch

¹⁷⁵ Nov. 53. cap. 6. pr.: Quartam partem eius substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint. Nov. 117. cap. 5.: Accipere eam quartam illius substantiae portionem, ita tamen ut non transcendat hoc centum librarum auri quantitatem: . . . uxorem, si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir sive ex ea sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere: si autem amplius fuerint filii, tantum . . . accipere mulierem, quantum uni competit filiorum.

¹⁷⁶ Daß das Gesetz nur an Kinder ersten Grades denke, zeigt der Ausdruck: sive ex ea sive ex alio matrimonio; und der successio in stirpes entspricht es, daß auch hier die Enkel in parentis locum succedant et tantam accipiant partem, quantam eorum parens, si viveret, futurus erat accipere. Nov. 118. cap. 1. So auch Glück a. a. D. S. 129. 454., und schon in der ersten Auflage S. 440.

¹⁷⁷ Nov. 53. cap. 6.: Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, minus autem quarta parte, compleri hoc. Daß ihr aber auch, was sie eigenes Vermögen hat, eingerechnet werden müsse, ist eine ganz grundlose Behauptung. Arg. Nov. 53. cap. 6. §. 1.: Si vero quassdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam.

¹⁷⁸ Arg. Nov. 53. cap. 6. §. 1.: subiacere huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres extiterit (*συγκληρονομεῖ*). Für bedeutungslos hält diesen Passus Vangerow a. a. D., theils weil es doch eigentlich auf Nov. 117. allein ankomme, theils weil der Sinn jener Worte nur der sei: so weit die Wittwe aus diesem Gesetze eine Quote der Erbschaft erhält, muß sie auch die Schulden des Mannes bezahlen helfen. Allein das erste ist unrichtig, da Nov. 117. die Nov. 53. nicht aufhebt, sondern nur theilweise modificirt, und das andere trifft ebenfalls nicht zu; denn wenn die Wittwe nicht Miterbin ist, so kann sie nur ein Viertel des Betrages der Erbschaft, nach Abzug der Schulden, fordern, sie haftet dann nicht unmittelbar für die Schulden des Mannes, und noch weniger haftet ihr eigenes Vermögen den Gläubigern desselben; jene Erklärung thut also der Stelle unnöthig Gewalt an. Vgl. Glück a. a. D. §. 125. 126. Lehr a. a. D. S. 381 fg.

Anwachsungsrecht eine Vergrößerung ihres Erbtheiles gewinnen; aber freilich höchstens nur bis zum Betrage eines Vierteltheiles der Erbschaft oder des Maximum von einhundert Pfund Goldes, also nur in dem Falle, wo anfangs mehr als drei Kindern außer ihr die Erbschaft deferirt war¹⁷⁹. Den eigenen Kindern der Wittve jedoch, aus der Ehe mit dem Erblasser, soll das Eigenthum an dem Erbtheile ihrer Mutter vorbehalten sein, und diese erlangt hier also nur den Nießbrauch¹⁸⁰. Die Voraussetzungen endlich dieses außerordentlichen Erbrechtes der Wittve bestehen darin, daß sie mit dem Verstorbenen bis zu dessen Tode in giltiger Ehe gelebt habe und sich in dürftigen Umständen befinde, während die Erbschaft des Mannes reich ist. Dieses aber ist der Beurtheilung des Richters im einzelnen Falle überlassen und kann auch nur nach den concreten Verhältnissen beurtheilt werden, mit Rücksicht nicht nur auf das beiderseitige Vermögen, sondern auch auf Stand und Lebensgewohnheit der betheiligten Personen¹⁸¹. Das Gesetz enthält außerdem noch die nähere Bestimmung, daß die Wittve ohne Heirathsgut sei (*indotata mulier*), woraus sich das unvernünftige Resultat ergibt, daß die mit einer noch so kleinen dos versehene, sonst bedürftige Wittve auf die reichste Erbschaft des Mannes keinen Anspruch machen kann¹⁸².

2) Das Erbrecht der natürlichen Kinder und ihrer Mutter in Beziehung zum Erzeuger, und umgekehrt des letzten in Beziehung zu jenen. Auch dieses beruht auf Gesetzen von Justinian¹⁸³. Die im Concubinate erzeugten Kinder nämlich (*liberi naturales*) sollen, wenn der Erzeuger weder eine rechtmäßige Ehegattin, noch rechtmäßige Kinder hinterläßt, von der Erbschaft desselben zusammen mit der Mutter ein Sechstheil erhalten, so daß sie dieses, aber auch nie mehr als dieses, gegen alle anderen Erben, außer der rechtmäßigen Ehegattin und rechtmäßigen Kindern, auch gegen diejenigen, welchen das Vermögen sonst als erblos zufällt, in Anspruch nehmen können, und umgekehrt soll unter gleicher Voraussetzung auch der natürliche Vater gleichen Erbanspruch an dem

¹⁷⁹ Vgl. Mühlenthal a. a. D. S. 299—301.

¹⁸⁰ Nov. 117. l. c.: Ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Manche nehmen mit Lohr a. a. D. an, die Kinder erhielten nicht sofort die Proprietät, sondern die Mutter sei nur gebunden, ihren Kindern oder einem von ihnen jenes Erbvermögen zu hinterlassen, wie nach L. 8. §. 7. Cod. de repud. 5. 17. Aber vgl. dagegen Hoffm. a. a. D. S. 193 flg. Bangerow a. a. D. II. S. 319—322.

¹⁸¹ Glüd. a. a. D. §. 120. Daß es in dieser Beziehung auf die Zeit der Acquisition, nicht der Delation ankomme, wie Glüd. a. a. D. S. 468 flg., behauptet, ist ungegründet, wenn gleich die Wittve als wahre Miterbin anzusehen ist. Die Armutz ist nicht Bedingung der Successionsfähigkeit der Wittve, sondern nur Voraussetzung der Delation für dieselbe; sobald ihr einmal deferirt ist, kann sie die Erbschaft erwerben, so lange dieses überhaupt noch möglich ist.

¹⁸² Nov. 53. u. 117. cit. cf. Nov. 74. cap. 5. pr. Nov. 134. cap. 13.

¹⁸³ Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 12. 13. Glüd. a. a. D. S. 473—489.

Nachlasse der natürlichen Kinder haben. Die überlebende rechtmäßige Ehefrau schließt jenes Erbrecht auch dann aus, wenn sie selbst nicht Erbin ist; sie soll nicht den Schimpf erleiden, daß uneheliche Kinder ihren Mann beerben, während sie selbst an jeiner Erbschaft keinen Theil hat. Nach heutigem Rechte möchte man strenggenommen behaupten, daß dieses Erbrecht der *liberi naturales* überall nicht mehr stattfindet, weil durch das canonische Recht und deutsche Reichsgesetze der Concubinat geradezu verboten worden ist. Allein die Praxis hat nicht nur dasselbe beständig festgehalten, sondern selbst auch auf andere uneheliche Kinder (natürliche Kinder im heutigen vulgären Sinne des Wortes) ausgedehnt ¹⁸⁴.

3) Das Erbrecht der *Mitcurialen* auf den vierten Theil der Erbschaft, wenn der Verstorbene nicht von Descendenten beerbt wird ¹⁸⁵. Dieses ist heutzutage unpraktisch.

4) Das Recht desjenigen, welcher sich freiwillig der Pflege eines Blödsinnigen bis zu dessen Tode unterzogen hat, während der Intestaterbe desselben auf ergangene Aufforderung diese Last nicht übernehmen wollte. Hier soll nämlich jener in die Stelle des letzten einrücken und an dessen Statt erben ¹⁸⁶. Indessen scheint es, daß man diesen Fall vielmehr als einen Indignitätsfall zu betrachten habe, indem dem Intestaterben die ihm deferirte Erbschaft zu Gunsten des Pflegers des Blödsinnigen entrispen wird ¹⁸⁷.

Außerdem pflegt man auch den *socius liberalitatis imperialis* hier noch zu nennen, d. i. denjenigen, welchem mit dem Verstorbenen gemeinschaftlich vom Regenten eine Schenkung gemacht worden war, und welchem deshalb, wenn das Vermögen erblos ist, der Antheil des Erblassers an der gemeinschaftlichen Schenkung zufallen soll ¹⁸⁸. Allein da dieses Recht sich nur auf den Gegenstand der Schenkung beschränkt, so kann man darin nicht einen Fall gesetzlicher Erbfolge erkennen; es ist vielmehr nur einem Vermächtnisse zu vergleichen ¹⁸⁹. Eben so verhält es sich auch mit dem Rechte des Vaters auf den Nießbrauch eines Theiles der mütterlichen oder großmütterlichen Erbschaft, welche seinen emancipirten Kindern zufällt ¹⁹⁰. Dem Vater wird

¹⁸⁴ Vgl. darüber vorzüglich Mayer, das Intestaterbrecht der *liberi naturales*. Tübingen 1838.

¹⁸⁵ L. 1—3. Cod. quando et quib. quarta pars debeatur. 10. 34.

¹⁸⁶ Nov. 115. cap. 3. §. 12.

¹⁸⁷ Fuchta, Lehrb. §. 550.

¹⁸⁸ Cod. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit. 10. 14.

¹⁸⁹ Mayer, Erbr. §. 71. Note 1.

¹⁹⁰ L. 3. Cod. de bon. mat. 6. 60. Vgl. Schrader, Abh. I. Nr. 4. Bangerow a. a. O. II. S. 54—57.

auch hier nicht die Erbfolge deserirt, sondern nur der Nießbrauch an einem Erbtheile kraft gesetzlicher Bestimmung erworben ¹⁹¹. *

37.

Erbeinsetzung. **

Erbeinsetzung (*heredis institutio*) ¹ ist die letztwillige Verfügung, durch welche Jemand zur Erbschaft berufen wird; und zwar wird darunter nach der engeren und eigentlichen Bedeutung des Wortes Erbe regelmäßig nur die Ernennung eines unmittelbaren Nachfolgers in die Gesamtheit des Vermögens verstanden, *directe Erbeinsetzung* ². Diese kann nur in einem Testamente geschehen, und Ernennung eines Erben ist zugleich wesentlicher Inhalt eines Testamentes, so daß kein Testament möglich ist ohne Erbeinsetzung, wie keine Erbeinsetzung ohne Testament. Was nun überhaupt zur Errichtung eines Testamentes erforderlich, das ist an einem anderen Orte des Rechtslexikons auszuführen ³. Hier aber ist näher zu betrachten, was die Erbeinsetzungen unmittelbar angeht, und da fragt sich denn vor Allem

I. welche Personen giltig zu Erben eingesetzt werden können?

Die Fähigkeit zum Erben eingesetzt zu werden, heißt den Römern *testamenti factio*, in der modernen juristischen Kunstsprache insbesondere *testamenti factio passiva*, zur Unterscheidung von der Fähigkeit, selbst ein Testament zu errichten, welche ebenfalls *testamenti factio* (bei den Neueren *activa*) genannt wird. Jene Institutionsfähigkeit aber ist noch zu unterscheiden von der Fähigkeit, kraft testamentarischer Berufung eine Erbschaft zu erwerben, *capere posse hereditatem (legata)*, *ius capiendi*, daher *capacitas*, *Erwerbsfähigkeit*. Natürlich kann diese nicht bestehen ohne Voraussetzung jener, und auch der giltig Eingesezte kann die Erbschaft nicht *ex testamento* erwerben, *capere*, wenn er jene Fähigkeit zur Zeit, da der Erwerb stattfinden soll, nicht mehr hat. Es ist

¹⁹¹ Mayer a. a. O. Buchta, Lehrb. §. 454. Note a.

* Rechtslexikon V. S. 668—700. (1844.)

** Lehrb. §. 491—495.

¹ Inst. de heredibus instituendis. 2. 14. Dig. de heredibus instituendis. 28. 5. Cod. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. 6. 24. Mühlensbruch's Fortsetzung von Glück's Erläuterung der Pandekten, Bd. 39. S. 116. bis Bd. 40. S. 247.

² Vgl. Ulp. XXII. 41.: *Directo heres institui. Gai. II. 248.: Recto iure heres instituitur. L. 5. Cod. de impuberum et al. subst. 6. 26.: Directae substitutiones.* Den Gegensatz bildet das *Universalfideicommiss*, das man als *indirecte, fideicommissarische, Erbeinsetzung* bezeichnen könnte.

³ Vgl. den Art. Testament (im Rechtslexikon X. S. 713—1647.)

daher sehr erklärlich, daß wohl auch das Vorhandensein der testamenti factio durch capere posse bezeichnet wird⁴, und es ist nicht auffallend, daß von solchen, welchen die testamenti factio fehlt, auch wohl nur gesagt wird: eos capere non posse, capere prohiberi⁵. Die Verschiedenheit beider Begriffe aber zeigt sich darin, daß ein solcher, der bloß incapax ist, wohl gültig zum Erben eingesetzt werden kann, während der Mangel der testamenti factio die Möglichkeit gültiger Erbeinsetzung völlig ausschließt. So waren nach der lex Julia et Papia Poppaea die Chelosen, nach der lex Junia Norbana die Latini Juniani unfähig, testamentarische Erbschaften zu erwerben; sie konnten aber allerdings gültig zu Erben eingesetzt werden; es fehlte ihnen nicht testamenti factio, obwohl den Latinen durch besondere Bestimmung auch die Möglichkeit, ein Testament zu errichten, genommen war. Erst dann, wenn sie als eingesetzte Erben die Erbschaft erwerben wollten, wurde gefragt, ob sie jetzt erwerbsfähig seien, und sie wurden zum Erwerbe sogar noch zugelassen, wenn nur innerhalb der festgesetzten Antritts- (Cretions-) Frist oder eines Zeitraums von hundert Tagen nach Delation der Erbschaft der Mangel der Capacität beseitigt worden⁶. Die Einsetzung des bloß Erwerbunfähigen ist also nicht pro non scripta; sie ist nur erfolglos für den Eingesetzten, wenn er nicht später erwerbsfähig wird. Die Einsetzung desjenigen aber, cum quo non est testamenti factio, ist von Anfang an nichtig; das Testamentsgeschäft kann mit einem solchen⁷ oder in Beziehung auf ihn als eingesetzten Erben nicht gültig vollzogen werden, und wenn auch derselbe späterhin die Fähigkeit erlangt, so kann er doch nicht vermöge der ursprünglich ungültigen Erbeinsetzung Erbe werden.

⁴ §. 4. J. de hered. qualitate 2. 19.: Testamenti factionem . . . habere videtur . . . etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere. Cf. Cic. pro Caecina cap. 35. L. 73. §. 1. D. de legat. I.

⁵ L. 1. Cod. h. t. Ulp. XVII. 1. Gai. II. 110. Wenn der Letztere sich ausdrückt: es sei den Soldaten erlaubt, peregrinos et latinos instituere heredes vel iis legare, cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legatave, latini vero per legem Juniam, so wollte er damit sagen, daß die genannten Personen auch ohne Veränderung ihres jetzigen Status kraft der Erbeinsetzung Erben des Soldaten werden könnten, vgl. L. 5. Cod. de test. milit. 6. 21. gegen die sonst geltende Regel, zu deren Bezeichnung er sich daher des für beide passenden Ausdrucks bedient: capere prohibentur; denn gültig einsetzen konnte den Latinius auch jeder Andere, der nicht Soldat war. Vgl. die folg. Anm. Hiernach schließt die Gestattung, gewisse Personen zu Erben einzusetzen, wohl auch die Anerkennung ihrer Erwerbsfähigkeit in sich. L. 13. §. 2. D. de test. milit. Vgl. Anm. 8. Einmal findet sich auch der Ausdruck libera testamenti factio est, wo nur gesagt werden soll, daß vir et uxor inter se solidum capere possunt. Ulp. XVI. 1.

⁶ Ulp. XXII. 1—3. vgl. mit XI. 16. XX. 8. 14. XVII. 1. Gai. II. 111. 144. 286. I. 23. 24. Cl. L. 52. D. de legat. II.

⁷ Vgl. §. 10. J. de test. ord. 2. 10.: Totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi, so wie sonst inter testatorem et familiae emptorem, der ursprünglich selbst der Erbe war. Gai. II. 105.

Zur Zeit der Testamentserrichtung wird testamenti factio des Ein-
gesetzten erfordert, ut constiterit institutio; sie muß dann auch, ut
effectum habeat institutio, im Zeitpunkte des Erbanfalles und von da
an bis zum wirklichen Erwerbe vorhanden sein⁸. Diese Regel gilt wie
für unbedingte, so auch für bedingte Erbeinsetzungen, bei welchen nur
der Zeitpunkt des Erbanfalles ein anderer sein kann, wie bei jenen⁹.
Die Annahme, daß ein solcher, cum quo non est testamenti factio,
unter Umständen doch gültig zum Erben eingesetzt werde, würde eigentlich
einen Widerspruch in sich schließen. Gleichwohl wird von Manchen be-
hauptet, die Einsetzung eines gegenwärtig Unfähigen sei wenigstens dann
gültig, wenn sie ausdrücklich auf den Fall, daß dieser künftig fähig
werde, gestellt sei¹⁰. Diese Behauptung gründet sich auf L. 62. pr. D.
de heredibus instit. ¹¹. Allein es liegt sehr nahe, diese Stelle auf den
Fall bloß mangelnder Capacität zu beziehen, so daß dadurch das Er-
forderniß der testamenti factio für die Zeit der Testamentserrichtung
nicht berührt ist¹². Da es vorkommen kann, daß Jemand, der gültig

⁸ L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. h. t. §. 4. J. de hered. qual. Cf. L. 201. 210. D. de reg. iur.
Es ist wieder besonderes Recht der Soldatentestamente, daß die Erbeinsetzung eines solchen, der zur
Zeit selbst vom Soldaten nicht gültig zur Erbschaft berufen werden kann, convalescirt, wenn jener
nur späterhin diese Fähigkeit erlangt; z. B. sogar die Einsetzung eines servus poenae, wenn dieser
nur mortis tempore in civitate oder vielmehr talis inveniat, ut a milite institui poterit. L. 13.
§. 2. D. de test. milit. 29. 1. Denn der Peregrinus kann auch als solcher ex testamento militis
erben. L. 5. Cod. de test. milit. Ann. 5.

⁹ L. 49. cit. in f.: Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testa-
toris vel conditionem existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia tria tempora
inspicimus, also auch bei der bedingten Erbeinsetzung das tempus facti testamenti. Cf. L. 59. §. 4.
cit.: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis romanus fuit, deinde ei
aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus . . . redierit . . . quo tempore
conditio existit, sc. si sub conditione institutus est. Man hat zwar, indem man die regula Catoniana
gegen den Ausdruck der L. 3. D. de reg. Cat. auch auf die Erbeinsetzung übertrug, in L. 4. D. ibid.
vgl. mit L. 41. §. 2. in f. D. de legat. I. den Beweis finden wollen, daß bei bedingter Erbeinsetzung
zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio nicht erfordert werde. Vgl. Donell. comment.
lib. VI. cap. 17. §. 30. Allein daß die Catonianische Regel die auch bei bedingten Legaten erforder-
liche Erbfähigkeit gar nicht berühre, ist dargethan von Arnolds, im rhein. Mus. Bd. 5. S. 209—216.
(unten Nr. 51.), und wie, wenn man dieser Ansicht auch nicht beistimmt, doch L. 4. cit. anders zu
erklären sei, ist gezeigt worden von Müller, im Archiv für civil. Pragm., Bd. 14. S. 281. und besonders
von Mühlensbruch a. a. D. Bd. 39. S. 138—144.

¹⁰ Diese von älteren Schriftstellern fast allgemein angenommene Meinung vertheidigen jetzt noch
unter Anderen Mayer, Erbrecht, Bd. 1. S. 45, und Mühlensbruch a. a. D. S. 145—157.

¹¹ In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est, veluti: Lu-
cius Titius quum capere poterit heres esto. Idem et in legato.

¹² Aeltere Schriftsteller, die dieses annehmen, sind namentlich Bachov, ad. Treutler. II. 11. thes. 3.
in f. Vinnius ad pr. et §. 9. J. de hered. instit. (welcher sagt: Qui tamen casus [L. 62. cit.] a
doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid,
quales sunt orbi, coelibes). Chesii interpretat. iur. I. cap. I. (in Heineccii iurispr. Rom. et Att. II.
p. 5 sq.). Voet ad pand. XXVIII. 5. §. 22. Pothier, pand. Just. n. 183. in f. In neuester Zeit
haben sich dafür ausgesprochen Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall, S. 86. Haffe, im
rhein. Mus. Bd. 3. S. 413. Arnolds, das. Bd. 5. S. 212. Wangerow, über die Latini Juniani, S. 113.
114. und Zeitfaden für Pand. Bd. 2. S. 84. 88. Puchta, Lehrb. S. 464. Note w.

eingesetzt ist, doch bei Eröffnung der Erbfolge zu erwerben unfähig sei, so ist man nicht berechtigt, in der Anerkennung der Gültigkeit einer Erbsetzung in tempus capiendae hereditatis eine Ausnahme von der Regel zu finden, daß ein zur Zeit Einsetzungsunfähiger nicht eingesetzt werden könne¹³; zumal auch darin immer noch eine benevolentia iuris liegt, daß die Erwerbfsähigkeit nicht unbedingt in dem Zeitpunkte der Delation oder in dem gesetzlich bestimmten Zeitraume nach derselben, in welchem sie der Regel nach vorhanden sein müßte, erforderlich sein soll, sondern vielmehr dem Testator gestattet wird, die Delation auf den Zeitpunkt später eintretender Erwerbfsähigkeit hinauszuschieben¹⁴. Freilich sind die obgenannten eigenthümlichen Fälle bloßer Incapacität im Justinianischen Rechte weggefallen¹⁵, und man könnte daher wahrscheinlich finden, daß die Compileroren desselben der L. 62. pr. cit. eine andere Bedeutung beigelegt haben, als ihr ursprünglich zukam¹⁶. Allein es können auch nach Justinianischem Rechte wirklich noch Fälle bloßer Incapacität vorkommen, auf welche L. 62. cit. anwendbar ist¹⁷. Und es bleibt immer noch übrig, diese Stelle auch auf den Fall zu beziehen, wenn ein zur Zeit der Testamentserrichtung Erbsfähiger späterhin die Erbsfähigkeit verloren hat¹⁸.

Was nun die nähere Bestimmung der Fähigkeit, zum Erben eingesetzt zu werden, betrifft, so ist Regel, daß nur ein überhaupt Erbsfähiger zum Erben eingesetzt werden könne, oder mit anderen Worten, daß zu der testamentarischen Erbfolge auch schon im Zeitpunkte der

¹³ Zwar glaubt Mayer, a. a. D., es müsse hier, wie sonst, im Zweifel die allgemeinere Bedeutung von capere beibehalten werden, wornach es auch die Einsetzungsfsähigkeit begreift. Allein capere hereditatem posse bedeutet an sich eigentlich nie die Fähigkeit, eingesetzt zu werden, und tempus capiendae hereditatis ist nur die Zeit, da der Eingesezte fähig zum Erwerbe sein werde. Eingesezt aber muß er zuvor sein, und dazu, ut constiterit institutio sc. ab initio, ist testamenti factio des Eingesezten erforderlich testamenti facti tempore. Allerdings kann nun wohl der Grund, warum derselbe zur Zeit des Todesfalles nicht erwerben kann, ein solcher sein, der auch die Fähigkeit eingesetzt zu werden ausschließen würde, wenn jetzt erst das Testament errichtet werden sollte; aber in Beziehung auf die einmal gültige Erbssetzung kommt er doch jetzt nur als Grund der Erwerbfsunfähigkeit in Betracht. Mühlenbruch a. a. D. S. 154.

¹⁴ Vgl. Mühlenbruch, S. 153.

¹⁵ L. un. pr. Cod. de caducis toll. 6. 54. L. un. Cod. de latina libertate tollenda. 7. 6.

¹⁶ Dahin neigt sich Mühlenbruch a. a. D. S. 156., der jedoch den eigentlich entscheidenden Grund für die von ihm vertheidigte Meinung nur darin findet, daß diese eine Usualinterpretation für sich habe. Denn sonst hält er dieselbe weder durch hinreichende theoretische Gründe, noch durch ein Bedürfniß der Praxis vollständig gerechtfertigt.

¹⁷ Mulleres probrosae sollten nicht capere hereditatem ex testamento, nec ex testamento militis; es kam aber dabei unzweifelhaft nur auf ihr Betragen zur Zeit des Erwerbes an. L. 41. §. 1. D. de test. milit. 29. 4., vgl. mit L. 23. Cod. de nupt. 5. 4. Mühlenbruch a. a. D. S. 267—276. Andere Indignitätsgründe hindern zwar auch nur das capere hereditatem; ihrer Natur nach aber kann auf dieselben nicht L. 62. cit. angewendet werden.

¹⁸ Vgl. Ann. 13.

Testamenterrichtung Erbfähigkeit des eingesetzten Erben erforderlich sei¹⁹. Es sind aber noch in besonderer Beziehung auf die testamentarische Erbfolge folgende Punkte hervorzuheben:

1) Das ältere Recht hatte den allgemeinen Grundsatz, es könne nicht eine incerta persona zum Erben eingesetzt oder mit Vermächtnissen bedacht werden. Von selbst versteht sich die Wirkungslosigkeit einer Erbeinsetzung, wenn der Eingesetzte in dem Sinne incerta persona ist, daß sich gar nicht ermitteln läßt, wen der Testator habe berufen wollen²⁰. Jene Regel aber war so verstanden, daß der Erblasser nur ein Individuum bedenken könne, das man sich als ein concret bestimmtes vorstellen konnte²¹. Es konnte demnach nicht von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht werden, auf welches bestimmte Individuum die testamentarische Verfügung zu beziehen sein werde, so daß nach Verschiedenheit der Umstände dieses oder jenes Individuum berufen sein könnte, z. B. qui primus ad funus meum venerit, heres esto²², wo nicht der fragliche Umstand von der Beschaffenheit war, daß er schon vor Vollenbung der Testamentssolemnität entschieden, also schon dann die individuelle Bestimmtheit des Eingesetzten hergestellt sein mußte, wie in dem Falle: qui testamentum meum signaverint, heredes sunt²³. Doch war es auch zulässig, die nähere Bestimmung des Erben unter einer Anzahl bestimmter Individuen von einem künftigen Umstande abhängig zu machen, z. B. ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit²⁴, was eben so viel war, als ob die sub certa demonstratione begriffenen Personen alle eingesetzt wären unter einer Bedingung, die nur für die eine oder andere derselben erfüllt werden konnte. Nach Justinianischem Rechte soll nun aber jene Ungewißheit der Person des Eingesetzten überall nicht mehr der Giltigkeit der Erbeinsetzung im Wege stehen, insofern nur die jetzige Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann²⁵; und nur die Beschränkung ist noch

¹⁹ Dabei ist jedoch zu bemerken, daß nach röm. Rechte auch Sklaven zu Erben eingesetzt werden konnten, theils von ihrem eigenen Herrn, mit Ertheilung der Freiheit, theils von einem Andern, wofür nur ihr Herr testamenti factio (wenn auch nicht capacitas) hatte. Gai. II. 185—189. Ulp. XXII. 7—13. — Pr. §. 3. J. h. t. Cf. L. 82. D. de acquir. hered.

²⁰ L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Vgl. Note 80.

²¹ Gai. II. 238. Incerta persona, quam per incertam opinionem animo suo subicit testator.

²² Gai. I. c. Ulp. XXII. 4. Quoniam certum consilium debet esse testantis.

²³ L. 14. D. de reb. dub. 34. 5.

²⁴ Gai. I. c. Ulp. XXIV. 18. Sub certa demonstratione incertae personae legari potest.

²⁵ Justinian hat dieß verordnet in L. un. Cod. de incertis personis. 6. 48. Auf den Inhalt dieser Constitution, deren authentischer Text uns nicht erhalten ist (vgl. Witte, die leges restitutae des Justin. Cobeg, S. 200 fig.), wird in §. 27. vgl. mit §. 25. J. de legat. 2. 20. auf eine Weise Bezug genommen, daß auch für das heutige Recht die Aufhebung jener Beschränkung ungewisselhaft ist. In §. 25. cit. wird derselben nur in praeterito erwähnt. Vgl. Theophil. ad h. l. — Zu beschränkend

anerkannt, daß die Bestimmung des Erben nicht geradezu der Willkür eines Dritten überlassen werden kann²⁶.

2) Die Einsetzung von zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geborenen Personen war nach älterem Rechte sehr beschränkt²⁷. Das Civilrecht hatte sie zuerst gestattet in Ansehung der sui postumi, deren Präterition Ungiltigkeit des Testaments bewirkte²⁸, und nach prätorischem Rechte war dieß auch auf Postumi emancipirter Kinder anwendbar, die doch civilrechtlich alieni postumi waren²⁹. Aber nach prätorischem Rechte wurde überhaupt dem eingesetzten alienus postumus die bonorum possessio secundum tabulas nicht vorenthalten³⁰, ohne Unterschied, ob der Postumus zu den Descendenten des Erblassers gehörte oder von einem Anderen abstammen sollte³¹; und durch Justinian's Constitution ist denn endlich die Einsetzung eines postumus alienus auch civilrechtlich für gültig erklärt worden³². Dabei ist jedoch immer die Voraussetzung festgehalten, daß der Postumus schon zur Zeit des Todes des Erblassers concipirt sein müsse, um in Folge der Erbeinsetzung wirklich erben zu können³³. Auch ist als turpis institutio ungültig die Einsetzung eines unehelichen Postumus des Testators oder eines solchen, den derselbe

drückt sich Mayer, Bd. 1. S. 32., 33. aus: „Personen, die durch Vornahme irgend einer vom Erblasser selbst bezeichneten Handlung bestimmt werden sollen“. Es kann auch eine fremde Handlung oder ein Zufall sein, wovon die nähere Bestimmung der Person abhängig gemacht wird.

²⁶ L. 32. pr. D. h. t.: Quos Titius voluerit. Vgl. L. 68. ibid.: Si Titius voluerit. Im canonischen Rechte freilich heißt es: Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur intestatus decedere. cap. 3. X. de testam. 3. 26. Vgl. aber Glüd., Erläut. Bb. 34. S. 1 fg. Wangerow, Bd. 2. S. 1. S. 100—105. *Dagegen jetzt Arnolds in der Fortf. von Glüd's Erläutr. Bb. 46. S. 362—370.

²⁷ Gai. II. 242. bemerkt dazu: est enim incerta persona, und auch die constitutio de incertis personis hat sich darauf bezogen (Anm. 32.) Doch ist diese Ungewißheit nicht gleichartig der sub 1) angedeuteten, und wird auch sonst nicht unter dieselbe Regel subsumirt. Gai. II. 238. Ulp. XII. 4.: Quoniam certum consilium debet esse testantis, woran es hier nicht fehlt. Den Grund davon kann man vielmehr in der Regel finden, nach welcher zur Zeit der Testamentserrichtung testamentari factio erforderlich ist (Anm. 8. 9).

²⁸ Vgl. die Art. Enterbung, Rotherben (unten Nr. 56. 56.).

²⁹ Denn est alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Gai. II. 241. §. 26. J. de legat. 2. 20.

³⁰ §. 28. J. l. c. Pr. J. de bon. poss. 3. 9. L. 6. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9.

³¹ L. 3. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11. Cf. L. 127. D. de legat. I. L. 6. pr. D. de infl. testam. 5. 2.

³² Pr. J. de bon. poss. In diesen Fällen findet also eine Ausnahme von der in Anm. 8. 9. berührten Regel statt. Mühlbruch a. a. D. S. 155. 156. Doch wurde diese zweifelsohne auch hier in so weit beobachtet, daß der Postumus, als jetzt schon lebend gedacht, gegenwärtig auch schon testamentari factio haben mußte, und daher z. B. der Postumus von einer Peregrina nicht eingesetzt werden konnte.

³³ L. 3. D. cit.: Omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuit, bonorum possessionem petere posse. Vgl. Mühlbruch, S. 406—423. Anderer Meinung ist zwar wieder Mayer, S. 3.; er legt aber nicht das gebührende Gewicht darauf, daß L. 3. cit. als allgemeine Regel in den Titel de bonorum possess. secundum tabulas aufgenommen ist und von dem postumus, qui moriente testatore in utero fuit, spricht.

mit einer Frau erzeugen würde, die nicht seine rechtmäßige Gattin sein kann oder einem Anderen schon verheirathet ist³⁴.

3) Juristische Personen konnten der Regel nach nicht zu Erben eingesetzt werden³⁵. Davon waren aber schon zu Ulpian's Zeit einzelne Ausnahmen gemacht worden³⁶. Namentlich konnten Municipien von ihren Freigelassenen zu Erben eingesetzt werden³⁷, und eben so wohl auch andere Corporationen, welche gleich jenen ihre Freigelassenen ab intestato zu beerben fähig waren³⁸, während Vermächtnisse allen denselben auch von jedem Anderen hinterlassen werden konnten³⁹. Den Municipien wurde vielleicht nun auch schon die Fähigkeit zu direkter Erbeinsetzung in weiterem Umfange beigelegt⁴⁰, und jedenfalls ist diese seit Kaiser Leo und so denn auch im Justinianischen Rechte den städtischen Gemeinden allgemein zuerkannt worden⁴¹. Daß dieselbe überhaupt allen Corporationen regelmäßig zukomme, ist eine nach römischem Rechte un-gegründete und daher in neuester Zeit schon von mehreren Schriftstellern mißbilligte Meinung⁴². Wir finden in einer Stelle deutlich ausgesprochen: *collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse*⁴³; nirgendwo aber wird allgemein den Corporationen jene Fähigkeit ertheilt, und insbesondere ist es auch nicht einmal wahrscheinlich, daß dieß durch die Justinianische Constitution *de incertis personis* geschehen sei⁴⁴. Jedoch ist die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemein-

³⁴ §. 28. J. de legat. L. 9 §. 1. 3. 4. D. de lib. et post. 28. 2.

³⁵ Ulp. XXII. 5. gibt, in Beziehung auf Municipien, als Grund dafür an: *quoniam incertum corpus est*, weshalb Manche auch dieß unter die Regel von *incertae personae* stellen; aber die Natur dieser Regel (nach Ulp. XVII. 4.) und der Zusatz in §. 5. cit.: *neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant*, zeigen, daß jener Grund ein ganz anderer ist. Savigny, System des heut. röm. Rechts, Bb. 2. S. 301.

³⁶ Ulp. l. c. §. 5. 6.

³⁷ L. 1. §. 1. D. de libertis universitatum. 38. 3.

³⁸ Arg. rubr. tit. D. cit. L. 3. §. 4. D. de bon. poss. 37. 1. L. 6. §. 4. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Bgl. L. 1. 2. D. de manumission. quae serv. ad univ. pertinent. impon. 40. 3. L. 3. §. 6. D. de suis et legit. 38. 16.

³⁹ Ulp. l. c. u. XXIV. 28. L. 1. §. 1. D. cit. L. 26. 27. pr. D. ad Sc. Trebell. L. 73. §. 1. L. 117. 122. pr. D. de legat. I. L. 20. D. de reb. dub. 34. 5. L. 38. §. 6. D. de legat. III.

⁴⁰ Aus den Stellen in Note 37. 38. läßt sich dieß zwar nicht beweisen, auch nicht, daß *honorum possessio secundum tabulas* den Städten regelmäßig ertheilt worden sei. Savigny a. a. O. S. 303 bis 305. Aber L. 12. Cod. h. t. (Anm. 41.) brüdt sich nicht so aus, als ob sie etwas Neues in dieser Hinsicht festsetze. Mühlenthal, S. 434. Note 53.

⁴¹ L. 12. Cod. h. t. (a. 469.)

⁴² Mühlenthal a. a. O. S. 434 fig. Puchta, Lehrb. §. 441. Anm. 1. Bangerow, Pand. Bb. 2. S. 93. Mayer, §. 16. Note 10. Savigny a. a. O. S. 302.

⁴³ L. 8. Cod. h. t. Für die Zubengemeinden galt das *ius singulare odiosum*, daß sie auch Vermächtnisse nicht erwerben konnten. L. 1. Cod. de Iudaeis. 1. 9. Mühlenthal, Bb. 39. S. 252 fig., S. 436.

⁴⁴ Mühlenthal, S. 434—442.

rechtlichen Doctrin und Praxis von jeher so vorherrschend gewesen, daß man darnach in der Anerkennung einer solchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt ist⁴⁵. Auch im römischen Rechte schon ist dagegen noch ausdrücklich anerkannt die Erbfähigkeit der Kirche und milder Stiftungen. Zu Ulpian's Zeit konnten ausnahmsweise gewisse Gottheiten oder Tempel zu Erben eingesetzt werden⁴⁶. Von Constantin wurde dieses Recht der christlichen Kirche oder den einzelnen christlichen Kirchen allgemein ertheilt⁴⁷, und weil es häufig vorkam, daß der Stifter der Kirche, Christus, oder ein Apostel oder sonst ein Heiliger als Erbe bezeichnet wurde, so erließ Justinian eine eigene Verordnung darüber, wie eine solche Verfügung zu vollziehen und welcher einzelnen Kirche in solchem Falle die Erbschaft zuzusprechen sei⁴⁸. Gleich der Kirche selbst ward auch den unter ihrem Schutze und ihrer Aufsicht stehenden Wohlthätigkeitsanstalten die Erbfähigkeit beigelegt. Es kann einer Kirche wie schon nach älterem Rechte auch etwa einer Stadtgemeinde⁴⁹, für bestimmte gemeinnützige Zwecke, sub modo, etwas hinterlassen werden. Aber es bestanden in der späteren Zeit auch mancherlei Anstalten zu wohlthätigen Zwecken als selbständige juristische Personen⁵⁰, und auch deren Fähigkeit, zu Erben eingesetzt zu werden, war und ist denn eben so entschieden, wie die der Kirche selbst, anerkannt⁵¹. Ja, zu besonderer Begünstigung solcher wohlthätiger Absichten war schon zur Zeit, als noch die Regel galt, daß incertae personae nicht eingesetzt werden könnten, doch die Einsetzung der Armen schlechthin, und so auch der in Gefangenschaft Befindlichen für gültig erklärt worden, mit näheren Bestimmungen, wie und durch wen in Ermangelung genauerer Festsetzung des Erblassers je nach Lage der Sache eine solche Verfügung geltend gemacht und ausgeführt werden sollte⁵². Darnach ist die Erbschaft bald einer schon bestehenden Wohlthätigkeitsanstalt zuzuwenden, bald unter Leitung der kirchlichen Autoritäten zu dem bestimmten Zwecke auf angemessene Weise zu verwenden. Diese Verwendung aber braucht nicht in gänzlicher Berausgabung des Vermögens

⁴⁵ Arg. L. 3. D. de const. princip. 1. 4. Mühlenbruch, S. 442.

⁴⁶ Ulp. XXII. 6.

⁴⁷ L. 1. Cod. de ss. ecclesiis. 1. 2.

⁴⁸ L. 46. Cod. 1. c., eine lex restituta, deren wesentlicher Inhalt aber in Nov. 131. cap. 9. sich wiederholt findet.

⁴⁹ L. 117. 122. pr. D. de legat. 1.

⁵⁰ Savigny a. a. O. S. 267 ff.

⁵¹ L. 13. 22. 23. Cod. de ss. eccles.

⁵² L. 24. (Valent. et Marcian.) u. L. 49. (Justinian.) Cod. de episcop. et cler. 1. 3. Nov. 131. cap. 11. Cf. L. 28. Cod. 1. c. (Leo et Anthem.)

oder Vertheilung desselben unter die Armen zu bestehen, es ist vielmehr, wo möglich, der Grundstock des Vermögens zu schonen, um fortdauernd mittels des Ertrages den wohlthätigen Intentionen des Erblassers ihren Erfolg zu sichern⁵³. So kann denn gemäß solcher Erbeinsetzung eine Stiftung entstehen, die auch ein bleibendes Dasein als juristische Person hat⁵⁴. Unbedenklich kann nun auch der Testator selbst geradezu die Errichtung einer besonderen Anstalt mit der Eigenschaft einer juristischen Person anordnen, und soll dieser Anordnung, so weit als möglich, Folge gegeben werden⁵⁵. Ob denn aber auch die Erbeinsetzung einer solchen Anstalt, die eben dadurch erst ihr Dasein als juristische Person erhalten soll, für gültig zu halten sei, ist eine sehr streitige Frage⁵⁶. Erwägt man, wie sehr das neuere römische Recht bemüht ist, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten und die vollständige Erreichung ihres Zweckes möglichst zu sichern⁵⁷, und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff sein könnte, eine

⁵³ L. 49. cit. sagt zuerst (§. 2.) in Betreff der Erbeinsetzung der Gefangenen: omnimodo in redemptionem captivorum procedat hereditas sive per annuos redditus, sive per venditionem mobilium seu se moventium rerum sit; sie bestimmt dann in §. 3. für den Fall, daß einem bestimmten Armenhause die den Armen hinterlassene Erbschaft überwiesen wird: in aegrotantes fieri patrimonii distributionem, secundum quod in captivis constituimus, vel per redituum annuorum erogationem, vel per venditionem rerum mobilium vel sese moventium, ut ex his res immobiles comparentur et annuus victus aegrotantibus accedat, und dann verfügt §. 6.: sin autem nullus xenon in civitate inveniatur, tunc secundum de captivis sanctionem pro tempore oeconomus.. vel episcopus hereditatem accipiat et sine Falcidia ratione pauperibus... eadem pecuniae distribuuntur. Daß nun in der letzten Stelle so wenig wie in §. 3. die distributio pecuniae oder patrimonii schlechthin als eine Vertheilung des ganzen Erbvermögens zu verstehen ist, daß vielmehr in allen Fällen sive per redituum annuorum erogationem vel per venditionem rerum mobilium etc. die Verwendung zu geschähen habe, geht aus dem ganzen Zusammenhange klar genug hervor.

⁵⁴ Mühlbruch, S. 461 fg., betrachtet die Armen oder Gefangenen selbst als die eigentlichen Erben, und den Bischof oder Deconomus u. s. w. als deren Repräsentanten. Allein jene lassen sich, wie Mühlbruch selbst sagt, gar nicht zu einem bestimmten Rechtssubjecte individualisiren, um so weniger, da schlechterdings nicht die zu einer bestimmten Zeit vorhandenen Ortsarmen für eingesetzt zu halten sind. Es liegt nichts vor, als die Bestimmung des Vermögens zur Unterstützung der Armen, beziehungsweise zum Loskauf der Gefangenen, nach verständigem Ermessen der benannten Vertreter. Soll nun doch auch nicht der Bischof oder dessen Kirche der eigentliche Erbe sein, so ergibt sich ein Vermögen, zu einem gewissen Zwecke bestimmt, ohne ein außer ihm sichtbar existirendes Subject, und man kommt so nothwendig wieder zur Annahme einer juristischen Person von der Art, wie wir sie unter Stiftungen zu verstehen pflegen.

⁵⁵ Nov. 131. cap. 10. Cf. L. 15. Cod. de ss. eccles. L. 46. Cod. de episcop. (beide leges restitutae).

⁵⁶ Sie ist lebhaft verhandelt worden in Beziehung auf die Stiftung des Stäbel'schen Kunstinstitutes in Frankfurt. Unter den vielen Streitchriften darüber ist besonders hervorzuheben Mühlbruch, rechtliche Beurtheilung des Stäbel'schen Vererbungsfalles (1828.), der die obige Frage verneinend beantwortet. Vgl. auch dessen Erläuterung a. a. O. Bd. 39. S. 467 fg., Bd. 40. S. 1—108. Ueber einen verwandten Fall vgl. Korthoff, die Gültigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des weil. Blum (1823.), als Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung.

⁵⁷ Vgl. noch Nov. 131. cap. 11.: Omnibus enim talibus piis voluntatibus... secundum defuncti voluntatem universa procedant.

zu errichtende Anstalt selbst zum Erben einzusetzen, wenn anerkannt wird, daß man auf andere Art die Absicht, sein ganzes Vermögen zur Errichtung einer solchen mit juristischer Persönlichkeit begabten Stiftung verwendet zu sehen, sicher erreichen könne, so kann man nicht umhin, der bejahenden Beantwortung obiger Frage sich anzuschließen⁵⁸.

4) Man hat häufig auch denjenigen, welcher für intestabilis erklärt ist, eben deshalb für unfähig, zum Erben eingesetzt zu werden, gehalten; ja es ist die passive wie active Testamentsunfähigkeit in den Begriff der Intestabilität aufgenommen worden⁵⁹. Darnach wäre denn namentlich auch dem Pasquillanten die *testamenti factio* ganz abzusprechen⁶⁰. Diese Meinung wird auch unterstützt durch die Erklärung des Theophrastus⁶¹. Allein nach den Aussprüchen der Justinianischen Rechtsquellen selbst ist man nur berechtigt zu der Behauptung, daß der Intestabilis, als unfähig zur Ablegung eines Solennitätszeugnisses, folgerungsweise auch für unfähig gehalten werde, sich zu einem Acte ein Solennitätszeugniß ablegen zu lassen, und daher unfähig, ein Testament zu errichten, nicht aber auch, in einem Testamente eingesetzt zu werden⁶².

5) Noch sind einige nur relative Beschränkungen in Betreff der einzusetzenden Erben anzuführen. a) Ungiltig ist die Einsetzung des Regenten *litis causa*, d. i. in der Absicht, damit er einen Prozeß fortsetze oder anfangen⁶³. b) Der in zweiter Ehe lebende Ehegatte kann dem zweiten Ehegatten weder durch Erbeinsetzung noch durch Vermächtniß mehr von seinem Vermögen zuwenden, als dasjenige Kind aus früherer Ehe bekommt, welches am wenigsten bedacht ist⁶⁴. c) Wer rechtmäßige Kinder hat, soll seinen im Concubinat erzeugten Kindern (*liberi naturales*) und der Concubine zusammen nicht mehr als den zwölften Theil, der Concubine allein nicht mehr als den vierundzwanzigsten Theil der

⁵⁸ Vgl. Puchta, Lehrbuch §. 95. und im Rechtslexikon Art. Corporation, Bd. 3. S. 67 ff., dann in der Recension von Savigny's System Bd. 2., in Richter's Krit. Jahrb. Bd. 4. S. 707—712. Vgl. auch Kierulff, System des gem. Civilrechts, Bd. 1. S. 160—152. * Arndts a. a. D. S. 411—429.

⁵⁹ In diesem Sinne werden in der Auth. *credentes* von Friedrich II. die Häretiker für intestabiles erklärt, nach dem damals vorherrschenden Sprachgebrauche.

⁶⁰ L. 18. §. 1. D. qui test. fac. poss. 28. 1.

⁶¹ Ad. §. 6. J. de testam. ordin. 2. 10. Doch sagt Theophrastus eigentlich nur, der in den XII. tabb. für intestabilis erklärte unreine Zeuge könne nicht eingesetzt werden.

⁶² L. 26. D. l. c.: Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant (also schon dieses nur eine zweifelhafte Erweiterung), neve ipsi dicatur testimonium. Dieß Letzte kann nach classischem Rechte gewiß nicht auf den eingesetzten Erben bezogen werden. Arg. Gai. II. 108. Ulp. XX. §. 3—6., und es wäre gewagt, ihm etwa mit Rücksicht auf §. 10. J. de test. ord. 2. 10. eine weitere Beziehung zu geben. Vgl. L. 16. §. 1. cit.: Intestabilis... ergo nec testamentum facere potest, nec ad testamentum adhiberi. S. Müllersbruch a. a. D. S. 257—262. Mayer, Erbr. Bd. 1. S. 41. 42.

⁶³ L. 91. D. h. t. §. 8. J. quib. mod. test. infirm. 2. 17.

⁶⁴ L. 6. 9. Cod. de sec. nupt. 5. 9. Nov. 22. cap. 27.

Erbschaft hinterlassen können, und dieselbe Beschränkung gilt auch umgekehrt gegen den unehelichen Vater⁶⁵. Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist zwar vielfach bestritten worden, weil der Concubinat jetzt nicht mehr erlaubt sei, und die darin erzeugten Kinder rechtlich den *spurii* oder *volgo quaesiti* gleichstehen, für welche jene Beschränkung nach römischem Rechte nicht gelte⁶⁶. Allein die fragliche Beschränkung hat ihren Grund in der Verwerflichkeit des Concubinats⁶⁷; es wäre aber wahrlich sonderbar, jene nun für aufgehoben anzusehen, nachdem diese Verwerflichkeit durch die gesetzlich ausgesprochene Unerlaubtheit des Concubinats noch gesteigert worden ist; um so mehr, als auch die Befürchtung, welche man sonst noch als wahrscheinliches Motiv jenes Gesetzes hervorgehoben hat, daß nämlich der Vater die mit einer Concubine erzeugten Kinder vor den ehelichen begünstigen möchte, bei erklärter Unerlaubtheit eines solchen außerehelichen Zusammenlebens noch jetzt eben so viel Grund hat. Mit Recht wird vielmehr von Anderen sogar die Ausdehnung jener Beschränkung auf die *spurii* behauptet; denn da nach einer entschiedenen Praxis die in derselben Novelle enthaltene günstige Bestimmung über das Intestaterbrecht der *liberi naturales* auf die unehelichen Kinder überhaupt ausgedehnt worden, so ist es consequent, auch die ungünstige über das Testamentserbrecht in demselben Umfange auf sie anzuwenden⁶⁸. d) Die Frau, welche durch zu frühzeitige Eingehung einer anderen Ehe das Trauerjahr verlegt hat, soll dem neuen Gatten höchstens ein Drittel ihres Vermögens zuwenden können⁶⁹. Diese Bestimmung ist jedoch nicht mehr praktisch, nach der Bedeutung, welche die Praxis der canonisch-rechtlichen Aufhebung der Infamie wegen jener Verletzung des Trauerjahrs beigelegt hat⁷⁰. Uebrigens kommt es in den unter b) c) d) erwähnten Fällen auf die Zeit des Todes an, und wird also die Erbeinsetzung, welche gegenwärtig gegen jene Vorschriften verstößt, nicht als von Anfang an in so weit nichtig zu behandeln sein⁷¹. So kann namentlich in dem Falle a) die Erbeinsetzung vollkommen gültig bleiben, wenn dasjenige Kind aus früherer Ehe, welches zu geringerem Theile eingesetzt ist, als der zweite Ehegatte, vor dem Testator stirbt oder durch spätere Schenkungen oder Vermächtnisse so viel mehr erhalten

⁶⁵ Nov. 89. cap. 12. §. 2. 3. cap. 13. Cf. L. 2. 8. Cod. de natural. lib. 5. 27. L. 6. Theod. Cod. eod. 4. 6.

⁶⁶ Mühlenthal, S. 323—339. Bangerow, Bd. 2. S. 88.

⁶⁷ L. 8. Cod. cit.: Quia vitium paternum refræandum esse existimavimus.

⁶⁸ Puchta, Lehrb. §. 464. Note y. Mayer a. a. D. S. 43. 44.

⁶⁹ L. 1. Cod. de secund. nupt. 5. 9.

⁷⁰ Bgl. cap. 4. 5. X. de secund. nupt. 4. 21. Puchta, Lehrb. §. 421.

⁷¹ Mayer a. a. D. §. 17.

hat, daß jene Differenz ausgeglichen wird; und so wird auch die Erbeinsetzung der *liberi naturales* zu größerem Erbtheile bestehen bleiben, wenn die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen rechtmäßigen Kinder oder die Ehegattin des Erblassers vor demselben mit Tode abgegangen sind.

Es ist nunmehr

II. die Art und Weise der Erbeinsetzung näher zu bestimmen. Was nun hier

1) die Form der Erbeinsetzung im Allgemeinen betrifft, so erforderte dieselbe nach älterem Rechte freilich eine gewisse Solennität des Ausdruckes, welche den Willen des Erblassers energisch aussprach⁷²; nach neuerem Rechte kommt aber darauf nichts mehr an⁷³. Es genügt nun eine jede Erklärung, welche den Willen des Erblassers, daß eine bestimmte Person eben hierdurch zum Erben ernannt sein solle, deutlich an den Tag legt, wenn sie sich auch solcher Worte bedient, welche an sich nicht auf Erbernennung gehen, welche aber doch im Zusammenhange unzweifelhaft die Absicht einer solchen kund geben, z. B. ich vermache dem A. mein ganzes Vermögen u. dgl.⁷⁴. Nicht genügend aber ist eine Erklärung, welche die Absicht der Erbeinsetzung wohl vermuthen läßt, aber auch eine andere Auslegung gestattet, oder welche nicht selbst bestimmt ist, die Erbeinsetzung einer Person auszusprechen, sondern nur die Wahrscheinlichkeit begründet, daß eine solche vom Erblasser beabsichtigt gewesen sein möge. Daher kann man in einer Verfügung, welche den B. zum Erben ernennt, wenn der A. vor dem Testator sterbe oder nicht dessen Erbe werde, nicht zugleich eine Erbeinsetzung des A. anerkennen⁷⁵. In jedem Falle muß die Person des Erben auf solche Weise bezeichnet werden, daß sich daraus unmittelbar oder nach Maßgabe bestimmter im Testamente angegebener Umstände⁷⁶ mit Sicherheit erkennen lasse, wem der Testator die Erbschaft deferirt haben wollte. Im Testamente selbst braucht jedoch diese Bestimmung des Erben nicht geradezu ausgesprochen zu sein; es kann vielmehr auf eine andere Urkunde Bezug

⁷² Ulp. XXI. Gai. II. 116. 117. Cf. L. 1. §. 5—7. L. 48. pr. D. h. t.

⁷³ L. 15. Cod. de testam. 6. 23.

⁷⁴ L. 15. cit.: Quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi genere formata institutio valet, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.

⁷⁵ In conditione positus non est in dispositione. Diese Regel ist anerkannt in L. 19. D. h. t. L. 16. §. 4. in f. D. de vulg. subst. 28. 6. Nicht entgegen steht ihr L. 85. D. h. t., indem diese nicht sagt, daß die Bruder-Kinder als Testamentserben den substituirten Sklaven vorgezogen sein sollen. Auch berechtigt L. 15. Cod. cit. nicht, ein Anderes anzunehmen, da sie mit den Pandektenstellen sich sehr wohl vereinigen läßt. Mühlensbruch, Bd. 40. S. 234—247. Puchta, Lehrb. S. 466. Note 1. Mayer, §. 19. Note 3. u. A. Dagegen erklärt sich wieder Bangerow a. a. D. S. 154.

⁷⁶ Vgl. oben Anm. 25.

genommen werden, in welcher der Erbe genannt sein werde (sogen. *institutio mystica*, *testamentum mysticum* nach neulateinischem Sprachgebrauche), wo denn freilich die Erbeinsetzung nur, wenn dieselbe sich wirklich so findet, bestehen kann⁷⁷. Zur Bezeichnung des Erben dient natürlich meistens der Name desselben; aber jedes andere unzweideutige Merkmal kann eben so wohl dazu dienen; nur darf die Bezeichnung nicht eine dem Eingesezten schimpfliche sein, so daß er die Erbschaft nicht in Anspruch nehmen könnte, ohne dadurch einzuräumen, ja selbst zu behaupten, daß die beschimpfende Bezeichnung auf ihn passe; denn wenn ohne Rücksicht auf dieselbe doch die Person des Eingesezten schon hinreichend kenntlich gemacht ist, so steht der Giltigkeit der Einsetzung nichts im Wege, indem alsdann jene als ein falscher unwahrer Zusatz ignorirt werden kann⁷⁸. Ein überflüssiger unwahrer Zusatz zu einer ohnehin schon vollkommen ausreichenden Demonstration des Erben, oder ein Irrthum in der Bezeichnung bei dennoch vorhandener Unzweifelhaftigkeit des Willens, kommt nämlich überall nicht in Betracht⁷⁹. Ist aber die Bezeichnung unklar oder zweideutig, indem sie z. B. auf verschiedene Personen gleich anwendbar erscheint, so ist die Erbeinsetzung ohne Wirkung, weil keiner darzuthun im Stande ist, daß er und nicht ein Anderer eingesetzt sei, es möchten denn dem Einen oder Anderen besondere Umstände zu Hilfe kommen, welche mit genügender Gewißheit ergeben, daß der Erblasser gerade diesen bei der zweideutigen Bezeichnung im Auge gehabt habe⁸⁰. Wenn hingegen der Erblasser irrtümlich einen Anderen genannt hat, den er zum Erben zu ernennen wirklich nicht die Absicht hatte, so ist die Erbeinsetzung ungiltig, als dem wahren Willen des Erblassers nicht entsprechend, und es kann auch nicht etwa derjenige, den er hatte einsetzen wollen, das Erbrecht geltend machen, weil dieser nicht wirklich eingesetzt worden ist⁸¹.

⁷⁷ L. 77. D. h. t. Cf. L. 40. D. de cond. institut. 28. 7. Ob dasselbe bei mündlichem Testamente gelte, haben Viele bezweifelt wegen L. 21. pr. D. qui testam. fac. L. 26. Cod. h. t. und Notariatsordnung Tit. 1. §. 8; Glück, Bd. 35. S. 14 flg., aber ohne Grund. Die Stellen sagen nichts anderes, als daß der Inhalt des Testaments, der sonst niedergeschrieben werde, „was er im Testament begriffen haben wollte,“ also ad quos substantiam suam pervenire velit, beim mündlichen Testamente den Zeugen vernünftig gesprochen werden müsse.

⁷⁸ L. 9. §. 8. 9. Cf. L. 48. §. 1. L. 58. D. h. t.

⁷⁹ Falsa demonstratio non nocet. L. 48. §. 3. D. h. t. Cf. L. 33. pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. §. 29. J. de legat. 2. 20. L. 4. Cod. de testam. 6. 23. Es kann aber wohl zweifelhaft sein, welches Merkmal die wahre demonstratio, welches der falsche Zusatz sei, so daß dadurch die Erbeinsetzung selbst zweifelhaft wird; z. B. in einem wirklich vorgekommenen Falle, wo zum Erben eingesetzt war „der älteste Sohn meiner Schwester, Friedrich A.“, der älteste Sohn der Schwester aber Ferdinand, und der zweite, welcher aller Wahrscheinlichkeit nach gemeint war, Friedrich hieß.

⁸⁰ L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Cf. L. 33. §. 1. D. de cond. et dem.

⁸¹ L. 9. pr. D. h. t.

2) Die Anzahl der einzusetzenden Erben ist nicht beschränkt⁸². In Ermangelung einer näheren Bestimmung darüber wird hier natürlich angenommen, daß alle zu gleichen Theilen erben sollen⁸³. Es kann aber der Testator zugleich den einzelnen eingesetzten Erben die Erbtheile bestimmen. Bei den Römern war in dieser Rücksicht üblich die Eintheilung des Ganzen (as) in zwölf Theile (unciae), deren mehrere vereinigt je auch wieder durch besondere Namen bezeichnet wurden⁸⁴. Darnach wurde der einzige Erbe heres ex asse (scriptus, institutus) genannt, und entsprechend z. B. heres ex quadrante, ex triente etc. gesagt. In dessen ist der Testator an diese Eintheilung des as nicht etwa gebunden; er kann so viele Theile machen, als ihm beliebt, und es kommt auch gar nicht darauf an, wie er sie bezeichne, wenn nur, was er will, klar zu erkennen ist⁸⁵. Auch kann gültig auf eine anderweitig vom Testator vorgenommene oder vorzunehmende Theilbestimmung Bezug genommen werden; wenn aber diese dann sich nicht wirklich findet, so ist es im letzten Falle, bei Bezugnahme auf eine künftig erst vorzunehmende Theilbestimmung, im Zweifel so zu halten, als wenn die Erben ganz ohne Angabe der Erbtheile eingesetzt worden, im ersten Falle hingegen ist die Erbeinsetzung selbst so gut als nicht geschehen⁸⁶. Es kann auch verwiesen werden auf eine dem Testator selbst fremde Bestimmung, z. B. auf die gesetzliche Vertheilung der Intestaterbfolge, oder auf die im Testamente eines Anderen angegebenen Erbtheile⁸⁷. Nicht aber kann es nach römischem Rechte schlechthin in die Willkür eines Dritten gestellt werden, den ernannten Erben ihre Erbtheile nach seinem Belieben zu bestimmen⁸⁸. Zudem sind in Betreff der Vertheilung der Erbfolge noch folgende Punkte zu beachten:

a) Es ist möglich, daß der Erblasser zwar allen eingesetzten Erben Theile der Erbschaft bestimmt, daß aber diese den verschiedenen Erben angewiesenen Theile zusammen genommen das Ganze überschreiten oder

⁸² §. 4. J. h. t.

⁸³ §. 6. J. l. c. L. 9. §. 12. D. h. t.

⁸⁴ Von zwei bis zu elf aufwärts steigend: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx; eine halbe Unze semuncia, anberthals sescunx oder sescuncia. §. 5. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 50. §. 2. D. h. t. Volusius Maecianus et Balbus de asse edid. Böcking, Bonnae 1831. Vgl. den Art. As, Wb. 1. S. 460.

⁸⁵ L. 13. §. 1. cit. Cf. L. 47. §. 1. L. 81. pr. D. ibid.

⁸⁶ L. 2. 36. D. h. t. L. 12. D. de b. p. c. t. 37. 44. Cf. L. 38. D. de cond. et dem. 35. 1.

⁸⁷ L. 2. in f. L. 81. §. 1. D. h. t.

⁸⁸ Vgl. oben Note 26. Anderer Meinung scheint Mayer, §. 19. Note 12., der auch annimmt, daß die Wahl unter Mehreren dem Willen eines Dritten anheim gegeben werden könne. Aber L. 7. §. 1. D. de reb. dub. gibt kein Argument dafür, so wenig wie Jemand L. 16. D. de legat. II. dazu benutzen möchte.

umgekehrt noch nicht erschöpfen. Im ersten Falle tritt unvermeidlich eine Minderung jener Erbtheile ein, und zwar erleiden in der Regel alle im Verhältniß ihrer Größe so viel Abzug, als die mathematische Reduction auf das wahre Ganze nothwendig macht, so daß z. B. aus vergebenen sechs Viertheilen eben so viel Sechstheile gemacht werden⁸⁹. Wenn jedoch die erkennbare Willensmeinung des Erblassers diese ist, daß der einem Erben angewiesene Erbtheil durch Einsetzung eines Anderen um so viel geschmälert werden soll, als diesem ertheilt wird, so ist das natürlich zu befolgen. Diese Willensmeinung aber soll nach einer Justinianischen Verordnung im Zweifel angenommen werden, wenn der Testator zuvor Jemanden deutlich auf das Ganze und dann hinterher einen Anderen auf einen bestimmten Theil eingesetzt hat⁹⁰. In dem zweiten oben angegebenen Falle wäre es an sich denkbar, daß in Ansehung der nicht vergebenen Theile die Intestaterbfolge eintrete, wenn nicht die bekannte Regel entgegenstände: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Nur bei Soldatenerbschaften, für welche diese Regel überhaupt nicht gilt, kann daher jene Folge eintreten, wo nicht aus den Umständen hervorgeht, daß der Testator eine solche Concurrenz von Intestaterben und Testamentserben nicht beabsichtigt habe, sondern der Mangel nur durch einen Schreib- oder Rechnungsfehler entstanden sein müsse⁹¹. Sonst aber wächst der keinem Erben angewiesene Theil der Erbschaft von selbst den angegebenen Erbtheilen der eingesetzten Erben hinzu, so daß diese in gleichem Verhältniß vergrößert, wie im ersten Falle vermindert werden⁹².

b) Es kann auch der Fall sein, daß der Erblasser einigen der ernannten Erben ihre Erbtheile festgesetzt hat, anderen nicht. Alsdann gilt in Ansehung des nach Abzug der ersten noch übrigen Theiles der Erbschaft für diejenigen Erben, welchen ein bestimmter Theil nicht beigelegt ist, dasselbe, was in Ermangelung aller Theilbestimmung für alle Erben in Ansehung der ganzen Erbschaft Regel ist; sie sind zu gleichen Theilen dieses Theiles eingesetzt⁹³. Nun kann aber durch die angewiesenen Erbtheile das ganze schon erschöpft oder gar überschritten sein. Hat der Testator, nachdem er das Ganze vergeben, noch Andere ausdrücklich auf

⁸⁹ §. 7. J. h. t. L. 13. §. 4—7. D. h. t. Cf. L. 47. §. 1. *ibid*.

⁹⁰ L. 23. Cod. de legatis. 6. 37. Ueber die verschiedenen Ansichten betreffend die Erklärung dieser Stelle und deren Verhältniß zu den angeführten Pandektenstellen vgl. Schrader, *Abh.* Bd. 2. §. 4. Mühlenbruch, *Ab.* 40. S. 122—133. Mayer, §. 26. Note 2. Bangerow, *Ab.* 2. §. 1. S. 162 bis 166.

⁹¹ §. 5. J. h. t. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de test. milit. 29. 1. L. 1—3. Cod. eod. 6. 21.

⁹² §. 5. 7. J. h. t. L. 13. §. 2. 3. D. h. t.

⁹³ §. 6. J. l. c. L. 17. pr. §. 1. D. h. t.

die übrigen Theile, auf den Rest eingesetzt, so wird diese Einsetzung freilich, da kein Rest mehr da ist, illusorisch sein⁹⁴. Sonst aber muß doch für die ohne Angabe des Erbtheils eingesetzten Erben ein solcher ermittelt werden. Nach römischer Rechnungsweise geschah dieses folgendermaßen: Hatte der Testator nach Vertheilung von zwölf Unzen (expleto asse) Andere sine parte eingesetzt, so wurde für die letzten ein zweiter as angenommen (in alium assem venire, alterum assem datum) oder mit anderen Worten, es wurde das Ganze in zweimal zwölf Theile getheilt (dupondius); und von diesen halben Unzen erhielten die cum parte eingesetzten Erben so viele als ihnen Unzen zugedacht waren, also zusammen zwölf; die übrigen Theile, also die Hälfte der ganzen Erbschaft, gehörten den sine parte Eingesezten⁹⁵. In gleicher Weise wurden bei einer Vertheilung von mehr als zwölf Unzen die nach deren Abzug von vier und zwanzig Theilen noch übrig bleibenden Halbunzen (quod dupondio deest) den sine parte eingesetzten Erben zugetheilt⁹⁶. In beiden Fällen bestand die Operation einfach darin, daß die cum partibus Eingesezten nur die Hälfte ihrer Nominalerbtheile erhielten, nämlich halbe Unzen statt ganzer oder nur halb so viel ganze Unzen, wodurch man denn für die anderen Erben noch Etwas erübrigte. Waren aber fogar vier und zwanzig oder mehr Unzen vergeben, so mußte man zu einem dritten as greifen und damit eben so verfahren, wie mit dem zweiten; es wurden dann dreimal zwölf Unzen des Ganzen angenommen, also die einzelnen Unzen und somit auch die darnach bestimmten Erbtheile auf ein Drittel ihres Nominalbetrages beschränkt⁹⁷; und so nöthigenfalls weiter auf ein Viertel u. s. w. (tripondius? quadrupondius?). Von dieser Rechnungsweise kann nun noch jetzt unmittelbar Gebrauch gemacht werden, wenn der Testator bloß nach gewissen Verhältnißzahlen, ohne Angabe der Bruchtheile des Ganzen, einigen Erben die Erbtheile bestimmt und andere ohne solche Bestimmung eingesetzt hat; z. B. den A. setze ich zu 6 Theilen ein, den B. zu 8 Theilen; auch C. soll mein Erbe sein. Denn auf den Gebrauch des Wortes unciae konnte

⁹⁴ L. 17. §. 3. cf. L. 78. §. 3. L. 79. D. h. t.

⁹⁵ L. 17. §. 3. cf. L. 20. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 6. J. h. t.

⁹⁶ §. 8. J. h. t. L. 18. 87. D. h. t.

⁹⁷ §. 8. J. cit. L. 17. §. 5. D. h. t. Quodsi quis dupondium distribuit et tertium sine parte

instituit, hic non in alium assem (nach Hal. dupondium) sed in trientem venit. Diese Stelle ist so zu verstehen: Wenn 24 Theile vergeben sind und nun noch einer sine parte eingesetzt ist, so sind nicht jene 24 Theile zusammen als ein as anzusehen und nun ein anderer as, also die Hälfte der ganzen Erbschaft dem sine parte scriptus zuzusprechen, sondern dieser bekommt nur ein Drittel der Erbschaft; es sind zu den schon vergebenen zweimal zwölf Unzen noch zwölf als dritter as hinzuzudenken, und darnach ist die Vertheilung zu machen. Vgl. L. 18. D. h. t. Eadem ratio in dupondio omnique re deinceps, quae in asse, servetur.

es dabei nicht ankommen⁹⁸. Gewöhnlich aber werden die Erbtheile in beliebigen Bruchtheilen des Ganzen bestimmt sein, z. B. $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{16}$ u. s. w. In diesem Falle könnte man nun eine Reduction auf die Eintheilung des Ganzen in 12 Theile vornehmen und so denn die obige Rechnung anwenden. Aber es muß immer dasselbe Resultat geben, wenn man nur ohneweiters die einzelnen Erbtheile auf die Hälfte oder ein Drittel u. s. w. herabsetzt, je nachdem dieselben zusammengenommen das Ganze erschöpfen oder übersteigen, oder doppelt erschöpfen u. s. w., und das Uebrige dann den anderen Erben zuweist. Man möchte zwar glauben, wenn die Bruchtheile kleiner seien als $\frac{1}{12}$, so müßten sie nur in $\frac{1}{24}$ oder beziehungsweise in $\frac{1}{36}$ verwandelt werden und nur die dann übrig bleibenden Theile den sine parte ernannten Erben zukommen; z. B. wenn A. zu $\frac{3}{14}$, B. zu $\frac{4}{14}$, C. zu $\frac{7}{14}$, D. sine parte eingesetzt worden, so müsse D. nicht $\frac{1}{2}$, sondern nur $\frac{10}{24}$ erhalten; denn es müsse doch einerlei sein, ob man A. zu 3 Theilen, B. zu 4, C. zu 7 Theilen einsetze, oder auf obige Weise, da unter diesen doch nothwendig durch ihre Concurrrenz sich Bierzehnthteile ergeben würden. Aber dieß wäre dennoch verkehrt, weil der Testator unter jener Bezeichnung sich bestimmte Bruchtheile des Ganzen dachte, die sich immer auf Zwölfttheile reduciren lassen, denen aber nicht schlechthin andere Bruchtheile substituirt werden können. Es würde darnach ja auch sonderbarer Weise dasselbe Resultat herauskommen, wenn der Testator z. B. $\frac{16}{14}$, als wenn er $\frac{16}{16}$ an verschiedene Erben vertheilt und außer ihnen andere sine parte instituirt hätte.

c) In den Quellen wird ferner auch der Fall mehrfach berührt, wenn der Testator Erben nicht auf aliquote Theile der Erbschaft eingesetzt, sondern bestimmte Objecte des Erbvermögens oder Quantitäten ihnen zugewiesen hat. Solche Erben heißen *heredes ex certa re scripti, instituti, certa re iussi esse contenti*; die Neueren sprechen von einer *pars quanta*, im Gegensatz der *pars quota*. Die Einsetzung auf bestimmte Sachen ist zwar eigentlich überall keine wahre Erbeinsetzung, da die Erbfolge, zu welcher die wahre Erbeinsetzung beruft, nicht einzelne Sachen als solche zum Gegenstande hat, sondern das *universum ius defuncti*. Doch aber wäre es unangemessen, eine solche Verfügung sofort als ungiltig zu verwerfen, wovon die Ungiltigkeit des ganzen Testaments die Folge sein könnte. Vielmehr wird, wenn der einzigen im Testamente enthaltenen Erbeinsetzung eine solche Beschränkung auf eine bestimmte Sache oder Summe hinzugefügt ist, diese Beschränkung

⁹⁸ L. 87. cit.: In viginti quatuor enim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, velut ex decem partibus instituto, quinque uncias adsignavit.

ganz unbeachtet gelassen und der Eingesezte als wahrer Erbe, und zwar als heres ex asse, angesehen, detracta rei, z. B. fundi, mentione, nicht anders, wie der auf ein Viertel eingesezte einzige Erbe quasi sine parte scriptus heres ist⁹⁹. Eben so wenn Mehrere, aber alle auf bestimmte Sachen oder Summen, eingesezt sind, so werden dieselben alle als wahre Erben angesehen, und zwar als zu gleichen Theilen eingesezte Erben, quasi sine partibus scripti heredes, indem für die univervelle Erbfolge wirklich keine Theile bestimmt sind¹⁰⁰. Selbst dann wird es so gehalten, wenn Mehrere auf eine und dieselbe Sache zu verschiedenen Theilen eingesezt sind; auch dann sind sie Erben zu gleichen Theilen¹⁰¹. Doch kann sich darin wohl auch der Wille kund geben, die Theilung der Erbfolge festzusetzen, und dieß muß denn auch beachtet werden; z. B. wenn Jemand ein Landgut für sein einziges Vermögen haltend mehrere Erben darauf zu verschiedenen Theilen einsezte, oder wenn er sein Vermögen im Ganzen zu einem gewissen Gesammtbetrag anschluss und darnach die Summen bestimmte, auf die er die Erben eingesezt haben wollte, wo das Verhältniß dieser Summen zu einander wohl mit Recht als Maßstab der Vertheilung der Erbfolge überhaupt festgehalten werden kann¹⁰². Außerdem aber wird in jedem solchen Falle die den einzelnen zu Erben eingesezten Personen zugewiesene pars quanta des Erbvermögens als Vermächtniß (Prälegat) behandelt, während sie zu gleichen Theilen Erben sind, wie dieß namentlich in Beziehung auf einen Fall ausführlich gezeigt wird, in welchem Jemand Einen zum Erben seines italischen, einen Anderen zum Erben seines Provinzialvermögens ernannt hatte¹⁰³. Anders verhält es sich, wenn außer den auf bestimmte Vermögensobjecte angewiesenen Erben noch andere Personen zu Erben eingesezt sind, entweder ausdrücklich auf aliquote Theile oder ganz ohne nähere Angabe darüber. In diesem Falle werden die letzten allein Erben im wahren Sinne; nur sie succediren in Wahrheit in universum ius; die erbhaftlichen Klagen, activ und passiv, Forderungen und Schulden, gehen auf diese allein über; jene dagegen erhalten nur dasjenige, worauf sie eingesezt sind, sie sind legatariorum loco¹⁰⁴. Doch ist es nicht ganz

⁹⁹ L. 1. §. 4. cf. L. 74. D. h. t. L. 41. in f. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

¹⁰⁰ L. 10. D. h. t.: Nec enim facile ex diversitate praediorum (so oder ex div. pretiorum ist ohne Zweifel zu lesen statt der Florent. sed diversitate pretium, oder nach Torelli partium) portiones inveniantur. L. 11. D. ibid. * Rommen: ex diversitate pretii partium.

¹⁰¹ L. 9. §. 13. D. h. t.

¹⁰² Cf. L. 9. §. 13. cit. in f. verb.: si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragetur.

¹⁰³ L. 35. 78. pr. D. h. t.

¹⁰⁴ So hat Justinian in L. 13. Cod. h. t. entschieden.

gleichgiltig, daß sie zu Erben eingesetzt worden sind; sie stehen nicht schlechthin denjenigen gleich, welchen nur ein Vermächtniß hinterlassen worden. Nur wenn die Anderen, alle oder einige, die Erbschaft erwerben, sind diese allein wahre Erben, und jene wesentlich nichts anderes als Legatäre¹⁰⁵; wenn aber keine der übrigen Erbeinsetzungen wirksam wird, z. B. durch früheren Tod der Eingesetzten, oder Ausschlagung, so wird sich die Erbeinsetzung der in re certa instituti wieder als wahre Erbeinsetzung geltend machen, detracta rei certae mentione, als wäre sie vom Anfang die einzige gewesen¹⁰⁶. Von Manchen wird sogar behauptet, der in re certa institutus sei auch bei der Concurrenz mit Anderen in jeder Beziehung als Erbe zu behandeln, nur mit der Modification, daß er bloß die ihm angewiesenen Sachen erhalte und an Forderungen und Schulden keinen Theil habe¹⁰⁷, was sich jedoch nicht billigen läßt¹⁰⁸. Auch der Fall, wenn Jemand auf den Nießbrauch zum Erben eingesetzt ist, muß consequent gleich der institutio in re certa

¹⁰⁵ Eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus . . . nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri. Allem Anscheine nach liegt darin allerdings eine Neuerung. Nach älterem Rechte war der in re certa institutus immer eigentlich Erbe, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset; er konnte nur durch das iudicium familiae eriscundae genöthigt werden, sich mit demjenigen zu begnügen, worauf der Erblasser ihn beschränkt hatte, und dadurch wurde er im Effect legatarii loco. L. I. Gregor. Cod. fam. erisc. Cl. L. 35. pr. D. h. t. verb.: dicebam receptum esse etc. Ipso iure aber standen ihm doch pro parte die actiones hereditariae zu als wahrem Erben, die er den Miterben zu cediren hatte, und umgekehrt konnte er pro parte von den Erbschaftsgläubigern belangt werden, wogegen nur die Miterben seine Vertheidigung zu übernehmen hatten, indem sie ihn auf die res certa beschränkten, ohne daß sie aber im Stande gewesen wären, ihn auf solche Weise direct von den Ansprüchen der Gläubiger zu befreien. Arg. L. 2. §. 3. D. fam. erisc. 10. 2. Justinian hat nun verordnet, daß mit Vermeidung aller Umwege schlechthin nur die nicht auf bestimmte Sachen angewiesenen Erben hereditariis actionibus klagen und belangt werden, d. h. allein wirklich in universum ius succediren sollten. Ob nun der in re certa institutus nicht doch noch des iud. fam. erisc. theilhaft sei, scheint eine wenig praktische Frage. Es ist dieß gewiß nicht das geeignete Mittel, um einen singulären Rechtsanspruch geltend zu machen, für denjenigen, der an der univ. erbfolge (an der familia in diesem Sinne) gar keinen Theil hat, und die wahren Erben bedürfen nach L. 13. cit. dieses Mittels überall nicht mehr, um die Ansprüche des ersten auf solche Theilnahme zurückzuweisen. Actio hereditaria ist übrigens die actio fam. erisc. nicht, so wenig wie die hereditatis petitio.

¹⁰⁶ Mayer, Erbr. Bd. 1. §. 19. Note 6. Vgl. Mühlenbruch, Bd. 40. S. 169—178.

¹⁰⁷ Hennemann, Untersuchung zweier Rechtsfragen (Schwerin 1790.), Nr. 1. Bangerow, Leitf. Bd. 2. §. 1. S. 156—159. u. 21.

¹⁰⁸ Vgl. Mühlenbruch a. a. D., der noch in Bd. 36. S. 353. Note 93. derselben Meinung sich geneigt erklärt, in den früheren Ausgaben seines Lehrbuches aber mit der Mehrzahl den heres in re certa institutus im fraglichen Falle schlechthin dem Legatär gleichgestellt hatte. Hennemann und Bangerow wollen in L. 13. cit. die Worte quos legatariorum loco haberi certum est gegen alle Wahrscheinlichkeit nur auf diejenigen, die certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt beziehen, nicht auf die ex re certa scripti heredes. Die ersten sind solche, welche zu Erben eingesetzt und dann angewiesen worden, in Ansehung dieser ihrer Erbeinsetzung mit gewissen Sachen sich zu begnügen; unrichtig überseht man: die anstatt der Erbeinsetzung mit gewissen Sachen zufrieden sein sollen. Cl. L. 10. Cod. fam. erisc. 3. 36. * Zu Anm. 99—108. jetzt zu vgl. Reuter, die heredis institutio ex re certa. Gießen 1853. Pabellotti d. R. v. b. Erbeinsetzung ex certa re, Berlin 1870., dazu Arndts' Lehrb. §. 493. (7. Aufl.) und Fortsetzung v. Glüd's Erl. Bd. 47. §. 1523. 6. Nr. 4. d. e.

behandelt werden. Doch kann namentlich in dem vielbesprochenen Falle, wenn der Eine auf den Nießbrauch des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theiles zum Erben eingesetzt und nach dessen Tode ein Anderer zum Erben berufen ist, wohl eine andere Willensinterpretation zulässig sein¹⁰⁹. Uebrigens greift auch in Beziehung auf die Behandlung der *institutio in rebus certis* das besondere Recht der Soldatentestamente ein¹¹⁰.

d) Einer besonderen Beachtung bedarf noch in Rücksicht der Bestimmung der Erbtheile die Verbindung mehrerer eingesetzten Erben zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil. Wie nämlich die sämtlichen eingesetzten Erben zu der ganzen Erbschaft vereinigt sind, so können unter denselben wieder mehrere insbesondere zu einem Theile der Erbschaft vereinigt werden, dergestalt, daß sie zusammen gegenüber den anderen Erben nur einen Theil haben, im Gegensatze zu diesen als eine Gesamtheit auftreten (*quasi in unum corpus redacti*). Es hängt auch dieses, wie die ganze Vertheilung der Erbfolge, lediglich von dem Willen des Erblassers ab; und diesen Willen zu erkennen, ist Sache der Interpretation. Er kann klar ausgesprochen sein, indem der Testator mehrere Erben ausdrücklich zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile beruft, entweder in derselben Satzverbindung, z. B. Titius soll mein Erbe sein zur Hälfte, auf die andere Hälfte setze ich den Gaius und Sempronius zu Erben ein (*re et verbis coniuncti*)¹¹¹, oder auch in verschiedenen Sätzen, z. B. Titius soll mein Erbe sein zur Hälfte; Gaius und Sempronius sollen Jeder ein Viertel der Erbschaft haben; auch den Sejus setze ich mit dem Titius auf denselben Erbtheil ein (*re, nicht verbis, coniuncti*). Die Frage kann aber zweifelhafter sein. Wenn z. B. im letzten Falle gesagt wäre: den Sejus setze ich auf denselben Erbtheil ein, wie den Titius, so könnte dieses auch so ausgelegt werden, daß der Sejus nur auf einen eben so großen Erbtheil eingesetzt sein solle, als auf welchen der Titius eingesetzt worden, so daß hier die Regel sub a) anzuwenden wäre, als ob drei Hälften vergeben wären; und diese Auslegung möchte hier sogar mehr für sich haben, während dagegen der Ausdruck: den Sejus setze ich auf denselben Erbtheil ein, auf welchen der Titius eingesetzt worden ist, schon eher berechtigt, eine Verbindung beider zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil für beabsichtigt

¹⁰⁹ Vgl. Mühlenthal a. a. O. S. 183—187.

¹¹⁰ Vgl. L. 6. 17. pr. §. 4. D. de test. milit. 29. 1. Cf. L. 16. §. 6. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

¹¹¹ L. 142. D. de V. S.: *Veluti »Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt«, vel »Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunt«.*

zu halten, zumal wenn die Erbschaft außerdem schon ganz vergeben ist¹¹². Dieselbe Absicht kann sich auch ohne nähere Bestimmung der Erbtheile schon dadurch aussprechen, daß der Testator mehrere Erben im Gegensatz der übrigen zusammenstellt oder unter einer Collectivbezeichnung zusammenfaßt; z. B. ich setze zu Erben ein den A., B., C.; außerdem sollen auch D. und E. meine Erben sein, oder: ich setze zu Erben ein meinen Freund A., meinen Bruder B. und die Kinder meines verstorbenen Bruders C. Hier werden die Letzten zusammen ein Dritteltheil der Erbschaft bekommen¹¹³; dort D. und E. zusammen ein Vierteltheil¹¹⁴. Es kommt jedoch darauf an, ob nicht durch irgend einen Zusatz oder aus dem ganzen Zusammenhange der Verfügung eine andere Willensmeinung des Erblassers mit Gewißheit oder überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erkennen ist, in welchem Falle die zusammen genannten bloß verbis, aber nicht re coniuncti, d. h. in Wahrheit nicht auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind, sondern Jeder für sich den nach der Gesamtzahl der Erben ihm zukommenden Erbtheil in Anspruch zu nehmen hat. Nach der Erklärung der römischen Juristen soll namentlich dann eine Verbindung in Ansehung des Erbtheiles nicht angenommen werden, wenn ausdrücklich bemerkt ist, daß die zusammen genannten zu gleichen Theilen erben sollen¹¹⁵. Sind einige Erben auf bestimmte Erbtheile eingesetzt, andere ohne solche Angabe oder auf den Rest, so sind deshalb allein die letzten noch nicht als verbunden zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil anzusehen. Dieß ist aber nur von Bedeutung in Betreff des Anwachsungsrechtes, wenn einer von den einzelnen Erben wegfällt; denn was die ursprüngliche Vertheilung betrifft, so ist hier nach den unter b) angegebenen Bestimmungen kein Zweifel, daß jene zu dem nicht vergebenen Theile der Erbschaft zu gleichen Theilen berufen sind¹¹⁶. Und eben so

¹¹² L. 142. cit.: Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto. — Julianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Caio Seio institutus sit: sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos et coniunctum heredes scriptos esse. Cf. L. 15. pr. D. h. t. Gewiß unrichtig ist es, wenn Mayer, *Bd. 1*, S. 92, in diesen Fällen auch eine re et verbis coniunctio erkennen will; die Erbeinsetzung der beiden Erben ist ja in ganz getrennten Sätzen enthalten, und könnte mit derselben Wirkung in ganz verschiedenen Stellen des Testaments vorkommen.

¹¹³ L. 13. pr. D. h. t.: Primus et fratris mei filii . . . semissem fratris filii, semissem Primus haberet. Cf. L. 11. D. ibid.: Attius . . . duo Titii . . . heredes sunt: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem. L. 11. Cod. de impub. et al. subst. 6. 26. Titius una cum filiis et Sempronius heredes sunt.

¹¹⁴ L. 59. §. 2. cf. L. 17. §. 4. D. h. t.

¹¹⁵ L. 13. cit.: Primus et fratris mei filii aequae heredes sunt . . . haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos. L. 66. D. ibid.: Titius heres esto. Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunt. Cf. L. 89. D. de legat. III.

¹¹⁶ L. 11. §. 1. cf. L. 63. D. h. t. *Vgl. den Art. Anwachsungsrecht, Bd. 1*, S. 298—301.

ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn *expleto asse* noch Andere ohne Theilbestimmung eingesetzt sind ¹¹⁷.

3) Nebenbestimmungen, welche bei der Erbeinsetzung vorkommen können, sind

a) Bedingungen, *conditiones* ¹¹⁸. Regelmäßig kann der Erblasser die Erbeinsetzung von einem künftigen ungewissen Ereigniß abhängig machen, d. i. eben eine wahre eigentliche Bedingung derselben wirksam hinzufügen, auch zugleich mehrere, *copulativ* und *alternativ* ¹¹⁹. Die Wirkung davon besteht darin, daß die Delation der Erbschaft durch diese Erbeinsetzung, wenn auch alle sonstigen Voraussetzungen derselben eingetreten sind, noch aufgeschoben bleibt bis zum Eintritt des zur Bedingung gestellten Ereignisses, und, sobald das Nichteintreten dieses Ereignisses entschieden ist (*conditione deficiente*), die Erbeinsetzung als nichtig und wirkungslos erscheint. Sind mehrere Bedingungen verbunden (*conjunctiv*, *copulativ*) der Erbeinsetzung hinzugefügt, so müssen sie sämmtlich erfüllt sein, damit diese unbedingt werde ¹²⁰. Von mehreren *alternativ* gestellten Bedingungen dagegen braucht nur die eine oder die andere erfüllt zu werden ¹²¹; die Defizienz der einen schadet nicht, wenn nur die andere früher oder später erfüllt wird ¹²²; dieß genügt zur vollständigen Wirksamkeit der Erbeinsetzung eben so als ob beide oder alle Alternativen eingetreten wären ¹²³. Gleiches gilt auch, wenn sich dieselbe Person mehrmals, aber unter verschiedenen Bedingungen auf dieselbe ganze Erbschaft oder einen und denselben Erbtheil eingesetzt findet ¹²⁴, so wie auch beim Zusammentreffen einer ursprünglich

¹¹⁷ L. 17. §. 4. D. h. t. ... si expleto asse duo sine partibus scribantur ... isti duo an in unum coniungantur? ... et verius est in unum assem (sc. in alium oder secundum assem) venire; aber vgl. L. 17. §. 2. *ibid.*: Neque hos neque illos coniunctos. Doch soll nicht gesagt sein, daß nicht die *sine partibus scripti* Alle oder Einige unter ihnen auch wahrhaft *coniuncti* sein können. Vgl. Mayer, §. 28. Note 6.

¹¹⁸ Dig. de conditionibus institutionum. 28. 7. Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. 6. 25. Cf. Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 35. 1. Mühlensbruch, der Erläutr. Bd. 41. S. 45—276.

¹¹⁹ §. 9. 11. J. h. t.

¹²⁰ L. 5. D. h. t.: Omnibus parendum est, quia unius loco habentur. §. 41. J. cit.

¹²¹ L. 5. D. cit.: si disiunctim, cuilibet.

¹²² L. 78. §. 4. D. de cond. et dem. Cf. L. 26. pr. *ibid.*

¹²³ §. 41. J. l. c.: si separatim, veluti si illud aut illud factum erit, cuilibet obtemperare satis est. Ein Anderes ist in neuerer Zeit behauptet und mit Echarfsinn verteidigt worden für den Fall, daß einem Haupterben ein Anderer als Miterbe unter alternativer Bedingung abseiert wird. Huschke, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 12. Nr. 11. S. 375—426. Dagegen vgl. Arnolds, in ders. Zeitschr. Bd. 13. Nr. 12. S. 293—321. Vangerow, in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 3. S. 571—588. Mayer, Erbr. Bd. 1. S. 56—58. Doch hat darauf wieder Huschke seine Ansicht verteidigt in der Zeitschr. Bd. 15. Nr. 11. 12. S. 235—311. (s. unten Nr. 38.)

¹²⁴ L. 17. D. h. t. L. 27. §. 2. D. de hered. instit.

unbedingten und einer bedingten Erbeinsetzung die erste allein entscheidet ¹²⁵, während die unbedingte Einsetzung auf einen Theil und die bedingte Einsetzung derselben Person auf einen anderen Erbtheil, natürlich also auch verschieden bedingte Einsetzungen derselben Person auf verschiedene Erbtheile, eine jede für sich in Betracht kommen ¹²⁶.

Was die Erfüllung der Bedingungen betrifft, so gelten darüber die allgemeinen Grundsätze ¹²⁷. Zur Richtschnur dient der allgemeine Satz: in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari ¹²⁸. Darnach ist im einzelnen Falle zu ermesfen, in wiefern buchstäblich das Eintreten der im Testamente bezeichneten Thatsache gefordert werde ¹²⁹, und insbesondere auch ob etwa schon die an den Tag gelegte Bereitwilligkeit zur Erfüllung von Seiten des bedingt Eingesezten bei zufälliger Verhinderung derselben der wirklichen Erfüllung gleichzuachten sei. Als Regel kann dieß keineswegs angenommen werden ¹³⁰. Wohl aber kommen die beiden Regeln zur Anwendung: perinde haberi ac si impleta conditio fuisset, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur ¹³¹, und quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur ¹³². Die Bedingung, daß Jemand Kinder haben werde, kann nach singulärer Rechtsvorschrift durch das solenne Gelübde der Keuschheit unter Bestimmung des Vermögens ad pias causas erfüllt werden ¹³³. Die Erfüllung kann übrigens sowohl schon bei Lebzeiten des Testators eingetreten sein, als erst nach dessen Tode statthaben, wenn nicht dieselbe durch die eigenthümliche Beschaffenheit der Bedingung nothwendig auf jene oder diese Zeit beschränkt ist ¹³⁴. Ist aber eine Willenshandlung zur Bedingung gesetzt, die ihrer Natur nach eine mehrmalige willkürliche Wiederholung zuläßt (conditio promiscua), so ist in der Regel zur

¹²⁵ L. 27 §. 1. L. 67. D. 1. c.

¹²⁶ L. 27. pr. L. 59. §. 6. cf. L. 33. D. 1. c.

¹²⁷ Vgl. den Art. Bedingung, Bb. 1. S. 780—783. Savigny, System des heut. röm. R. Bb. 3. S. 135—148.

¹²⁸ L. 19. pr. L. 101. pr. D. de cond. et dem.

¹²⁹ Vgl. L. 3. Cod. h. t. L. 44. §. 44. D. de legat. III.

¹³⁰ Savigny a. a. O. S. 144 ffg. Vgl. Wangerow, Zeits. Bb. 2. S. 128—132. Mühlensbruch a. a. O. S. 211 ffg.

¹³¹ L. 161. D. de reg. iur., §. B. durch den Substituten oder Miterben des bedingt Eingesezten; oder durch den Intestaterben. Cf. L. 81. §. 4. D. de cond. et dem.

¹³² L. 24. D. de cond. et dem. nach der florent. Lesart, die freilich wohl nicht den Vorzug vor der Lesart non impleri verbient. Anwendungen dieses Satzes aber enthalten L. 14. 31. 78. pr. D. 1. c. L. 11. 23. D. h. t. Savigny, S. 138. 139. Aber immer ist im einzelnen Falle darauf zu achten, ob nicht die Meinung des Testators vielmehr diese war, daß das bezeichnete Factum wirklich eintreten solle. L. 23. cit.

¹³³ L. 53. §. 2. Cod. de episcop. et cler. 1. 3. * (nicht glossirt.)

¹³⁴ L. 2. 94. D. de cond. et dem. Cf. L. 40. pr. L. 19. pr. D. ibidem.

Erfüllung der Bedingung erforderlich, daß jene nach dem Tode des Erblassers und mit Rücksicht auf dessen Willen (ut testamento pareatur) vollzogen werde, es möchte denn sich erkennen lassen, daß es dem Testator nur auf das einmalige Geschehen ankam, wie bei anderen Bedingungen im Zweifel immer anzunehmen ist¹³⁵. Bei diesen ist auch genügend, wenn sie schon zur Zeit der Testamentserrichtung erfüllt waren, ohne daß der Testator Kunde davon hatte¹³⁶. In jedem Falle aber muß die Erfüllung der Bedingung noch bei Lebzeiten des Eingesezten eintreten; den Erben desselben kann sie nicht mehr nützen¹³⁷. An eine bestimmte Zeitfrist dagegen innerhalb seines Lebens ist der bedingt Eingesezte in Ansehung der Erfüllung der Bedingung, auch wenn diese von seiner Willkür abhängt, regelmäßig nicht gebunden, so daß durch Versäumung jener Frist die Bedingung schlechtthin als vereitelt anzusehen wäre; er kann nur in solchem Falle zur Erfüllung der Bedingung und dann zur Antretung der Erbschaft während einer gewissen Frist indirect auf die Weise angehalten werden, wie auch sonst die Entscheidung über Annahme einer wirklich deferirten Erbschaft betrieben werden kann¹³⁸.

So lange nun nach dem Tode des Erblassers die Erfüllung der Bedingung noch zu erwarten steht, so lange bleibt es noch ungewiß, ob die Erbfolge kraft dieser Erbeinsetzung werde deferirt werden oder nicht, und kann also weder die definitive Antretung durch die bedingt Eingesezten statthaben, noch auch auf der andern Seite der Substitut desselben oder der Miterbe (iure accrescendi) oder der Intestaterbe den Erbtheil oder die Erbschaft für sich begehren. Die Agnition der bonorum possessio jedoch wird durch die noch schwebende Bedingung nicht gehindert, wenn nur die Einsetzung sonst giltig ist; durch sie kann sich der bedingt Eingesezte schon pendente conditione einstweilen in die Lage eines Erben versetzen, und dadurch dem sonst zu befürchtenden Nachtheile im Falle langedauernder Unentschiedenheit vorbeugen¹³⁹. Diese bonorum possessio erscheint in den betreffenden Stellen als ganz regelmäßige, quae ex edicto competit, nicht abhängig von einer causae cognitio und förmlichem decretum; und es ist denn auch zu behaupten, daß sie innerhalb der edictmäßigen Frist von dem bedingt Eingesezten agnoscirt werden müsse¹⁴⁰, damit nicht dieselbe dem Substituten als secundo loco

¹³⁵ L. 2. 41. §. 1. D. 1. c.

¹³⁶ L. 10. §. 1. L. 41. pr. cf. L. 9. D. 1. c.

¹³⁷ L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Cf. L. 59. 401. D. 1. c. L. 28. D. h. t.

¹³⁸ L. 4. §. 2. L. 5. 23. §. 1. 2. D. de hered. instit. Mühlensbruch S. 236—248.

¹³⁹ L. 5. pr. L. 6. 10. 42. in f. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 41.

¹⁴⁰ L. 3. §. 13. D. de bon. poss. c. t. 37. 4. Bonorum possessionem secundum tabulas accipere potest et debet.

bedingt eingesezten Erben deferirt werde¹⁴¹, oder die *bonorum possessio secundum tabulas* der Miterben *iure accrescendi* auch über den Erbtheil des nicht agnoscirenden sich erstrecke¹⁴², oder in Ermangelung beider die *bonorum possessio intestati* eröffnet werde¹⁴³. Wie aber diese vereitelt wird, wenn die Bedingung der Erbeinsetzung hinterher in Erfüllung geht und der Eingesezte nunmehr die Erbschaft civilrechtlich antritt, so muß umgekehrt die von dem bedingt Eingesezten agnoscirte *bonorum possessio secundum tabulas sine re* werden, wenn nachher die Bedingung der Erbeinsetzung deficirt, und nunmehr die Erbschaft oder der fragliche Erbtheil denjenigen erworben wird, welche als Substituten oder Miterben oder Intestaterben nach jenem zunächst Anspruch darauf haben. Diese können nun als Civilerben gegen jenen die Erbschaftsklage anstellen, und dadurch dessen *bonorum possessio* ihres Effectes berauben¹⁴⁴. Mit Rücksicht auf diesen möglichen Fall kann daher der bedingt Eingesezte, welcher die *bonorum possessio* agnoscirt hat, zur Cautionsleistung wegen dereinstiger Restitution der Erbschaft an den Berechtigten angehalten werden¹⁴⁵, worüber der Prätor nach Befinden der Umstände erkennt¹⁴⁶, und wovon denn auch wohl die Ertheilung der *bonorum possessio* gleich Anfangs abhängig gemacht werden mag, wenn der betreffende Antrag der Gegenpartei so frühzeitig gestellt worden ist. Der Anspruch auf Cautionsleistung wird zwar im Allgemeinen nur dem Substituten ausdrücklich beigelegt¹⁴⁷; aus anderen Stellen aber läßt sich

¹⁴¹ L. 2. §. 4. D. de b. p. s. t. 37. 11.

¹⁴² L. 2. §. 2. 7. D. l. c. L. 5. §. 9. — L. 5. D. de bon. poss. 37. 1.

¹⁴³ L. 1. §. 2. D. si tab. test. nullae. 38. 6. L. 1. §. 10. D. de succ. edicto. 38. 9.

¹⁴⁴ L. 12. D. qui satisfacere cog. 2. 8. Et si defecerit conditio adeuntem hereditatem substitutum . . . petere hereditatem posse. Dasselbe gilt vom Intestaterben. L. 1. §. 7. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. Natürlich wird auch demjenigen, der bloß als prätorischer Erbe nach dem bedingt Eingesezten folgte, nun zur Erbschaft verholpen sein. Dagegen wird dieser im Besitze erhalten, wenn er selbst deficiente conditione der nächste Intestaterbe ist, sei es auch nur nach prätorischem Rechte. L. 5. pr. L. 2. §. 1. D. de b. p. s. tab. L. 3. §. 13. D. de b. p. contra tab. — Nicht richtig scheint zu sein, was der Verfasser dieses Artikels an einem anderen Orte angebeutet hat, daß die Ertheilung der *bonorum possessio* dem bedingt Eingesezten vorenthalten werde, wenn die baldige Erfüllung in seiner Gewalt stehe. Arnolds, Beiträge, S. 184. (unten Nr. 39.) Vgl. Mühlenbruch, S. 191. Die L. 23. §. 1. D. de hered. instit. betrifft den Fall, wenn der Eingesezte die *bonorum possessio* verjäumt, die er nämlich schon vor Erfüllung der Bedingung erlangen könnte, und nun auch die Erfüllung der Bedingung, also die eigentliche Defation der Erbschaft, und somit auch die Möglichkeit der Anretzung verjüngert.

¹⁴⁵ L. 8. D. de stip. pract. 46. 5. Qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione cogitur substituto . . . cavere etc. Cf. Pauli sent. V. 9. §. 1. und Schulting ad h. 1. — L. 12. D. qui satisfacere cog. 2. 8. Heredem sub conditione, pendente conditione possidentem hereditatem (cf. L. 3. §. 1. D. de bon. poss.: hereditatis bonorumve possessio) substituto cavere debere de hereditate.

¹⁴⁶ L. 12. D. cit.: Ex causa iubere solet stipulationem interponi. Vgl. Mühlenbruch, S. 192. 193.

¹⁴⁷ L. 8. 12. cit.

entnehmen, daß den Miterben dasselbe Recht zustehet¹⁴⁸, und nach dem ganzen Zusammenhange ist auch zu Gunsten der Intestaterben Gleiches anzunehmen, wie für einen Fall einer negativen Bedingung von Justinian ausdrücklich anerkannt ist¹⁴⁹. Die Anwendbarkeit der angegebenen Bestimmungen auf negative wie auf affirmative Bedingungen ist nämlich im Allgemeinen unzweifelhaft. Insbesondere aber hervorzuheben sind darunter negative Potestativbedingungen, *conditiones non faciendi*, und zumal solche, deren eigentliche Erfüllung bis zum Tode des Eingesezten unentschieden bleiben muß. Für den Fall, daß einem Vermächtniß eine Bedingung dieser letzten Art hinzugefügt werde, ist bekanntlich die *Muciana cautio* eingeführt worden, kraft deren der Legatar schon bei Lebzeiten das Vermächtniß, als sei es unbedingt, geltend machen kann, indem er dem Onerirten die Rückerstattung zusichert, falls er die Bedingung späterhin übertreten sollte¹⁵⁰. Diese *Muciana cautio* ist denn auch auf Erbeinsetzungen unter solchen Bedingungen angewendet worden¹⁵¹, so daß der Eingesezte auch hier gegen Cautionsleistung die Erbschaft sofort erlangen kann¹⁵² und im Falle der Nichtübertretung der Bedingung unwiderruflich behält oder auf seine Erben überträgt; und dieses war, abgesehen von der Uebertragung der ohne Zweifel genau bestimmten Cautionsformel auf diesen Fall, deßhalb bedeutend, weil man sonst civilrechtlich die Gültigkeit einer solchen Erbeinsetzung oder der fraglichen Bedingung bestreiten konnte¹⁵³. Es ist aber der Gebrauch dieser *Mucianischen* Cautio bei Erbeinsetzungen gewiß nicht wie bei Vermächtnissen

¹⁴⁸ L. 4. §. 1. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de cond. et dem.

¹⁴⁹ Nov. 22. cap. 44. §. 9.

¹⁵⁰ L. 7. pr. l. 72. §. 2. L. 73. L. 79. 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem.

¹⁵¹ L. 7. pr. D. cit.

¹⁵² Ob civilrechtlich durch Antretung? oder auch nur durch *honorum possessio*? Für das Erste scheint der Umstand zu sprechen, daß die *Muciana cautio* dem *ius civile* im engsten Sinne angehöret; vgl. L. 7. §. 1. D. l. c.: *Implere conditionem*; und es widerspricht ihm nicht schlechthin, wie in den angeführten Beitr. S. 187. 188. behauptet worden ist, L. 18. D. h. t. denn *deficiente conditione* könnte erklärt werden: wenn die Bedingung weder im eigentlichen Sinne noch durch Leistung der Cautio erfüllt wird. Vgl. aber Mühlenthal, S. 208—210.

¹⁵³ Vgl. Arnolds, Beitr. S. 188. Mühlenthal, S. 264. 265. Wer behauptet, daß auch Vermächtnisse im selben Falle, abgesehen von der *Muciana cautio*, für ungültig erklärt werden müßten, wie Mühlenthal, S. 265, Bangerow, Zeitschen, Bd. 2. §. 436., der muß consequent annehmen, daß in den Fällen der L. 101. §. 3. und L. 106. D. de cond. et dem., in welchen die *Muciana cautio* nicht anwendbar ist, weil die Unmöglichkeit der Ubertretung der Bedingung möglicher Weise noch vor dem Tode des Legatars entschieden werden kann, das Vermächtniß ob *deficientem conditionem* ungültig sei, wenn dieser Fall nicht eintritt, obwohl eine Ubertretung der Bedingung auch nicht stattgefunden hat; also wenn im Falle der L. 101. der Sohn die Schwiegertochter, im Falle der L. 106. cit. der Titius die Vermächtnißnehmerin überlebt, dort aber eine Trennung der Ehe, hier die Verheirathung mit dem Titius wirklich vermieden worden ist. Dieser Annahme aber steht L. 101. §. 3. cit. geradezu entgegen: *nec ante diem fideicommissi cedere quam mori coeperit nupta vel maritus*. Vgl. L. 79. pr. D. ibid. Pauli sent. III. 6. §. 6.

befchränkt geblieben auf diejenigen negativen Potestativbedingungen, deren Entscheidung nicht vor dem Lebensende des Eingesezten eintreten wird, sondern auch auf solche conditiones non faciendi ausgedehnt worden, deren Erfüllung auch wohl schon früher sich entscheiden kann, da in Beziehung auf die Erbfolge die Beseitigung der Unsicherheit dringender erheischt wird, als bei Vermächtnissen, und deshalb ja die bedingte Erbeinsetzung überhaupt gegen Cautionsleistung zur bonorum possessio berechtigt¹⁵⁴. Von der Mucianischen Caution nun heißt es, sie müsse denjenigen geleistet werden, welchen deficiente conditione die Erbschaft (beziehungsweise der Erbtheil des sub conditione non faciendi Eingesezten) zukommen würde¹⁵⁵. Diese aber sind eben zunächst die Substituten, dann die Miteingesezten, und endlich die Intestaterben, oder auch diejenigen, denen das Vermögen als erbloses Gut anfallen könnte, namentlich der Fiscus. Dennoch wird von Manchen bestritten, daß auch den Intestaterben, um wie viel mehr daß denjenigen, die auf die bona vacantia Anwartschaft haben, von Manchen sogar, daß den Substituten die Mucianische Caution zu leisten sei¹⁵⁶; es wird behauptet, wenn Jemand unter einer negativen Potestativbedingung allein (ex asse) zum Erben eingesetzt, und demselben auch kein Substitut ernannt worden, oder sogar ungeachtet dieses geschehen, so sei die Bedingung als unmögliche für nicht hinzugefügt zu achten und die Erbeinsetzung als unbedingte wirksam; nur eine singuläre Ausnahme sei es, daß nach Justinian's Verordnung¹⁵⁷ wegen Erfüllung der Bedingung, nicht wieder zu heirathen oder im Wittwenstande zu verharren, auch den Intestaterben Caution geleistet werden solle. Diese Ansicht gründet sich hauptsächlich auf einige Stellen der Pandekten; denn die unterstützenden Nebengründe, welche außerdem noch aus der Natur der Sache hergeleitet werden, sind nur

¹⁵⁴ Das Beispiel in L. 7. pr. D. cit.: »si Stichum non manumiserit« kann auf eine Erbeinsetzung bezogen werden. Cf. L. 4. §. 1. D. h. t. Bei Vermächtnissen wäre dieß Beispiel den sonst ausgesprochenen Grundsätzen (Note 150. 153.) nicht entsprechend, mit denen auch L. 67. D. de cond. et dem. nicht im Widerspruche steht, da in derselben nicht von Freilassung eines bestimmten Sklaven die Rede ist. Bangerow a. a. D. S. 134. Vgl. Mühlenbruch, S. 261—263. Eine sehr erklärliche Ausnahme bei Vermächtnissen, die sich aber auch als Ausnahme bezeichnet (velut Mucianam cautionem offerri), enthält nur L. 72. §. 1. D. de cond. et dem. — Durchaus unrichtig ist es übrigens, wenn Manche nur dem unter negativer Potestativbedingung eingesetzten Erben das Recht, gegen Caution den Besitz des Nachlasses zu erlangen, beigelegt haben. Vgl. Mühlenbruch, S. 206. und oben Note 139 flg.

¹⁵⁵ L. 48. D. l. c. Is, cui sub. conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest.

¹⁵⁶ S. die Angaben in den genannten Beitr. S. 190. Note 13. 14. und bei Mühlenbruch, S. 195. Note 24., auch Bangerow a. a. D.

¹⁵⁷ Nov. 22. cap. 44. §. 9.

von untergeordneter Bedeutung, sie laufen zum Theil auf eine *petitio principii* hinaus und sind zum Theil schon dadurch widerlegt, daß in einem Falle ausdrücklich die Intestaterben für berechtigt die Caution zu fordern anerkannt sind¹⁵⁸. Jene Stellen aber berechtigen deshalb nicht zur Annahme eines der Natur der Sache und dem erklärten Willen des Testators so wenig entsprechenden Satzes, weil sie sich durch die Beachtung der besonderen Beschaffenheit der darin vorgelegten Fälle genügend erklären. In dem einen dieser Fälle handelt es sich von einer Unterlassungsbedingung, deren Uebertretung durch den *heres ex asse* gar nicht möglich ist, und die daher mit Recht als von selbst erfüllt angesehen wird¹⁵⁹; in dem anderen Falle ist eine Bedingung gegeben, deren Uebertretung, nämlich durch Veräußerung eines zur Erbschaft gehörenden Sklaven, erst möglich wäre nach geschehenem Erwerbe der Erbschaft, während doch dieser von der Entschiedenheit darüber, daß dieselbe nicht übertreten werde, erst abhängig sein soll, welche daher als eine in sich verkehrte Bedingung unbeachtet gelassen werden kann, insofern ihr nicht aus Rücksicht auf Miterben eine Bedeutung beizulegen ist¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Es gilt dieß namentlich von der Behauptung, die Intestaterben könnten die Caution nicht fordern, weil zur Zeit noch nicht gewiß sei, welchen Personen *deficiente conditione* die Erbschaft ab intestato deferirt werde. Vgl. Arndts a. a. D. S. 202—207. Was Bangerow gegen diese Ausführung bemerkt, ist unbedeutend; denn auch von der Erbfolge des Substituten kann keine Rede sein, so lange der Intestat noch antreten kann, so wenig wie von der Intestaterbfolge, so lange der Testamentserbe noch erwerben kann; daß aber dennoch das Recht des Substitutus sogleich berücksichtigt werden müsse, weil es auf demselben Relationsgrunde beruht, nicht aber das Recht des Intestaterben, ist eben nur eine *petitio principii*, gegen den allgemeinen Ausdruck der L. 18. cit.: *ad quem hereditas pertinere potest*. Kann doch auch sowohl der Intestaterbe wie der Substitut *ex edicto successorio honorum possessio* erlangen, wenn der Vorgehende deren Frist versäumt, obwohl diesem dadurch das *Civilerbrecht* nicht verkümmert wird. Note 141—143. Der Schluß ferner: durch die Cautionseistung gelte die Bedingung für erfüllt; wo also die Stellung dieser Caution unmöglich sei, weil Niemand sich finde, dem sie zu leisten sei (was fälschlich vorausgesetzt wird), da sei die Erfüllung der Bedingung unmöglich, also diese *pro non adiecta*: dieser Schluß ist offenbar falsch in Ansehung derjenigen negativen Potestatsbedingungen, deren Uebertretung wirklich noch vor dem Tode des Eingesezten unmöglich werden kann. Wollte man ihn festhalten, so käme man consequent zu der Absurdität, zu behaupten: z. B. die Bedingung *si Stichum servum suum non manumiserit, non alienaverit*, sei nicht erfüllt, wenn der Stichus unfrei und unveräußert gestorben, sondern es müsse auch nun erst noch *Muciana cautio de non liberando vel alienando* geleistet werden.

¹⁵⁹ L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. L. 20. pr. D. h. t. Beitr. a. a. D. S. 191—194. Daß diese Stellen die gegnerische Behauptung nicht beweisen, wird derjenige, welcher sonst dem Substituten das Recht zur Caution beilegt, ungeachtet der Gegenbemerkungen bei Bangerow, S. 139. gewiß einräumen, wenn er nur bedenkt, daß die Entscheidung in diesem Falle ganz dieselbe sein würde, wenn auch dem *ex asse* eingesetzten Erben ein Substitut ernannt wäre. Dieser wird sich eben so wenig, wie der Intestaterbe, wenn er auch sonst berechtigt ist, zu der Comödie einer ganz sinnlosen Cautionseistung, zu der nach röm. Rechte bekanntlich Stipulation erforderlich, herbeilassen, und man könnte etwa deshalb die Bedingung der Cautionseistung eine unmögliche nennen. Die eigentliche Bedingung selbst aber, *si non petierit*, ist nach Eröffnung der Erbschaft eine juristisch notwendige (in non faciendo *impossibilis*). L. 50. §. 1. D. de hered. instit. Savigny, System, Bd. 3. S. 159.

¹⁶⁰ L. 4. §. 1. D. de cond. institut. Die hier zum Grunde gelegte Erklärung dieser Stelle (ursprünglich von Faber aufgestellt) ist ausgeführt und gerechtfertigt in den angeführten Beiträgen S. 194—202. (unten Nr. 39.); und stimmt diesen jetzt vollkommen bei Mühlendorf a. a. D. S. 195 flg.

Bisher war die Rede von einer wahrhaft bedingten Erbeinsetzung, deren Bestehen kraft der hinzugefügten Nebenbestimmung zur Zeit der Testamentserrichtung ungewiß ist. Es ist aber keine wahrhaft bedingte Erbeinsetzung diejenige, welche von einem in jenem Zeitpunkte schon als vergangen oder gegenwärtig gedachten Umstande abhängig gemacht ist (*conditio in praeteritum* oder *in praesens collata*). Allerdings wird hier die Existenz jenes Umstandes gefordert, damit die Erbeinsetzung bestehe; aber dann ist dieselbe auch von Anfang an unbedingte; und im entgegengesetzten Falle ist in keinem Momente eine wirkliche Erbeinsetzung, auch nicht einmal eine bedingte, vorhanden, und daher das Testament, in welchem keine anderen Erbeinsetzungen enthalten sind, in der That von Anfang an nichtig ¹⁶¹.

Eine bedingte Erbeinsetzung ist auch diejenige nicht, der eine sich von selbst verstehende Bedingung hinzugefügt ist (*conditio tacita*), z. B. *si ante eum mortuus ero*, oder *si volet*, *si hereditatem adibit*, *heres esto*; in den beiden letzten Beispielen jedoch vorausgesetzt, daß der Eingesezte nicht ein solcher ist, der sonst *ipso iure* Erbe würde ¹⁶². Ebenso wenig macht die Bedingung, deren Erfüllung im Voraus gewiß ist (*so-gen. necessaria conditio*), wohin auch diejenige gehört, gemäß welcher ein unmögliches Ereigniß nicht eintreten soll, die Erbeinsetzung zu einer bedingten ¹⁶³. Doch kann ein Ereigniß, welches jedenfalls einmal eintreten wird, bei letzten Willensordnungen wohl insofern wahrhaft bedingend sein, als der Testator dessen Eintreten bei Lebzeiten des Honorirten im Auge hatte, dieses aber ungewiß ist ¹⁶⁴.

Endlich auch die unmögliche Bedingung, die physisch oder juristisch

insbesondere S. 201 flg. Dagegen vgl. Vangerow, S. 138., dessen Widerlegung aber auch hier nicht befriedigt. Daß unter dem *solus heres scriptus* der ohne Miterben und ohne Substituten ernannte einzige Erbe zu verstehen sei, ist nicht so „offenbar“; vielmehr bildet er offenbar nur den Gegensatz gegen den mit einem Miterben eingesezten Erben. Es nimmt also diese Stelle auf Substituten so wenig Rücksicht, wie auf Intestatserben, und wer jenen dennoch den Anspruch auf Cautionsleistung gibt, ist durch diese Stelle nicht berechtigt, den Intestatserben ihn zu versagen. Bedeutet man, daß die in L. 4. §. 1. cit. erwähnte Bedingung eine solche ist, welche sehr wohl schon bei Lebzeiten des Eingesezten buchstäblich erfüllt werden könnte, nämlich durch den früheren Tod des Slaven, so kann man sich noch weniger entschließen, der gegnerischen Interpretation beizustimmen. Eine jede negative Potestativbedingung, der einzigen Erbeinsetzung hinzugefügt, müßte man darnach als fingirt unmögliche für unwirksam erklären, wenn gleich deren wirkliche volle Erfüllung schon in kurzer Zeit sich entscheiden könnte, ja consequent, selbst wenn eine Zeit für die Unterlassung ausdrücklich festgesetzt wäre, z. B. wenn Titia bis zu ihrem zwanzigsten Jahre ihre Mutter nicht verläßt, soll sie Erbin sein; oder wenn Titius bis zum dreißigsten Lebensjahre, oder in zehn, zwölf Jahren nicht ins Militär getreten ist.

¹⁶¹ L. 10. §. 1. D. h. t. L. 16. D. de iniusto test. 28. 3.

¹⁶² L. 12. D. h. t. L. 69. D. de hered. instit.

¹⁶³ L. 50. §. 1. D. de hered. instit.

¹⁶⁴ Arg. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. Vgl. Note 137. Aus diesem Gesichtspunkte mag sich auch L. 13. D. quando dies. 36. 2. erklären.

unmögliche, d. i. diejenige, deren Erfüllung aus natürlichen oder juristischen Gründen schlechthin nicht eintreten kann¹⁶⁵, wohin denn auch die zur Zeit der Testamentserrichtung bereits vereitelte Bedingung gehört¹⁶⁶, macht die Erbeinsetzung nicht bedingt; sie wird vielmehr bei dieser, wie bei letzten Willensordnungen überhaupt, pro non adiecta gehalten, und demnach die Erbeinsetzung als unbedingte angesehen¹⁶⁷. Dasselbe gilt von solchen Bedingungen, welche, wenn sie gültig, dem Eingesezten geradezu einen Antrieb zu gegenwärtiger oder unsittlicher Handlung oder Unterlassung geben¹⁶⁸, oder nur denselben lächerlich zu machen dienen würden (*derisoriae*)¹⁶⁹; dergleichen von verschiedenen anderen Bedingungen, welche zwar nicht auf die Beförderung von etwas an sich Verwerflichem oder Unerlaubtem abzielen, von welchen aber gleichwohl einen Rechtsertwerb und insbesondere eine letztwillige Zuwendung abhängig zu machen aus sittlichen oder politischen Gründen für unpassend und unzulässig angesehen wird¹⁷⁰, wohin namentlich die auf Hinderung der Verheirathung abzielenden Bedingungen gehören¹⁷¹, und die Bedingung beständigen Aufenthaltes an einem bestimmten Orte¹⁷². Etwas Besonderes aber ist durch das prätorische Edict festgesetzt in Ansehung der einer letztwilligen Verordnung hinzugefügten Bedingung eidlicher Angelobung einer künftigen Handlung oder Leistung. Hier wird die Ablegung dieses promissorischen Eides erlassen und die Verfügung kann als unbedingte auf prätorische Art geltend gemacht werden; so jedoch, daß die Erfüllung der Leistung als eines Modus verlangt werden kann, insofern dieselbe nicht ihrem Inhalte und Zwecke nach verwerflich erscheint¹⁷³.

¹⁶⁵ L. 137. §. 6. D. de V. O. Vgl. Arnolds, Beiträge, S. 164—172. (oben Bd. 1. S. 28 fig.) Savigny, System, Bd. 3. S. 157 fig.

¹⁶⁶ L. 6. §. 1. D. de cond. et dem.

¹⁶⁷ §. 10. J. h. t. L. 1. 6. D. h. t. L. 45. D. de hered. instit. L. 3. D. de cond. et dem.

¹⁶⁸ L. 9. 14. 15. D. h. t. Pauli sent. III. 4B. §. 2.

¹⁶⁹ L. 14. D. c. t.

¹⁷⁰ Vgl. Arnolds a. a. O. S. 179—181., vgl. mit S. 172—179. Sie werden mit den vorgenannten als unsittliche Bedingungen passend zusammengestellt von Savigny a. a. O. S. 122. 123.

¹⁷¹ Die Bedingung: si non nupserit oder uxorem duxerit. L. 22. 28. pr. 63. 64. 72. §. 4. D. de cond. et dem., ausgenommen im Falle der Nov. 22. cap. 44. (Note 157), cf. Cod. de indicta viduitate. 6. 40.

¹⁷² L. 71. §. 2. D. de cond. et dem. — Vgl. überhaupt noch Bedingung im Rechtsleg. Bd. 1. S. 766—769. Die gewöhnliche Behauptung übrigens, daß die Bedingung, „wenn der Honorirte seine Confession ändern oder nicht ändern werde“, als unsittliche verwerflich sei, ist in ihrer Allgemeinheit gewiß ungegründet. Sollte es ungültig sein, dem Sohne, dem der reiche Vater Entziehung aller Unterstützung und Beschränkung auf den Pflichten droht, wenn er der gewonnenen Ueberzeugung folgend zu einer andern Kirche sich bekenne, für diesen Fall des Uebertrittes etwas zu vermachen? Uns scheint diese Frage überhaupt noch keineswegs befriedigend behandelt weder von Sell, Versuche, Bd. 2. S. 142. noch von Mühlenthal a. a. O. S. 104—106. Vgl. Bangerow, Zeits. Bd. 1. S. 110.

¹⁷³ L. 8. D. h. t. cf. L. 20. 26. pr. D. de cond. et dem. L. 29. §. 2. D. de testam. milit. 29. 1. L. 63. §. 9. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Sehr ungenau ist, was darüber Bd. 1. S. 767.

Einige ihres Inhaltes wegen für verwerflich erklärte Bedingungen hingegen gibt es, welche nicht als unwirksam außer Acht gelassen werden, sondern vielmehr Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung bewirken, der sie hinzugefügt sind. Nach älterem Rechte nämlich waren alle diejenigen letztwilligen Zuwendungen ungiltig, durch welche nur einem Anderen zur Strafe für einen gewissen Fall etwas entzogen werden sollte (*poenae nomine relicta*). Man ging dabei von der Ansicht aus, daß der letztwilligen Gabe ein freies Wohlwollen gegen den Honorirten zum Grunde liegen müsse, und derjenige nicht in Wahrheit honorirt sei, der gewissermaßen nur als Mittel, einen Anderen zu strafen, gebraucht werde¹⁷⁴. Aus diesem Grunde wurde denn auch die Ernennung eines Miterben für nichtig gehalten, wenn sie nur den Zweck hatte, einem anderen eingesetzten Erben, für den Fall, daß er etwas dem Willen des Testators zuwider thue oder unterlasse, einen Theil der Erbschaft zu entziehen¹⁷⁵. Durch eine Justinianische Verordnung ist nun zwar diese Beschränkung im Allgemeinen aufgehoben¹⁷⁶. Indessen ist doch dieses davon übrig geblieben, daß die Erbeinsetzung wie das Vermächtniß ungiltig ist, wenn einem Anderen dadurch eine Beschränkung angedroht wird für den Fall, daß er etwas Unmögliches oder Gesezwidriges und Unsittliches nicht thun werde¹⁷⁷. Außerdem machen auch captatorische Bedingungen die Erbeinsetzung ungiltig, d. i. solche, welche die gegenwärtige Disposition davon abhängig machen sollen, daß künftig auch zu Gunsten des Testators oder eines Dritten durch den Eingesezten oder auch einen bestimmten Anderen eine letztwillige Verfügung getroffen werde¹⁷⁸. Solche captatorische Dispositionen sind durch einen Senatsbeschluß allgemein für

bemerkt worden. Vgl. vorzüglich Savigny a. a. D. S. 185—190., und Huschke, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. Bd. 14. S. 12. S. 334—416.

¹⁷⁴ Ulp. XXIV. 47. Gai. II. 235. 236. 288. Cf. tit. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur. 34. 6.

¹⁷⁵ Gai. II. 243.: *quamquam non immerito quibusdam placeat poenae nomine heredem institui non posse.* §. 36. J. de legat. 2. 20. *Nec heredem poenae nomine adiaci posse Sabinus existimabat.*

¹⁷⁶ L. un. Cod. de his quae poenae nom. 6. 41. §. 36. J. l. c.

¹⁷⁷ L. un. cit. in f.: *Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praeecepto servabitur.* §. 36. cit. in f. Darnach ist interpolirt L. 1. D. h. t.: *illicite vel probrose... talem poenam.* Im Falle einer in der Bedingung liegenden gesezwidrigen oder unsittlichen Auflage ließe sich die Ungiltigkeit der Verfügung, nicht bloß der Bedingung, schon aus allgemeinen Gründen wohl behaupten, wegen ihrer unsittlichen Tendenz. Im Falle einer unmöglichen Auflage (si heres impossibile quid non fecerit) müßte man der Regel nach die Bedingung als notwendige für sofort erfüllt und die Verfügung selbst als unbedingte betrachten, wenn nicht L. un. cit. ein Anderes mit sich brächte. Arndts a. a. D. S. 172. Note 13. S. 177. Savigny a. a. D. S. 202.

¹⁷⁸ L. 70. D. de hered. institut.: *Captatorias institutiones, quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis.* Cf. L. 74. §. 1. D. ibid. L. 1. in f. D. de his, quae pro non scriptis. 34. 8. Anders wenn in praeteritum, non in futurum institutio collata est. L. 74. pr. L. 81. §. 1. D. de hered. institut. L. 20. §. 2. D. de cond. institut.

nichtig erklärt worden, wegen Gefahr des Mißbrauches derselben zu trügerischer Erbſchleicherei, ohne Rückſicht darauf, ob im einzelnen Falle eine ſolche ſchändliche Abſicht dabei zum Grunde liege¹⁷⁹. Daß aber auch die einer captatorischen Diſpoſition entſprechende Erbeinſetzung oder ſonſtige Verfügung ungiltig ſei, iſt zwar wohl von einzelnen Schriftſtellern behauptet worden, wird jedoch mit Recht von den meiſten als ungegründet verworfen¹⁸⁰.

Gewiſſe Erbeinſetzungen endlich können geſetzlich überhaupt nicht an Bedingungen, außer rein poteſtativen, geknüpft werden, und da bewirkt denn wieder, einem allgemeinen Grundſatze gemäß¹⁸¹, die Hinzufügung derſelben völlige Nichtigkeit der Einſetzung¹⁸². Und allgemein unzuläſſig, außer in Soldatentestamente¹⁸³, iſt die Hinzufügung einer Reſolutivbedingung bei der Erbeinſetzung. Die Erbeinſetzung ſelbſt iſt hier unbedingt, wie es in der Natur einer Reſolutivbedingung liegt; die Nebenbeſtimmung aber, wornach die einmal wirksam gewordene Erbeinſetzung, alſo daß dadurch begründete Erbverhältniß nur bis zum Eintritte eines beſtimmten Ereigniſſes beſtehen und dann aufgelöst werden ſoll, iſt als widerſtreitend dem Grundſatze: *semel heres semper heres*, eben ſo nichtig, wie die Beſchränkung der Dauer bis zu einem beſtimmten Tage¹⁸⁴. Von Manchen iſt zwar behauptet worden, eine den Worten nach als Reſolutivbedingung erſcheinende Nebenbeſtimmung der Erbeinſetzung müſſe ſtets als entgegengeſetzte Suſpenſivbedingung aufgefaßt werden¹⁸⁵. Allein obwohl man zugeben muß, daß im einzelnen Falle wohl die Abſicht, Jemanden bedingt einzusetzen, klar erkennbar ſein könne, wo ſcheinbar eine Reſolutivbedingung vorliegt, und daß dann dieſe Abſicht auch befolgt werden müſſe, ſo kann doch nicht die Verwandlung einer wirklich beabſichtigten Reſolutivbedingung in die entgegengeſetzte Suſpenſivbedingung

¹⁷⁹ L. 70. L. 1. in f. cit., auch in Soldatentestamente. L. 41. Cod. de test. milit.

¹⁸⁰ Die gemeine Meinung iſt insbeſondere gegen Bynkershoek, de captat. institut. §. X. (opp. tom. I. p. 370.) vertheidigt von Thibaut, Verſuche, Bd. 1. S. 4. Jenem pflichtet aber bei Mühlenthal, Lehrb. §. 649, Note 9., der ſich jedoch in den Erläuter. Bd. 40., S. 227. vielmehr zu der Meinung neigt, daß dem Captans die Erbſchaft als indignus zu entziehen ſei. Dieß iſt aber nirgendwo geſagt, und bloße Analogien genügen nicht; ganz unzuläſſig aber iſt es, aus L. 1. pr. D. si quis aliquem testari prohib. 29. 6. den Satz abzuleiten, daß überhaupt das *captare hereditatem* mit jener Folge bedroht ſei, indem man aus dem Vorderſatze nur die Worte *dum captat hereditatem* nimmt, ohne die nähere Beſtimmung *legitimam vel ex testamento, sc. antea facto, etc.* Das Richtige deutet an Vangerow, Bd. 2. S. 123.

¹⁸¹ L. 77. D. de reg. iur.

¹⁸² So bei der Einſetzung des *suus heres*; aber nur civilrechtlich, nicht nach prätorischem Rechte. L. 2. §. 4. D. de b. p. sec. tab. L. 3. §. 43. D. de b. p. contra tab.

¹⁸³ L. 45. §. 4. D. de testam. milit.: *Ad tempus . . . vel in conditionem.*

¹⁸⁴ Arg. L. 45. §. 4. cit. L. 88. D. de hered. instit.

¹⁸⁵ Wening-Ingenheim, im Archiv für civ. Prag. Bd. 1. Nr. 9, Zimmermann, das. Bd. 7. Nr. 7. Mayer, Erbr. Bd. 1. §. 20. Note 5.

gestattet sein. Die Gründe, welche man für jene Behauptung anführt, beruhen auf gänzlich unpassender Benutzung verschiedener Pandektenstellen, welche von bedingter Zurücknahme unbedingt gegebener Vermächtnisse, keineswegs von Ertheilung von Vermächtnissen unter Hinzufügung einer Resolutivbedingung reden ¹⁸⁶.

b) Zeitbestimmungen. Diese sind in der Regel bei Erbeinsetzungen unwirksam, sowohl der sogenannte dies ex quo wie der dies ad quem; er wird pro non adiecto gehalten ¹⁸⁷, insofern er nicht eine Bedingung in sich schließt (dies incertus) ¹⁸⁸. Von dieser Regel gilt aber eine Ausnahme bei Soldatentestamenten ¹⁸⁹. Es kann endlich

c) auch ein Modus der Erbeinsetzung hinzugefügt werden. Bezweckt eine Auflage, die dem Erben gemacht wird, geradezu den Vortheil eines bestimmten Dritten, so ist darin für diesen ein Vermächtniß enthalten und die Verfügung nach den Regeln der Vermächtnisse wirksam ¹⁹⁰. Aber auch andere Auflagen sind möglich dergestalt, daß deren Erfüllung erwirkt werden kann, ohne daß dadurch der Erwerb der Erbschaft eigentlich bedingt wird. Vorerst kann der Testator einen indirecten Zwang zur Erfüllung ausüben, indem er für den Fall des Ungehorsams eine Mülcta androht ¹⁹¹, oder auch, was nach Justinianischem Rechte möglich ist, zur Strafe dem Ungehorsamen etwas auferlegt zu Gunsten eines Dritten ¹⁹². Außerdem können die Miterben durch das iudicium familiae erciscundae die Erfüllung der Auflage betreiben ¹⁹³; und in Ermangelung anderer Zwangsmittel kann endlich der Erbe auch durch obrigkeitliches Einschreiten extra ordinem zur Erfüllung angehalten werden ¹⁹⁴, namentlich dadurch, daß ihm die wirksame Geltendmachung seines Erbrechtes entzogen wird ¹⁹⁵; überall vorausgesetzt, daß die Auflage nichts Unmögliches, Unerlaubtes oder Unanständiges vom Erben verlange ¹⁹⁶.

So viel von der Erbeinsetzung im Allgemeinen. Ueber einige

¹⁸⁶ L. 10. 14. D. de adim. legat. 34. 4. L. 107. D. de cond. et dem. L. 6. D. quando dies. Allerdings, wenn der Testator den Titius zum Erben eingesetzt hat und dann später sagt: Titius, si... aliquid factum non fuerit, exheres esto, so ist er auch quasi sub contraria conditione instituirt, adempta sub conditione hereditate. Vgl. Thibaut, im Arch. Bd. 5. Nr. 13, und Bd. 7. Nr. 19. Bangerow, Bd. 2. S. 112—114. Mühlbruch, Bd. 40. S. 190—195.

¹⁸⁷ §. 9. J. de hered. instit. L. 34. D. eodem.

¹⁸⁸ L. 75. D. de cond. et dem. cf. L. 23. pr. D. de hered. instit.

¹⁸⁹ L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de testam. milit. 29. 1.

¹⁹⁰ L. 2. Cod. de his quae sub modo. 6. 15.

¹⁹¹ L. 6. pr. L. 27. D. de cond. et dem. 35. 1.

¹⁹² Vgl. Note 173—177.

¹⁹³ L. 18. §. 2. L. 44. in f. D. fam. ercisc. 40. 2. L. 7. D. de annuis legatis. 33. 1.

¹⁹⁴ L. 50. §. 1. D. de hered. pet. 5. 3. L. 7. D. cit.

¹⁹⁵ L. 8. §. 6. D. de cond. inst. 28. 7.

¹⁹⁶ L. 7. D. cit. in f. — Vgl. übrigenz Savigny, System, Bd. 3. S. 227. 233. 236. Mühlbruch a. a. D. S. 268—272.

besondere Arten der Erbeinsetzung vgl. (unten Nr. 40) den Art. Substitution (Vulgarsubstitution, Pupillarsubstitution, Quasipupillarsubstitution).*

38.

Ueber alternative Bedingungen der Erbeinsetzung.

Erklärung der L. 40. D. de heredibus instituendis 28. 5. **

1.

Ein Schriftsteller, dem die Wissenschaft des römischen Rechts schon manche bedeutende Förderung verdankt, wenn auch deren Pfleger nicht alle neuen Ansichten, die er ihr eröffnet, sich zu eigen machen möchten, hat uns in der Gießener Zeitschrift Bd. 12. Nr. 11. eine Erklärung des angeführten Pandekten-Fragments vorgelegt, durch welche nicht nur alle Schwierigkeiten desselben auf eine vollkommen befriedigende Weise gehoben, sondern auch bisher unbeachtete, nicht unwichtige Sätze des römischen Rechts aufgedeckt sein sollen. Doch nimmt er dieses Mal nur das Verdienst in Anspruch, die von einem ältern Schriftsteller, Heinrich von Suerin, schon erkannte und ausgesprochene Wahrheit durch eine lichtvollere Entwicklung zur Geltung zu bringen. Und nicht zu leugnen ist es, daß dieser Ausführung ein sehr bestechender Schein der Wahrheit verliehen ist, so daß es dem Leser, der sich unbefangen der Freude an einer geistreichen Lösung exegetischer Schwierigkeiten hingibt, zuerst wirklich den Eindruck macht, als ob hier ein Funke der Wahrheit „aus der Asche des Irrthums, der ihn lange verdeckte, siegreich hervorglänzte“. Dennoch glaube ich, nach wiederholter Prüfung der Sache, nachweisen zu können und will im Folgenden versuchen nachzuweisen, daß es doch eben nur Schein der Wahrheit sei, was uns dort entgegenglänzt, ein Irrlicht, das sich in unhaltbaren Argumentationen bewegt. Gelingt mir diese Nachweisung, so mögen diejenigen, welche sich mit dem Verfasser des gewonnenen Verständnisses einer vielbesprochenen Stelle freuten, mit mir durch den Gedanken sich trösten, daß die Widerlegung nur der alten römischen Jurisprudenz eine Interpretation abspreche, „die uns jetzt übermäßig subtil erscheint“. Sollte sich aber zeigen, daß ich doch einen wahren Stern nur für ein falsches Licht erkannt habe, so würde es

* Rechtslexikon III. S. 907—933. (1841.)

** Lehrb. S. 495. Ann. 3. S. 496. Ann. 3. — In Mommsen's Ausg. der Digesten erscheint diese Stelle als L. 41. D. I. c.

mich freuen, wenn der eifrig forschende Verfasser in diesen Bemerkungen Anlaß finden sollte, meinem Auge noch besser geschliffene Waffen zur Erkenntniß des Wahren in der Sache zu bieten.

Wenn Jemand den Titius, indem er ihn irrthümlich für frei hielt, zum Erben eingesetzt und ihm, mit der gewöhnlichen Formel „*si heres non erit*“, den Sempronius substituirt hat, nun aber jener auf Befehl seines Herrn die Erbschaft angetreten hat, so soll doch nach L. 40. cit., womit insoweit auch §. 4. J. de vulg. subst. übereinstimmt, der Sempronius in partem hereditatis admittirt werden. Der Theil aber, zu welchem dieser Miterbe werden soll, wird in L. 40. a. E., nach dem handschriftlichen Texte, näher so bestimmt:

Igitur in hoc casu (duo) semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur:

während doch Theophilus das „in partem admittitur“ der Institutionen so erklärt, daß der Substitut die Hälfte der ganzen Erbschaft bekomme, nicht bloß in altero semisse mit dem Herrn des Institutus concurrirre. Unser Verfasser nun findet jene auffallende Theilungsart nach dem wörtlichen Sinn des angeführten Textes vollkommen erklärlich, wenn man nur bei der Auslegung des Fragments in seinem ganzen Zusammenhange und bei Beurtheilung des darin behandelten Falles die eigenthümliche Natur alternativer Bedingungen in Erwägung ziehe. Er sucht dieses in sieben Absätzen zu entwickeln. Wir wollen diese prüfend verfolgen, indem wir eine beständige Vergleichung derselben mit diesen unseren Bemerkungen voraussetzen.

1) Es ist nichts dagegen einzuwenden, daß man eine Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen auffasse als mehrfache Erbeinsetzung derselben Person auf dasselbe Ganze unter so viel verschiedenen Bedingungen, also z. B. die Erbeinsetzung: *Si Titius aut si Seius Gaiam uxorem duxerit, Sempronius heres esto*, auflöse in diese zwei Einsetzungen:

Si Titius Gaiam uxorem duxerit, Sempronius heres esto.

Si Seius Gaiam uxorem duxerit, Sempronius heres esto.

Ich kann auch kaum glauben, daß diese Eigenthümlichkeit alternativer Bedingungen gewöhnlich übersehen worden sei, kann es aber auch nicht angemessen finden, wenn dieselbe so bezeichnet wird, „daß sie die Gültigkeit der ganzen Willenserklärung gleichsam zweimal zweifelhaft mache“. Darnach sollte man glauben, die Gültigkeit einer alternativ bedingten Willenserklärung sei doppelt so zweifelhaft, als die einer

einfach bedingten, während es sich doch gerade umgekehrt verhält, da jene in zwei Fällen wirksam wird, diese nur in einem. Eine doppelte Zweifelhafteit der Willenserklärung, könnte man vielmehr sagen, werde durch copulative Verbindung zweier Bedingungen, die unius loco habentur, bewirkt.

2) Auch die Unterscheidung zwischen alternativer und copulativer Verbindung von zwei negativen Bedingungen ist ganz gegründet, wie auch in den Quellen anerkannt; z. B. si Maevius aut sine testamento aut sine liberis decesserit, und si Maevius neque testamento neque liberis relictis decesserit, Gaius heres esto. Jedoch wenn Julian in L. 13. §. 6. D. de rebus dubiis die Bedingung: si mihi neque filius neque filia heres erit, entschieden copulativ nimmt, so findet er doch die andere: si mihi filius aut filia heres non erit, nur zweifelhaft und ungenügend (non satis voluntatem suam declaravit), insofern damit dasselbe ausgesprochen werden soll, was jene erste unzweifelhaft aussagt; er findet es nicht unmöglich, auch diesen Sinn darein zu legen, also nicht schlechtthin nothwendig, dieselbe alternativ zu erklären, wie wenn gesagt wäre: si mihi filius heres non erit, aut si mihi filia heres non erit. Es liegt allerdings am nächsten, den Satz: si mihi filius aut filia heres non erit, in dieser Weise aufzulösen; er kann aber auch wohl so verstanden werden: si mihi heres non erit filius aut filia, oder si mihi non (nisi mihi) aut filius aut filia heres erit, d. h., „wenn mich keiner der eingesetzten beerben sollte, es sei Sohn oder Tochter“, oder „wenn mich nicht entweder ein Sohn oder eine Tochter beerben wird“. Es kommt nämlich nur darauf an, welche unmittelbare Beziehung der Negation gegeben ist. Wenn z. B. verfügt wäre: Titius heres esto; si non Stichum aut Pamphilum Titius manumiserit, Gaius heres esto, so würde man dieses gewiß nicht anders auslegen, als hieße es: si neque Stichum neque Pamphilum manumiserit. Hätte dagegen der Testator gesagt: si Stichum aut Pamphilum non manumiserit, so würde man geneigter sein zu erklären: si Stichum non manumiserit aut si Pamphilum non manumiserit, oder: si non et Stichum et Pamphilum manumiserit. Doch könnte auch dieses unter Umständen füglich eben so wie jenes erklärt werden, wenn z. B. der Testator verordnet hätte: Titius heres esto; Stichum aut Pamphilum manumitti desidero; si Titius Stichum aut Pamphilum non manumiserit, Gaius heres esto. Hier würde die Beziehung zu der vorhergehenden Verfügung mit höchster Wahrscheinlichkeit ergeben, daß auf das „non manumiserit“ der stärkere Nachdruck

zu legen, und Stichum aut Pamphilum gewissermaßen als nur ein Object aus dem vorigen Satz dabei wiederholt sei: si non manumiserit, sc. aut Stichum aut Pamphilum. Ebenso könnte auch umgekehrt das „si non Stichum aut Pamphilum manumiserit“ so erklärt werden, wie: si aut Stichum aut Pamphilum non manumiserit, oder si non et Stichum et Pamphilum manumiserit; z. B. wenn die Verfügung vorhergegangen wäre: Stichum et Pamphilum manumitti volo. Demnach ist es nicht gegen den Wortsin, wenn Julian in L. 13. cit. die Worte: si mihi filius aut filia heres non erit wirklich gleichbedeutend erklärt mit: si mihi neque filius neque filia heres erit; es ist dieß eine den Worten nach wohl mögliche, aber durch dieselben nicht zunächst gegebene Erklärung, welche sich auf die Vermuthung gründet, daß der Testator sein Kind, Sohn oder Tochter, wohl jedenfalls dem Fremden vorgezogen haben wolle.

3) Daß, wenn Jemand unter alternativen Bedingungen zum Erben eingesetzt worden, genau genommen die Sache so anzusehen sei, als habe der Testator einen doppelten as, also zwei semisses für dieselbe Person gemacht, ist eine Vorstellung, die dem Verfasser freilich für die Vorbereitung des Folgenden wesentlichen Dienst leistet, in der That aber eines haltbaren Grundes ganz entbehrt. Wenn Jemand einen Erben ex asse unter einer einfachen Bedingung eingesetzt hat, so will er, daß derselbe nur in diesem einen Falle, unter Voraussetzung der Erfüllung dieser einen Bedingung, zur Erbschaft gelange; hat er ihn unter alternativen Bedingungen eingesetzt, so will er ihn zum Erben ex asse haben nicht nur in dem einen Falle, oder schlechthin unter Voraussetzung der Erfüllung einer Bedingung, sondern ebenso gut auch, wenn gleich diese nicht eintreten sollte, in dem andern Falle. Das ist der klare und einfache Sinn jener Anordnung. An eine doppelte Verleihung oder eine Theilung in der Verleihung ist dabei nicht zu denken; es ist Verleihung desselben Ganzen, die sowohl in dem einen als in dem andern Falle statthaben soll, und weil eben der Testator durch seinen Willen in jedem dieser Fälle, auch wenn der andere nicht eintreten mag, das Ganze verleiht, so ist schon deshalb der Gedanke an ein ius accrescendi, wodurch den andern Theil der eingesetzte Erbe gleichsam von sich selbst erwürbe, ganz unstatthaft, abgesehen davon, daß dieses „streng genommen auch wieder aus einem höheren Grunde nicht richtig ausgedrückt (wäre), weil das ius accrescendi das Ausfallen einer fremden Erbportion voraussetzt“. Noch einleuchtender ist alles dieß, wenn man ein Versprechen unter alternativen Bedingungen mit der

fraglichen Erbeinsetzung vergleicht, z. B. (nach L. 63. 129. D. de V. O.) „Centum dabis, si navis venerit aut si Titius consul factus fuerit? Dabo“, welches man auch in zwei Versprechen auflösen kann, wie die alternative Erbeinsetzung in zwei Einsetzungen:

Centum dabis, si navis ex Asia venerit? Dabo.

Eosdem centum dabis, si Titius consul factus fuerit?

Dabo.

Wem möchte es hier aber einfallen, an eine Theilung des Gegenstandes für die verschiedenen Fälle zu denken? und sollte man auch hier gewissermaßen ein *ius accrescendi* zu Hilfe nehmen? Vielmehr ist klar, weil das Ganze schon für jeden einzelnen dieser Fälle versprochen worden ist: *sufficit unum factum*, und *ultra prius conditio extitisset, stipulatio committetur et amplius committi non potest*. Eben so bei der alternativ bedingten Erbeinsetzung. Weil der Erblasser nur die Erfüllung einer von mehreren Bedingungen, der einen oder der andern, verlangt, damit der Eingesezte die ganze Erbschaft erwerben könne, „so werden wir, auch wenn nur eine von mehreren alternativen Bedingungen eingetreten ist, uns so ausdrücken müssen: die andere sei nun überflüssig (*sufficit unum factum*), der Eingesezte vermöge der einen allein Erbe geworden“. Indessen es soll jene Art, sich die Einsetzung unter alternativen Bedingungen in verschiedene aufzulösen, alsdann ihre praktische Bedeutung zeigen, wenn dem so Eingesezten ein anderer Erbe hinzugefügt ist. Sehen wir, wie?

4) Wenn der Testator verordnet hat: *Titius heres esto; quodsi Titius sine testamento vel sine liberis decesserit, Gaius heres esto*, so liegt hier zweifelsohne keine reine Substitution vor, sondern eine *adiectio heredis* für den Fall, daß Titius die Erbschaft schon erworben hat, und nun das eine oder andere in der Bedingung alternativ gesetzte Ereigniß eintritt. „Da nun aber, so folgert Huschke, eine Einsetzung mit alternativen Bedingungen eigentlich zwei Einsetzungen enthält, und für beide Titius mit Gaius concurrirt, so ist jene Einsetzung so aufzulösen:

Titius heres esto; si Titius sine testamento decesserit,
Gaius heres esto.

Titius heres esto; si Titius sine liberis decesserit,
Gaius heres esto“.

Allein angenommen, daß die alternativ bedingte Einsetzung im Sinne des Verfassers zwei Einsetzungen enthalte, so ist doch der Satz, daß für beide Titius mit Gaius concurrirt, durch das Vorhergehende

nicht begründet; er enthält, so viel ich sehe, nur ein Postulat desjenigen, was zu beweisen war, eine versteckte *petitio principii*.

Wir haben aus dem Vorhergehenden noch nichts anderes entnehmen können, als daß Gaius dem Titius *adjicirt* wird, also mit diesem in der Erbschaft concurrirt, nicht denselben verdrängt. Titius ist vorerst allein zu der ganzen Erbschaft berufen; unter alternativer Bedingung ist ihm der Gaius zum Miterben gegeben, beschränkt ihn also, wenn die Bedingung seiner Einsetzung erfüllt wird; wäre nun die alternativ bedingte Einsetzung des Gaius als eine zweifache Einsetzung anzusehen, so würde man sagen müssen, Gaius sei dem Titius zweimal, jedesmal unter einer andern Bedingung, als Miterbe *adjicirt*. Es ist aber nicht einzusehen, warum die nur der *adiectio* hinzugefügte alternative Bedingung nun auch auf die unbedingte Einsetzung des Titius dergestalt zurückwirken sollte, daß diese ebenfalls in zwei Einsetzungen aufzulösen wäre, jede für eine Hälfte der Erbschaft, auf deren jede man denn eine *adiectio* zu beziehen hätte. Es möchte vielmehr obige Verfügung so aufgelöst werden müssen:

1) Titius heres esto.

2) a) Si Titius sine testamento decesserit, Gaius heres esto.

b) Si Titius sine liberis decesserit, Gaius heres esto.

wobei das „Titius heres esto“ nicht wiederholt ist. So lägen drei Erbeinsetzungen vor, eine unbedingte, des Titius, und zwei bedingte, des Gaius; und es könnte, wenn die beiden Bedingungen erfüllt werden, wohl eher die Frage entstehen, ob nicht Gaius als zweimal eingesetzter $\frac{2}{3}$ des Ganzen, Titius nur $\frac{1}{3}$, bekommen müsse, eben so, als wenn in der dritten Einsetzung ein anderer als der Gaius genannt wäre. Dieser, doch gewiß der Absicht des Testators nicht entsprechenden, Annahme könnte man freilich wieder die Bemerkung entgegenstellen, die beiden sub 2. a. und b. unterschiedenen Erbeinsetzungen seien doch offenbar als *coniunctae* zu behandeln, und es falle auf dieselben zusammen genommen nur die Hälfte der Erbschaft, wie in dem Falle: Titius heres esto; Gaius et Seius (dafür hier Gaius, si Titius sine testamento decesserit, et Gaius, si Titius sine liberis decesserit) heredes sunt, die beiden letzten zusammen nur die Hälfte der Erbschaft ansprechen könnten. Unbedenklich aber wäre, so scheint es, anzunehmen, daß, wenn die eine der bedingten Einsetzungen sub 2. wegfalle, auf die andere die Hälfte der ganzen Erbschaft komme, man möchte dieß nun auf ein der Institution des Titius und der übrig bleibenden Institution des Gaius gleichmäßig zu Statten kommendes *ius accrescendi*

zurückführen, indem man die drei Erbeinsetzungen alle gleichgestellt hielte, oder nur den Gaius, als mit sich selbst coniunctim eingesetzten Erben, gleichsam von sich selbst iure accrescendi die andre Hälfte der den verbundenen Erbeinsetzungen zukommenden Hälfte der ganzen Erbschaft hinzu erwerben lassen.

Da in unserem Falle die alternative Bedingung sich auf die Erbeinsetzung des Titius gar nicht bezieht, sondern nur auf die des Gaius, so hätte der Verfasser von den unter 1—3 von ihm aufgestellten Ansichten consequent nur in diejer Weise Anwendung machen können: „Wenn Jemand einem heres ex asse ohne nähere Bestimmung des Erbtheils adijcirt ist, so kommt ihm die Hälfte der Erbschaft zu; diese ist also das Ganze, worauf in unserem Falle Gaius eingesetzt ist. Da aber die Einsetzung desselben alternativ bedingt ist, so ist dieß so zu nehmen, als wäre er unter einer Bedingung auf die eine Hälfte dieses Ganzen oder $\frac{1}{4}$ der Erbschaft eingesetzt, unter der andern Bedingung auf die andere Hälfte desselben Ganzen oder ein anderes $\frac{1}{4}$ der Erbschaft“. Wird nun eine Bedingung nicht erfüllt, so könnte der Verfasser dann etwa weiter argumentiren, so fällt für dieses Viertel die adiectio weg, und bekommt also Gaius nur $\frac{1}{4}$, Titius aber $\frac{3}{4}$ der Erbschaft. Allein abgesehen davon, daß diese ganze Argumentation nur von der selbst unhaltbaren Ansicht, die wir unter 3. besprochen, gehalten wird, so wäre doch auch der Schluß selbst darnach nicht einmal consequent. Man wäre berechtigt zu fragen, warum denn hier der Gaius in Ansehung des Ganzen, welches ihm als adiectus zugebracht war, nicht auch „gleichsam von sich selbst iure accrescendi“ erwerben solle? ob man nicht auch hier consequent sagen müsse: wenn nur eine von den alternativen Bedingungen eingetreten, so sei die andere nun überflüssig; der eingesetzte vermöge der einen allein adiectus, und als solcher zu dem Theile Erbe geworden, welcher dem adiectus nach allgemeiner Annahme (nämlich $\frac{1}{2}$) oder nach besonderer Bestimmung des Testators (wenn dieser etwa den Erbtheil selbst angegeben hätte) zukomme? Ob Jemand als alleiniger Erbe oder als Miterbe unter alternativen Bedingungen auf ein bestimmtes Ganze berufen ist, kann doch diesen Unterschied nicht machen?

In der That, betrachten wir die Sache unbefangen, aus jenen dieselbe verwickelnden Deductionen uns herauswindend, so erscheint das Ergebnis, welches der Verfasser dadurch gewinnt, der Natur der Sache völlig zuwider. — Gaius wird unbedingt dem Titius adijcirt, ohne Bestimmung des Erbtheils, so bekommt er die Hälfte der Erbschaft;

er wird unter einer einfachen Bedingung adjicirt, dann bekommt er existente conditione ebenfalls die Hälfte. Er wird alternativ unter zwei, drei, vier verschiedenen Bedingungen adjicirt; dadurch, sollte man glauben, würde ihm eine sicherere Aussicht auf Erwerbung desselben Antheils gegeben, als im vorigen Falle (vgl. oben Nro 1.); aber nein! es sollen nun alle diese Bedingungen erfüllt werden, damit er die Hälfte bekommen könne! — Das Widersinnige dieser Annahme tritt noch greller hervor, wenn man den Fall setzt, daß der Testator den Erbtheil des Adjectus selbst ausdrücklich festgesetzt habe, in welchem Falle doch consequent dasselbe gelten müßte, wie da, wo dieses nicht geschehen ist; und wenn man dann noch bedenkt, daß dieselben Grundsätze bei jeder beliebigen Art von alternativen Bedingungen, auch bei solchen, die auf den Vor-Eingesetzten gar nicht Bezug haben, anzuwenden wären, und ebenfalls nichts darauf ankäme, ob die eine oder die andere Einsetzung vor oder nachstehe, wie Huschke in der Anmerkung S. 399. ausdrücklich einräumt, und consequent auch einräumen muß. Also z. B.

Titius heres esto; si Seius aut Sempronius aut Maevius aut Lucius consul factus fuerit, Gaius pro parte tertia heres esto; wenn nur Seius Consul wird, so bekommt Gaius nur $\frac{1}{12}$ der Erbschaft! oder

Titius heres esto. Si Gaius aut Luciam aut Semproniam uxorem duxerit, Gaius pro parte tertia heres esto.

Gaius muß beide heirathen, oder er bekommt statt $\frac{1}{3}$ nur $\frac{1}{6}$. Wie verträgt sich damit L. 17. D. de conditionibus institutionum?

Si plures institutiones ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint: conditio, quae prior extitit, occupabit institutionem;

und L. 27. §. 1. 2. D. de heredibus instituendis?

§. 1. Sed si te heredem instituero et deinde eundem te sub conditione instituam, nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisse.

§. 2. Sed si plures institutiones ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint factae, utra prior conditio extiterit, id faciet, quod supra diximus, si pure et sub conditione idem instituatur;

da doch (nach Nro. 1.) die alternativ bedingte Einsetzung soll gleichzuachten sein mehreren Einsetzungen (es versteht sich: ex eadem parte) sub diversis conditionibus?

Indessen doch auch einen Quellenbeweis für seine „freilich schon

durch sich selbst klaren Sätze“ glaubt Gutschke erbracht zu haben. — Zu-
vörderst L. 13. §. 6. D. de reb. dub. — Julian sagt:

potest autem interdum superior scriptura (*si mihi filius aut filia heres non erit*) esse necessaria, si quis, cum filium et filiam habeat, utrumque heredem instituere velit, sed, sive alter heres futurus sit, extraneum miscere, sive neuter, extraneum substituere.

Nicht ohne Schein bemerkt dazu Suerin: Mit dem „extraneum miscere“ könne nicht gemeint sein, daß der Fremde dem allein erbenden Sohne (oder der Tochter) zur Hälfte Miterbe werden solle; „denn alsdann, sagt Gutschke, wäre er wahrer Substitut des Sohnes oder der Tochter, wie in dem gewöhnlichen Falle: A, B, C, heredes sunt; si quis eorum heres mihi non erit, Titius heres esto, und Julian hätte nicht das miscere dem substituere entgegengesetzt, sondern sich so ausdrücken müssen: „sive alter sive neuter heres futurus sit, extraneum substituere“. Allein ist nicht der Fremde in jedem Falle doch Substitut des nicht erbenden Kindes, wenn er auch nicht den ganzen Erbtheil desselben bekommt? Adjectus kann er doch nur in Beziehung zu dem wirklich erbenden Kinde genannt werden. Es ist also jedenfalls doch kein reiner Gegensatz in den Begriffen miscere und substituere. Es läßt sich aber sehr wohl erklären, wie der Jurist dazu gekommen, diese Worte hier einander entgegenzustellen. Er hatte die Erbeinsetzung der Kinder als eine eng verbundene betrachtet; den Kindern stellt er den Fremden gegenüber, der, wenn jene Erbeinsetzung ganz wegfällt, jenen substituirt, wenn nur eins der Kinder nicht erbt, dem übrigbleibenden zugesellt sein soll; in dem einen Falle tritt nur der zweite Grad der Erbeinsetzung, die Substitution, in Wirksamkeit; in dem andern Falle wird der im zweiten Grad eingesetzte Erbe gewissermaßen in den ersten hinaufgeschoben (miscetur). Doch nach unserem Verfasser „erhält das miscere einen sehr guten Sinn, wenn wir den Fall nach den über die adiectio heredis sub conditione alternata gewonnenen Grundsätzen behandeln“ — allerdings, wenn nur diese Grundsätze wirklich gewonnen sind. — „Alsdann ist nämlich diese Einsetzung so aufzulösen:

- 1) Filius et filia heredes sunt; si filius heres non erit, Titius heres esto.
- 2) Filius et filia heredes sunt; si filia heres non erit, Titius heres esto“.

Hier begegnen wir wieder dem schon oben gerügten Fehler, daß auch die erste Einsetzung, die des Sohnes und der Tochter, wiederholt

wird, obgleich diese nicht alternativ bedingt ist. Es müßte vielmehr so aufgelöst werden:

1) *Filius et filia heredes sunt*; oder: *filius heres esto, filia heres esto.*

2) a. *Si filius heres non erit, Titius heres esto.*

b. *Si filia heres non erit, Titius heres esto.*

Würde man aber nicht ganz eben so auch diese Einsetzung auflösen können?

Filius et filia (oder auch Gaius et Sempronius) heredes sunt; si quis eorum (alteruter) heres non erit, Titius heres esto?

In diesem „gewöhnlichen“ Falle würde aber doch wohl Niemand behaupten, daß Titius nur $\frac{1}{4}$ der Erbschaft erhalte, wenn Gaius oder Sempronius wegfällt.

Man wird nun auch leicht einsehen, daß „die bloße Hindeutung auf denselben Grundsatz“, die in L. 85. de hered. instit. enthalten sein soll, nichts zu bedeuten habe. Niemand wird den Unterschied verkennen, welcher zwischen *Substitutio* und *Adjectio* besteht, und zwischen der Bedingung *si neque hereditatem adire voluerit potueritve, neque liberos ex se natos habebit*, und der andern *si mihi heres non erit aut si liberos non habebit*. Aber zu welchem Theile der *Adiectus* erbe, wenn er als solcher anzusehen ist, darüber findet sich nichts, und man ist daher nicht berechtigt anzunehmen, daß in dem Falle der L. 85., wenn nur eine der alternativen Bedingungen erfüllt worden, die beiden Sklaven als *adiecti* zusammen genommen nur $\frac{1}{6}$ bekommen hätten — „was Scävola nicht sagt“, und was auch aus dem Obigen nicht folgt. — Eben so verhält es sich mit L. 6. Cod. de institut. et subst. „Zu welchem Theile er (nach der von Justinian in dieser Constitution erwähnten und aufgehobenen Meinung) *adiectus* werde oder ihm herausgegeben werden müsse, wird nicht bemerkt, da es hierauf bei Abschaffung des ganzen Grundsatzes nicht ankam; aus dem Obigen ergibt sich aber“ (nach unserer Ausführung nicht), „daß dem Substituten ein Viertel zugesprochen war“. (Huschke S. 403.)

Einen positiven Beweis für die von ihm angenommene Bestimmung der Erbtheile im Fall einer *adiectio heredis* hat Suerin in L. 32. D. de vulg. et pup. subst. zu finden geglaubt. „Sed et hoc, sagt er (bei Otto thes. IV. p. 62.), *ignorasse videntur, eo modo adiectum heredem non adimere ius accrescendi, quod habet heres existens in portione non existentis, sed adiungere alium heredem, qui cum illo in dividenda portione deficientis heredis concurrat, quod optime*

colligitur ex L. 32. D. de vulg. et pup.; und weiter p. 64., sciendum est veteres hac conceptione, si ille aut ille heres non erit, adiecisse heredem, non substituisse, et adiecisse in eam partem, quae non agnoscebatur — — alias dicendum esset substitutionem proprie esse. — — Et haec ita esse apparet ex L. 32. D. de vulg. et pup., ubi, si Attius heres non esset, coheredibus eius adiectus est extraneus, qui tamen Attianam partem tantum cum illis dividit; ubi, si substitutus fuisset, Attianam partem solus habiturus esset“. Es läßt sich aber schon deshalb, weil Huschke von diesem Argument keinen Gebrauch gemacht hat, erwarten, daß dasselbe wohl nicht Stich halten werde. Und so ist es. L. 32. cit. enthält nämlich folgenden Fall:

Qui complures heredes ex disparibus partibus instituerat, et in his Attium, si Attius non adierit, ceteros ex iisdem partibus, quibus instituerat, heredes ei substituerat; deinde si Attius non adisset, Titium coheredem eis, qui substituti sunt, adiecit: quaesitum est, quam partem is, et quam ceteri habituri essent?

Von einem ius accrescendi der übrigen Erben, in Ansehung des Erbtheils des Attius, kann hier gar nicht Rede sein, weil jene diesem ausdrücklich nach Verhältniß ihrer Institutions-Portionen substituirt worden sind. Unzweifelhaft ist aber auch der Titius eben so gut Substitut des Attius, wie die Instituti, denen er als Miterbe adiecit worden ist, und zwar eben nur in Rücksicht der Erbportion des Attius adiecit ist, wie die Worte „coheredem eis, qui substituti sunt, adiecit“, zeigen, und im Folgenden die Entscheidung „Titium partem quartam Attianae partis habiturum“; denn daß er als Substitut nothwendig den ganzen Erbtheil des Attius haben müsse, obwohl andere neben ihm substituirt sind, wie möchte man das behaupten? Die Schwierigkeit, welche in dem Falle der L. 32. gefunden wurde, war einzig die, wie es zu vereinigen sei, wenn der Testator erst die Instituti ex iisdem partibus, quibus instituerat, und nachher mit ihnen doch auch noch den nicht instituirten Titius substituirt hat; der Jurist beseitigt die Schwierigkeit, indem er zuerst Viril-Portionen für Alle annimmt, dann aber die auf die Instituti fallenden Viril-Portionen zusammengenommen unter diese wieder nach Verhältniß ihrer Institutions-Portionen vertheilt.

5) Nach diesen Vorbereitungen kann ich mir nun nicht viel Erfolg versprechen von dem Versuche unseres Verfassers „in dem Gedankengange

der L. 40. sich zurechtzufinden“. Freilich die Bedingung *si heres non erit* kann auf doppelte Weise verstanden werden: „nach dem bloßen Factum der Antretung (*heres est*: so viel als: er tritt an und bewirkt damit, daß die Einsetzung überhaupt Erfolg hat, ohne jedoch selbst Erbe zu werden), und nach der Wirkung (so viel als: er tritt so an, daß er selbst Erbe wird)“. Wenn man nun hiernach annehmen darf, daß jene Bedingung, obgleich einfach lautend, doch eigentlich eine doppelte Bedingung in sich schließt“, oder mit andern Worten (S. 406), „daß jener Ausdruck eigentlich zwei Bedingungen in sich schließt“, so kommt gewiß viel darauf an, „ob diese als alternative (*si ipse heres factus non est vel dominum heredem non fecerit*) oder als copulative (*si neque ipse heres factus est, neque dominum heredem fecerit*) gedacht werden“. Daß jedoch „im erstern Falle, wenn nur die eine Bedingung eingetreten wäre (und es kann ja nur die eine eintreten), der Institut zufolge Nro. 4. durch die Antretung $\frac{3}{4}$ erwerben, und nur $\frac{1}{4}$ an den Substituten fallen würde“, das haben wir bisher noch nicht einsehen können, so richtig es ist, daß „im zweiten Falle dagegen nur entweder der Institut (nämlich er selbst oder durch ihn der Herr) oder der Substitut *ex asse* Erbe werden“ könnte, daß also „die fragliche Substitution nur bei copulativem Verständniß (*si neque — neque*) eine wirkliche Substitution“ wäre, „und dagegen, wenn die Bedingungen alternativ verstanden werden, die bloße Natur einer *adiectio heredis*“ haben würde.

Die ganze Ausführung leidet aber noch an einem andern Gebrechen. Wenn nämlich die Bedingung *si heres non erit* auf doppelte Weise verstanden werden kann, so kann doch nicht füglich das eine und das andere, was sie nach Verschiedenheit der Auslegung bedeuten kann, zusammengenommen als Inhalt der Bedingung angesehen und so aus einer doppelte Auslegung gestattenden Bedingung eine doppelte Bedingung gemacht werden. Dieß aber ist, wenn ich recht sehe, in obiger Ausführung geschehen. Die fragliche Bedingung kann verstanden werden, entweder nach der Wirkung — wenn nicht er selbst Erbe wird, d. h. nicht für sich die Erbschaft erwirbt, — oder nach dem bloßen Factum der Antretung — wenn er die Erbschaft nicht antritt, weder für sich noch auf Befehl eines andern. — Zwischen diesen beiden Auslegungen ist zu wählen; nach beiden aber erhält man nur eine ausschließliche Bedingung; im ersten Falle: *si hereditatem sibi ipsi non acquirit*, im andern: *si hereditatem non adierit, sc. nec sua voluntate nec iussu alterius*; in keinem Falle stellt sich eine alternative Bedingung heraus.

Doch gehen wir weiter, der Vollendung der Erklärung entgegen.

6) „Nun sagt Julian: wenn der Testator Jemand, von dem er weiß, daß er Sklave ist, eingesetzt hat, so muß man annehmen, er habe sich die in dem *si heres non erit* liegenden beiden Bedingungen *copulativ* gedacht (*si neque ipse heres erit neque alium heredem fecerit*): hier könnte also der Substitut nur, wenn der Institut überhaupt nicht angetreten hätte, und zwar dann *ex asse*, Erbe werden“. Dieß ist der Sache nach richtig. „Wenn dagegen der Erblasser einen Freien einzusetzen glaubte, so muß man die Bedingungen *alternativ* nehmen“, (der Grund dafür wird nachher unter Nro. 7. erklärt) mithin die Erbsetzungen so auflösen:

- 1) Titius heres esto; si Titius sibi non adquisierit, Sempronius heres esto.
- 2) Titius heres esto; si Titius alium heredem non fecerit, Sempronius heres esto.

„Da nun, fährt der Jurist fort, im vorliegenden Falle der Testator glaubte, Titius wäre ein freier Mensch, und dieser Titius im vorliegenden Falle nicht selbst Erbe geworden, sondern einen andern zum Erben gemacht hat, so entstehen zwei Hälften der Erbschaft; für die eine ist die Bedingung des Substituten eingetreten; hier concurrirt er also mit dem Institut — — —. Was aus der andern Hälfte wird, sagt Julian nicht; allein es versteht sich für den, der die Natur der *adiectio heredis sub conditione alternata* kennt, — und sie war den römischen Juristen etwas ganz Geläufiges — von selbst, daß, da hier die Bedingung des Substituten fehlgeschlagen ist, der Herr des eingesetzten Sklaven sie ausschließlich bekommt“.

So Huschke S. 407. 408. So also wäre das Räthsel gelöst? Blicken wir aber zurück auf unsere Erörterungen unter 1—5, so muß uns das, was Julian gesagt haben soll, erst recht als Räthsel erscheinen. Mit der angeblichen Natur der *adiectio heredis sub conditione alternata* verhält es sich nicht so, wie hier vorausgesetzt wird. Unbefugt ist es, wenn man auch eine alternative Bedingung der Substitution zugibt, diese auf die Einsetzung des Titius zurückzubeziehen, und indem man auch diese in zwei Erbsetzungen auflöst, eine Theilung der Erbschaft in zwei Hälften zu supponiren. Man könnte vielmehr nur etwa so auflösen:

- 1) Titius heres esto.
- 2) a) Si Titius hereditatem sibi non adquisierit, Sempronius heres esto.

b) Si Titius alium heredem non fecerit, Sempronius heres esto; wornach man denn auf keine Weise zu jenem Resultat gelangen würde. Zudem ist, nach Nro. 5., eine alternative Bedingung wirklich nicht auszufinden, die man in mehrere Bedingungen zerlegen könnte; es ist entweder nur die Bedingung gesetzt: si Titius sibi non adquisierit, oder nur die Bedingung: si neque sibi adquisierit neque alium heredem fecerit.

Uebrigens weicht hier Guschke's Darstellung wesentlich ab von der Argumentation, deren sich Suerin bedient, und es finden auf die letzte die obigen Gegenbemerkungen nicht durchaus Anwendung. Suerin nämlich vergleicht die fragliche Erbeinsetzung und Substitution mit dieser:

Gaius et Seius heredes sunt; si mihi Gaius aut Seius heres non erit, Sempronius heres esto.

Er nimmt also nicht nur eine Substitution unter alternativer Bedingung an, sondern er findet auch in der Einsetzung des für frei gehaltenen eine doppelte Einsetzung, nämlich des eingesetzten selbst und desjenigen, in dessen Gewalt er sich mutata conditione befinden möge, woran denn eben auch die doppelte Substitution sich anschliesse. Nam, fährt er nun fort, et hic Seio omittente hereditatem, Sempronius in partem dimidiam hereditatis concurreret, ita ut ea inter ipsum et Gaium divideretur et alter semis totus ad Gaium pertineret; und eben so bemerkt er weiter unten: veluti in hac formula: si vel Titius heres non erit, vel Seius heres non erit; nam si Titius heres non sit, etsi Seius sit, tamen Titius in partem admittitur; und gegen das Ende seiner Abhandlung: sciendum est veteres in hac formula: si ille aut ille heres non erit, adiecissee heredem, et adiecissee in eam partem, quae non agnoscebatur; und dieses eben ist es, was er durch L. 32. D. de vulg. et pup. zu beweisen glaubt. Guschke dagegen nimmt auf eine schon in der Institution liegende Mehrfachheit keine Rücksicht, sondern leitet seine Erklärung bloß aus der alternativen Bedingtheit der Substitution ab, und nimmt daher, nach seiner Erklärung consequent, dieselbe Art der Theilung auch in dem Falle an, wenn Jemand nicht als Substitut (unter der Bedingung si heres non erit institutus), sondern unter irgend andern, die Person des andern Institutus gar nicht betreffenden alternativen Bedingungen diesem als Miterbe hinzugefügt ist. Es ist aber auch die Unhaltbarkeit von Suerin's Argumentation leicht nachzuweisen. Vorerst hat er schon in seiner Vergleichung fehlgegriffen. Denn soll auch die Institution „Titius heres esto“ in zwei verschiedene Einsetzungen aufgelöst werden,

so können diese doch nur alternative sein, von denen die eine die andere ausschließt, etwa in dieser Weise:

Titius aut is, quem Titius mutata conditione heredem fecerit, hereditatem obtineto;

also zu vergleichen etwa diesem Falle:

Seius aut Gaius heres esto, z. B. uter prior ad funus meum venerit.

Wie aber wollte man in diesem Falle, wenn nun die Substitution hinzugefügt wäre:

Si Gaius aut Seius heres non erit, Sempronius heres esto, dazu kommen, so, wie Suerin es angibt, zu theilen? Zudem aber ist es auch unerwiesen, daß in dem Falle

Gaius et Seius heredes sunt; si Gaius aut Seius heres non erit, Sempronius heres esto

so zu theilen sei; es wäre diese Verfügung vielmehr folgendermaßen aufzulösen:

Gaius heres esto.

Seius heres esto.

Si Gaius heres non erit, Sempronius heres esto,

Si Seius heres non erit, Sempronius heres esto,

und darnach würde jedenfalls, wenn Gaius oder Seius nicht Erbe würde, dem Sempronius die Hälfte der ganzen Erbschaft zugesprochen werden müssen. Daß L. 32. cit. zu Annahme einer andern Theilung nicht berechtige, ist schon oben unter 4. dargethan.

Sowohl Suerin's als Huschke's Darstellung steht endlich gemeinschaftlich auch noch dieses entgegen, daß sie die Alternative von Bedingungen, die sie zuerst aufstellen, um sie zur Erklärung zu führen, sofort zur Hälfte wieder aufheben müssen, um nicht zu viel zu erklären. Wenn der Institutus selbst Erbe wird, also die zweite alternative Bedingung (si alium heredem non fecerit) fehlgeschlagen ist, dann soll der Substitut nicht zur Theilung zugelassen, sondern ganz ausgeschlossen werden („als wenn der Institut eine doppelte Person vorstellte, die, welche Erbe wird, und die, welche Jemand, nämlich sich selbst, zum Erben macht“, nach Huschke; oder nach Suerin: „sustinet enim liber homo duas personas et heredis instituti ut heredis effecti: aequae est enim ad conditionem deficientem, si se ipsum ac si alium heredem faciat“). — Eine neue Künstlichkeit! Hätte sie nicht zur Erkenntniß führen sollen, daß hier von alternativen Bedingungen nicht die Rede sein könne? Man denke nur, die Verfügung:

Titius heres esto; si Titius heres non erit, Gaius heres esto müßte nach jener Erklärung eigentlich so aufgefaßt werden:

Titius heres esto. Si Titius ipse heres non erit, aut si nec ipse heres erit, nec alium heredem faciet, Gaius heres esto.

Es würde so das copulative nec — nec zuerst aus dem heres non erit ausgestoßen, dann in den zweiten Theil der Alternative wieder hineingeschoben, und so würden auf eine gewiß sonderbare Weise die beiden möglichen Auslegungen des si heres non erit mit einander verbunden.

Aber bei Allem diesem, wenn Julian doch sagt, was ihm beigelegt worden ist? Es ist nicht zu verkennen, daß seinen Worten ein sehr befriedigender Zusammenhang verliehen wäre, wenn die Grundsätze, die zur Erklärung herbeigezogen sind, in sich richtig wären; das Fragment enthielte dann offenbar eine Anwendung und Bestätigung dieser Grundsätze. Aber jene Voraussetzung ist auch nothwendig, um dieses sagen zu können. Um zu erklären, warum in dem vorgelegten Falle potest dici, Sempronium in partem hereditatis admitti, bemerkt Julian:

nam qui scit aliquem servum esse, et eum heredem scribit, et ita substituit, si Stichus heres non erit, Sempronius heres esto, intelligitur tale quid dicere: si Stichus neque ipse heres erit neque alium heredem fecerit.

So weit ist Alles klar; es ist begreiflich, daß man bei wissenschaftlicher Einsetzung eines Sklaven die Substitutionsbedingung unbedenklich so interpretiren sollte, wenn weder durch ihn sein Herr, noch, freigeworden, er selbst Erbe werden sollte, da es ja der Vorstellung des Testators sogar zunächst vorschweben mußte, daß das erste in Folge der Erbeinsetzung der Fall sein werde. Er fährt fort:

At qui eum, quem liberum putat esse, heredem scripserit, hoc sermone si heres non erit, nihil aliud videtur significare, quam si hereditatem vel sibi acquisierit (hier erfordert der Gedanke unzweifelhaft eine Negation) vel mutata conditione alium heredem non fecerit: quae adiectio ad eos pertinet, qui patres-familias heredes scripti postea in servitutem deducti fuerint.

Hier fällt auf die veränderte Form, vel non — vel non, statt nec — nec. Sie kann leicht den Gedanken erregen, ob nicht gerade hierin der Gegensatz zu dem vorhergehenden Falle liege. Aber verfolgt man denselben, so stößt man eben auf die Schwierigkeit zu erklären, wie nach der Willensmeinung des Testators in der Bedingung si heres non erit je eine solche alternative Bedingung liegen könne; in jenen Worten kann sich doch nur entweder die Willensmeinung ausdrücken,

die Bedingung zu setzen: *si hereditatem sibi non adquisierit*, oder diese, doppelt, nicht alternativ, zu bedingen: *si nec sibi hereditatem adquisierit nec mutata conditione alium heredem fecerit*.

Nicht ohne Grund möchte man hier die erste Erklärung vorziehen wollen und die Substitution schon eintreten lassen, wenn nur der Institut nicht für sich selbst die Erbschaft erwerben sollte. Denn der Testator, könnte man sagen, habe sich bei Einsetzung desjenigen, den er für frei gehalten, doch gewiß gedacht, dieser werde auch selbst Erbe werden, oder die Institution ganz wegfallen, den Fall aber, daß der eingesetzte *mutata conditione* einem Andern die Erbschaft zubringen könne, als einen ungewöhnlichen wohl schwerlich beachtet. Nähme man nun diese Auslegung an, so würde dann zwar die Bedingung der zweiten Erbeinsetzung erfüllt, wenn nur der Institut nicht selbst für sich die Erbschaft erlangte; allein es würde doch dadurch die Wirkung der Institution nicht ganz aufgehoben, insoferne nach dieser auch derjenige mittelbar Erbe werden kann, *cuius potestati institutus postea subiectus esse coeperit*, die Wirksamkeit der Institution aber für den Fall, daß der Institutus nicht selbst Erbe werde, nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Es würde also in diesem Fall der Substitut nur Miterbe des jetzigen Herrn des Institutus werden. Es würde sich eben so verhalten, wie nach älterem Rechte (Gai. II. 177. Ulp. XXII. 34.) im Falle der *cretio imperfecta*, in welchem der Substitut, wenn der Institut nicht cernirt hatte, auch nur in partem admittirt wurde, weil der Institut, *si non creverit*, nicht ausdrücklich erheredit, also die Institution nicht ganz beseitigt, vielmehr nach strenger Interpretation die Sache eben so zu behandeln war, als wenn der zweite Erbe unter irgend einer andern Bedingung *adiciert* worden und diese eingetreten wäre. Hiernach würde denn aber auch klar sein, daß in unserem, wie in diesem Falle, der *Adiectus* die Hälfte der Erbschaft erhalten müßte.

Wenngleich nun diese Auffassung der Sache an sich beifallsmüßig erscheinen möchte, so ist doch nicht nachzuweisen, daß sie Julian's Meinung entspreche; wenigstens wüßte ich nicht, wie man in dessen Worten: *nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi (non) adquisierit vel mutata conditione alium heredem non fecerit*, jene angedeutet finden könnte. Aber diese lassen sich auch noch anders erklären, als die Gegner angenommen haben. Nach unsern Bemerkungen unter Nro. 2. ist es nämlich nicht nothwendig, den fraglichen Satz alternativ zu erklären; er kann wohl auch *copulativ* verstanden werden; vollends dann, wenn nur eine Negation für den ganzen Bedingungsatz

vorläge. Diese findet sich wirklich in den Handschriften (denn ob Haloander sein eingeschobenes *non* einer Handschrift entlehnt habe, steht dahin) nur einmal, *non fecerit*, obwohl der Gedanke sie doch offenbar auch zu *acquisierit* erfordert, und dieser Mangel ließe sich vielleicht am leichtesten beseitigen durch eine bloße Versetzung des *non*, etwa: *quam si non hereditatem* (oder *quam si hereditatem non*) *vel sibi acquisierit vel mutata conditione alium heredem fecerit*. Auf diese Weise würden wir einen Satz erhalten, der sich unbedenklich auch erklären ließe als ganz gleichbedeutend mit: *si neque sibi acquisierit, neque — — fecerit*, und von selbst erhellt es, daß damit auch sehr wohl übereinstimme die Ausdrucksweise der Institutionen in §. 4. cit. „*si hereditatem sibi eive, cuius iuri postea subiectus esse coeperit, non acquisierit*“. Diese Erklärung ist hier um so eher zulässig, da die Partikeln *vel — vel*, und *ve* nicht so strenge disjunctiv sind, wie *aut — aut*; da es sich ferner von Bedingungen handelt, von denen nur entweder die eine oder die andere nicht eintreten kann, und zudem jedenfalls die Alternative nicht strenge festgehalten werden könnte, indem, wenn auch die zweite Bedingung (*si alium heredem non fecerit*) erfüllt würde, die erste (*si ipse sibi acquisierit*) nicht, der Substitut dennoch ganz auszuschließen wäre. Wird nun die alternative Bedeutung des Satzes aufgegeben, so muß, um doch einen Unterschied gegen das Vorhergehende zu finden, Nachdruck gelegt werden auf die Worte *mutata conditione*, oder *cuius iuri postea subiectus esse coeperit*. Und dieß ist sehr wohl thunlich. Der Gedanke ist dann dieser: wer Jemanden zum Erben einsetzt, den er für frei hält, der kann dabei nur im Sinn haben, daß der eingesezte entweder selbst Erbe werden, oder etwa, indem er nachher eine Veränderung des Status erleide, einem Andern, als *iuri eius subiectus*, die Erbschaft zubringen könne; dieses aber auch nur in Folge einer solchen Standesänderung: *quae adiectio ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes scripti postea in servitutum deducti fuerint*. Ist nun der Eingesezte nicht wirklich frei, wofür er gehalten wurde, so würde er nach seinem jetzigen Stande schon, *non mutata conditione*, einem Andern die Erbschaft erwerben können. Hier scheint es nun doch bedenklich, der gewöhnlichen Auslegung des *si heres non erit* unbedingt Folge zu geben. Sogar wenn der Testator das, was nach dieser in den Worten liegt, in Anwendung auf diesen Fall ausdrücklich hätte aussprechen wollen, würde er doch gesagt haben: *si nec ipse heres erit nec alium mutata conditione heredem fecerit*, und so gesagt würde strenge genommen die Bedingung ja erfüllt

sein, wenn er *non mutata conditione alium heredem fecerit*, und müßte dann also der Substitut wieder als *Adjectus* beitreten, da doch die Institution nicht ganz beseitigt ist. — So sah man sich also hier veranlaßt, einen Mittelweg einzuschlagen, und den Substituten in *partem hereditatis* zu admittiren, den andern Theil aber dem Herrn des Eingesezten zu lassen; oder wie Schrader sagt ad §. 4. J. cit. *media via electa est inter strictam rationem et aequitatem verisimili testatoris voluntate nitentem, prorsus contraria suadentes*. Damit stimmt auch Theophilus überein nach der Reizischen Uebersetzung: *hic autem, quoniam alieni iuris iam erat, qui credebatur sui esse iuris, idcirco substitutus semissem accipit*. Er deutet dadurch in Verbindung mit dem Vorhergehenden zugleich an, daß, wenn ein wirklich Freier eingesezt ist und nachher *mutata conditione* einen Andern zum Erben macht, der Substitut nicht auf einen Theil der Erbschaft Anspruch machen könne.

Wie wir uns aber auch wenden, und wie wir entscheiden mögen, wir finden immer nicht erklärt die Art der Theilung, welche Julian im L. 40. cit. am Ende angibt, nach dem Texte:

Igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur.

Ich bin auch nicht gesonnen, die „Legion von verschiedenen Meinungen“, welche zu Beseitigung dieser Schwierigkeit aufgestellt sind, noch um eine zu vermehren; ich möchte wohl auch an diesem scopulus Schiffbruch erleiden. Meine Absicht war nur, meine Bedenken gegen den neuesten oder erneuerten Versuch zur Prüfung vorzulegen, und zu zeigen, warum ich zweifle, daß dieser glücklich an der Gefahr vorüber in den sichern Hafen eingelaufen sei. Doch erlaube ich mir noch zu bemerken: was die Ulcianische Lesart „*Sempronium coheredem*“ betrifft, daß nach Schrader's Ausgabe zwar auch eine Handschrift der Institutionen „*Maevium coheredem*“ hat, zwei andere „*Maevium heredem*“, dennoch aber diese Aushilfe gewiß verwerflich ist, da sich schon der Ausdruck „*potest dici, Sempronium in partem hereditatis admitti*“ nicht damit verträgt, an einen Sempronius coheres zu denken. Was dagegen die Cujacische Emendation angeht, so kann ich den Einwand „es sage Jedem sein Gefühl, daß ein römischer Jurist schwerlich einer so weitläufigen, pleonastischen Ausdrucksweise sich bedient haben werde“, nicht in dem Maße gegründet finden. Julian ist überhaupt nicht sehr wortfarg. Bedenkt man nun, daß vorher bloß gesagt war „*Sempronium*

in partem hereditatis admitti“, der Herr des Sklaven aber noch erst beiläufig erwähnt war („iussu domini adierit“), so scheint es mir nicht auffallend, wenn Julian den Schluß seiner Erörterung in dieser Weise macht: „Also in unserm Falle (in welchem der Institutus weder sibi adquisiit noch *mutata conditione* alium heredem fecit) wird man zwei Hälften machen; nämlich das Ganze wird zwischen dem Herrn des Eingesezten und dem Substituten gleich getheilt“. Noch weniger würde ich daran Anstoß nehmen, wenn man, wie einige vorgeschlagen haben, *alter semis* oder *as* ganz streichen oder *hereditas* dafür lesen könnte. Ein Beispiel einer wenigstens eben so pleonastischen Ausdrucksweise gibt L. 9. D. de vulg. et pup. subst.

Si pater filio impuberi eosdem, quos sibi, et te unum praeterea heredem instituit, bonorum filii te dimidium, ceteros patris heredes communiter dimidium ita habere, ut unus semis apud te maneat, alterius semissis — — — divisio fiat.

Ist nun, wie ich glaube, durch unsere Ausführung die Unhaltbarkeit der von Suerin und Huschke versuchten Erklärung der L. 40. cit. dargethan, so ergibt sich daraus von selbst, was in des Letzten Bemerkungen über L. 3. Cod. de hered. instit., die er mir übrigens im Ganzen richtig erklärt zu haben scheint (S. 412—419), einer Modification bedarf. Was aber die weitern Bemerkungen desselben Verfassers über den heutigen Gebrauch unseres Fragments (S. 419—426) betrifft, so wird unter den drei Hauptsätzen, „die wir als noch dem Justinianischen Rechte angehörig durch das richtige Verständniß der L. 40. cit. und der damit in Verbindung stehenden Stellen kennen gelernt haben“ sollen,

1) der erste ganz wegfallen, und können wir uns demnach ganz entschlagen der bedenklichen Frage, ob derselbe auch bei der Auslegung heutiger Testamente noch festzuhalten sei, da doch „bei uns der Geist und Wille des Redenden in der Sprache nicht mehr so präsent, nicht mehr so objectiv plastisch mit ihr verschlungen und gleichsam in sie aufgegangen ist, wie bei den Alten“, vielmehr „bei uns nach einer weltgeschichtlichen Entwicklung des Menschengesistes, Ideales und Reales weit mehr auseinandergetreten sind, der Geist in freier subjectiver Höhe über dem Worte schwebt, welches eben damit seine volle Kraft, Bestimmtheit und Bedeutungsfülle eingebüßt hat“.

Weil er nie bestand, hat dieser Satz natürlich auch nicht durch L. 6. Cod. de institut. et substitut. aufgehoben werden können. Diese Constitution aber enthält allerdings einen wichtigen praktischen Satz, den Satz nämlich, daß die Bedingung: *si filius vel filia* (oder überhaupt *si institutus*)¹ *intestatus vel intestata vel sine liberis*, oder² *sine testamento vel sine nuptiis decesserit*, wo sie als Bedingung einer anderweitigen Erbeinsetzung oder eines Fideicommisses vorkomme, nicht alternativ auszulegen sei, sondern nur, wenn weder ein Testament errichtet, noch Kinder hinterlassen worden³, die Bedingung als erfüllt anzusehen und die fragliche Verfügung für wirksam zu halten sei. Und ich bin ganz überzeugt davon, daß diese Vorschrift nicht eben so auf andere beliebige Bedingungen mit *si vel — vel* oder *aut — aut* allgemein anzuwenden ist, was wirklich eine seltsame Interpretationsregel wäre.

2) Der zweite Satz kann nur in dieser Fassung entschieden zugegeben werden: „Wenn Jemand einen Sklaven, den er für frei hielt, eingesetzt und ihm für den Fall, daß er nicht Erbe würde, einen Andern substituirt hat, so wird der Substitut Miterbe dessen, dem der Eingesetzte vermöge seines Standes die Erbschaft erwirbt“. Entschieden abzuweisen ist nämlich der Zusatz am Ende „zu einem Viertel“. Nicht mit Sicherheit behaupten läßt sich das gleiche Resultat für den Fall, „wenn Jemand — — einen homo sui iuris, der nachher alieni iuris (Sklave) wird, und seinen Gewalthaber durch die Antretung zum Erben macht, eingesetzt und ihm — — substituirt hat“. Denn nach des Theophilus Erklärung (vgl. oben Nro. 6.) liegt der Grund der vermittelnden Entscheidung in §. 4. J. cit. eben nur in dem Umstande, daß der Testator den Eingesetzten für frei hielt, während derselbe schon jetzt Sklave war. Zweifelhaft endlich möchte ich es auch noch nennen, ob dasjenige, was bei Einsetzung eines vermeintlich Freien angenommen wurde, überhaupt auf jeden Fall anzuwenden gewesen sei, wenn Jemand einen homo alieni iuris, den er für sui iuris hielt — — eingesetzt und — — substituirt hat“. Zwar ließ sich den Worten nach Julian's Argumentation auch auf diesen Fall unbedenklich anwenden — intelligitur

¹ Denn die Bestimmung ist auf alle Instituti ausgedehnt durch die Worte der Constitution: *quo exemplo etiam aliis personis. licet extraneae sint, de quibus huiusmodi aliquid scriptum fuerit, mememur.*

² Wenn man in der Constitution die Worte, welche zu der fraglichen Bedingung gehören, durch den Druck auszeichnen will, wie es in manchen Ausgaben und in Fuschle's Abhandlung S. 402. geschieht, so darf das Wörter auf nicht mit hineingezogen, sondern muß von den Worten der Bedingung unterschieden werden.

³ *„Si nihil ex his fuerit subsecutum, sc. si non ipse vel ipsa liberos sustulerit, nec testamentum fecerit.*

significare, si hereditatem vel sibi non adquisierit vel mutata conditione alium heredem non fecerit — aber in der Sache traten hier doch noch andere Rücksichten ein. Wenn Jemand einen *Filiusfamilias* oder eine Frau in *manu mariti* zum Erben eingesetzt hatte, obgleich nicht wissend, daß sie in diesem Verhältniß stehen, oder glaubend, daß sie *sui iuris* seien, so war man gewiß nicht so leicht zu der Vermuthung berechtigt, der Testator werde nicht gewollt haben, daß durch den *Institutus* ein Anderer, der Vater oder der Mann, die Erbschaft bekomme, und er habe wohl gewiß den Substituten vorgezogen, wenn er diesen Fall berücksichtigt hätte. Standen doch jene Personen in einem so engen Verhältniß zu demjenigen, welcher durch sie die Erbschaft erwarb, daß diese Erwerbung immer noch mittelbar eine große Wohlthat für sie sein konnte und regelmäßig gewiß war, obgleich sie selbst juristisch keinen Antheil an dem Erworbenen hatten; kam doch auch in der Regel mittelbar, nach der gesetzlichen Erbfolge, das Vermögen, wenigstens zum Theil, wieder auf eben jene Personen, welche der Testator zu Erben eingesetzt hatte; ja konnte doch sogar, aller Wahrscheinlichkeit nach, die *uxor in manu*, wenn die Ehe anders als durch den Tod des einen oder andern Ehegatten aufgelöst wurde, das durch sie dem Manne zu Theil gewordene Vermögen, also auch die durch sie ihm erworbene Erbschaft, *rei uxoriae actione* zurückfordern⁴. Diese Umstände scheinen mir bedeutend genug, um zu der Annahme zu bestimmen, daß man hier im Zweifel sich nur an die regelmäßige Erklärung des *si heres non erit* gehalten, also den Substituten ganz ausgeschlossen habe, wenn auch der Eingesezte nicht für sich selbst, sondern durch ihn der Vater (der Ehemann) die Erbschaft erwarb, dessen *Jus* er, ohne daß es der Testator wußte, schon zur Zeit der Einsetzung unterworfen war. — Im Justinianischen Rechte kann davon ohnehin nur in beschränkter Anwendung mehr die Rede sein. Daß aber noch ein Fall der Anwendung vorkomme, nämlich bei der sogenannten *transmissio ex capite infantiae*, wird von Hufschke gewiß mit Recht angenommen, und darauf allein scheint mir die heutige praktische Bedeutung der L. 40. cit. und des §. 4. J. cit. sich zu beschränken, daß sie die Behauptung begründen helfen, daß der Vater, welcher nach L. 8. Cod. de bonis quae lib. in die Stelle des Kindes eintritt, dem Substituten desselben im Zweifel vorgehe. (Hufschke S. 424. vgl. 425. 426.)

3) Der dritte Satz endlich, auf L. 3. Cod. de hered. instit. sich

⁴ Cic. top. cap. 4. vgl. Vat. fragm. § 115. Vgl. Haffe, Güterrecht der Ehegatten I. S. 223. Mehn. Mus. II. S. 89.

gründend, scheint auch mir ganz richtig, und freue ich mich eine Abhandlung, welche fast nur Widerlegung enthält, mit einer Zustimmung zu schließen.*

B.

Herr Professor Huschke hat auf meine Einredeschrift gegen die von ihm erhobene Klage, die Erklärung des oben bezeichneten Pandectenfragments betreffend, eine ausführliche Replik ergehen lassen⁵, die mit dem Wunsche schließt: „daß einsichtsvolle Männer durch die Subtilität und den verhältnißmäßig geringen Ertrag dieser Materie sich nicht abhalten lassen, nach Gegeneinanderhaltung des für und wider Gesagten ein begründetes Schlußurtheil zu fällen“. Er wird es nicht mißbilligen, daß ich zuvor noch meine Duplik zu den Akten zu geben wünsche. Ich habe freilich lange damit gezögert; aber da es in wissenschaftlichem Streite keine Verjährung und keine Prozeßfrist gibt, auch bis jetzt ein unanfechtbares Schlußurtheil, so viel mir bekannt, noch nicht gefällt ist, so hoffe ich mit diesen meinen Gegenbemerkungen noch nicht präcludirt zu sein, und will sie dem künftigen Richter hiermit zu geneigter Berücksichtigung empfohlen haben. Es wird der Sache förderlich sein, daß ich die Replik Punkt für Punkt beantworte. Ich will mich jedoch nur auf die gegen meine Ausführung gerichteten Bemerkungen derselben beschränken, meinem streitkräftigen Litisconsorten⁶ überlassend, selbst zu entgegnen, was ihm zur Abwehr der gegen ihn insbesondere gerichteten Angriffe dienlich scheint; und nur sofern es der Zusammenhang der Erörterung mit sich bringt, werde ich auch darauf gelegentlich Rücksicht nehmen. Was nun

I. die Erklärung der L. 40. selbst angeht, so hatte ich

1. dagegen nichts einzuwenden, daß man eine Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen auffasse als mehrfache Erbeinsetzung derselben Person auf dasselbe Ganze unter so viel verschiedenen Bedingungen. Wird Jemand zuerst unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt, in einem andern Satze des Testaments abermals auf dieselbe ganze Erbschaft oder denselben Erbtheil unter einer andern Bedingung, so sollen nach klarem Ausspruch der Rechtsquellen diese beiden bedingten Erbeinsetzungen neben einander bestehen, und es bedarf nur der Erfüllung der einen oder andern jener Bedingungen, damit die Erbeinsetzung ihrem ganzen

* Sieheener Zeitschr. XIII. S. 293—321. (1859.)

⁵ Vgl. die Sieheener Zeitschrift Bd. XII. S. 375—426. Bd. XIII. S. 293—321. Bd. XV. S. 237—311.

⁶ Bangerow in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. III. S. 571 ff. — Als dritter „Waffenbruder“, auf den die Replik nicht Rücksicht nimmt, hat sich uns Mayer zugesellt, im Erbr. I. S. 56—58.

Umfange nach wirksam werde⁷. Demnach tritt hier genau dasselbe ein, als wenn Jemand in einem und demselben Tage alternativ unter zwei verschiedenen Bedingungen eingesetzt ist⁸, und dieses vorausgesetzt, kann man unbedenklich zugeben, daß umgekehrt eine Erbeinsetzung dieser Art in zwei getrennte Erbeinsetzungen jener Art aufgelöst werde. Dieß schien mir so klar, daß ich einen bescheidenen Zweifel darüber äußerte, ob wohl „diese Eigenthümlichkeit alternativer Bedingungen“, ich meine nämlich diese materielle Gleichheit ihrer Wirkung mit einer mehrfachen Einsetzung unter verschiedenen Bedingungen, gewöhnlich übersehen worden sei. In der That finde ich auch, daß schon Cujacius die beiden Fälle ausdrücklich einander gleichstellt. *Multum interesse, sagt er, an conditiones coniunctim adscribantur an disiunctim, . . . si disiunctim sint adscriptae, . . . tunc utra prior existet, id efficit, ut sequens non exspectetur. Nota tamen idem esse, si heres scribatur ex eadem parte separatim sub diversis conditionibus, ut: heres esto ex semisse, si navis ex Asia venerit; idem heres esto ex eodem semisse, si Titius illud fecerit; tunc enim una conditione impleta fit ex illo semisse heres*⁹. Eben so hat Mühlenbruch schon in der ersten Ausgabe seines Lehrbuchs diese Gleichstellung sehr bestimmt ausgesprochen mit den Worten: *Quodsi plures conditiones eidem iniunguntur personae, si quidem coniunctim, omnes implendae sunt; si separatim, unam extitisse sufficit, non solum si disiunctivo modo adscriptae sunt, verum etiam si subinde eadem hereditatis pars, quae quidem ad eundem pertinet honoratum, diversis est onerata conditionibus*¹⁰. Und in der deutschen Bearbeitung drückte er dieß folgendermaßen aus: „Sind dem nämlichen Individuum mehrere Bedingungen auferlegt, und zwar copulativ, so müssen sie alle erfüllt werden; dagegen ist es genug, daß die eine eintrete, wenn die Auflage eine alternative ist, wofür sie auch gehalten wird, wenn der nämliche Erbtheil mit verschiedenen Bedingungen, allein an verschiedenen Stellen, belastet ist“. Nicht mehr, als in diesen Bemerkungen enthalten ist, wollte ich im ersten Absätze meiner vorigen Abhandlung einräumen, und Huschke legt eigentlich in meine Worte mehr

⁷ L. 17. D. de condit. instit. 28. 7. — L. 27. §. 2. D. de hered. instit. Vgl. Zeitfchr. XII. S. 394. XIII. S. 302. XV. S. 253 ff.

⁸ §. 11. J. de hered. instit. 2. 14. — L. 5. D. de condit. instit.

⁹ Cuiac. Comm. ad L. 5. D. de cond. instit. 28. 7. Op. ed. Neap. vol. VII. pag. 947. Vgl. auch respons. Papin. lib. IX. ad L. 58. §. 4. D. de cond. et dem. (Opp. ed. Neap. vol. IV. pag. 1212 sq.)

¹⁰ Doctrina pand. ed. 1. §. 467. Vgl. ed. 3. u. 4. §. 651., wobei auf die in Note 8. 9. angeführten Stellen Bezug genommen wird.

als darin liegt, wenn er sagt, ich räume es ein, daß eine Erbeinsetzung unter alternativer Bedingung eigentlich in zwei Erbeinsetzungen aufzulösen sei, oder aufgelöst werden müsse, da ich vielmehr geneigter sein würde, zu sagen, zwei Erbeinsetzungen derselben Person unter verschiedenen Bedingungen seien eigentlich nichts anders, als eine Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen, und nur deswegen, weil, wie Huschke S. 254 sagt, wenn A gleich B, auch B gleich A ist, nichts dagegen einzuwenden hatte, daß man auch umgekehrt die letzte in jene auflöse.

Daß ich der Ansicht meines Herrn Gegners nicht vollends beistimme, in der Wendung und Anwendung, die er nachher derselben gibt, legte ich deutlich genug an den Tag, indem ich (oben S. 102.) bemerkte: „Allein angenommen, daß die alternativ bedingte Erbeinsetzung im Sinne des Verfassers zwei Einsetzungen enthalte“, u. s. w. und ebendasselbst „wäre nun dieselbe als eine zweifache Einsetzung anzusehen u. s. w.“ Gegen den Ausdruck des Verfassers: „daß die alternative Bedingung die Gültigkeit der ganzen Willenserklärung gleichsam zweimal zweifelhaft mache“, hatte ich mich ohnehin sofort (oben S. 99.) deutlich erklärt und ihn als unangemessen bezeichnet. Dies wird mir nun sehr übel genommen (Replik S. 240). Aber habe ich denn wirklich dem Verfasser die alberne Behauptung untergeschoben, welche sich aufgebürdet zu sehen freilich sogar einen nur Halbeinsichtigen, geschweige denn den einsichtsvollen Verfasser, mit Recht in Entrüstung versetzen könnte? Ist nicht klar, daß sich mein Tadel nur auf die von dem Verfasser gewählte Bezeichnung der fraglichen Eigenthümlichkeit alternativer Bedingungen beziehen sollte? Eines Mißverständnisses des Gedankens des Verfassers habe ich mich dabei nicht schuldig gemacht, und noch viel weniger auf dieses Mißverständnis wichtige Folgesätze gebaut, wie sich unten zeigen wird. Den Ausdruck aber finde ich auch jetzt noch nicht gerechtfertigt: denn entweder ist die Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen eine Willenserklärung; da kann man sie nur etwa halb so zweifelhaft nennen, als die unter einer einfachen Bedingung; oder sie wird in zwei Willenserklärungen zerlegt; dann sind diese eben zwei Willenserklärungen von zweifelhafter Gültigkeit. Nennt man dagegen die Gültigkeit der einen ganzen Willenserklärung zweimal zweifelhaft, so könnte man dies den Worten nach, obwohl ich weit entfernt bin, dem Verfasser diesen Gedanken zur Last zu legen, sehr wohl so verstehen: sie sei vorerst zweifelhaft, bis das eine, und dann noch wiederum, bis das andere Ereigniß eingetreten sei.

Diesemnach kann ich es nicht anders als auffallend finden, wenn Huschte jetzt noch erklärt, er habe mit dem kurzen Satze: die alternative Bedingung mache die ganze Willenserklärung gleichsam zweimal zweifelhaft, sogar schon den Beweis der Behauptung geführt, daß die alternativ bedingte Erbeinsetzung in zwei Erbeinsetzungen unter verschiedenen Bedingungen aufzulösen sei, und dem Versuch, dieses durch nähere Erklärung jenes Satzes darzuthun, kann ich keineswegs meinen Beifall schenken. Er geht davon aus, daß jede bedingte Willenserklärung zugleich ein eventuelles Ja und ein eventuelles Nein enthalte, daß also, wer den Titius unter alternativen Bedingungen zum Erben einsetze, in der That zweimal neben einander eventuell gewollt und nicht gewollt habe, daß Titius Erbe werde. Dies scheint mir aber nicht richtig zu sein. Setzt Jemand z. B. den Titius zum Erben ein, wenn A die B oder C die D heirathe, so kann man allenfalls wohl sagen, er habe zweimal eventuell gewollt, nemlich für zwei Fälle, daß Titius Erbe werde; nicht aber, er habe dasselbe zweimal eventuell nicht gewollt. Für den Fall, daß nur A die B oder C die D nicht heirathet, hat er keineswegs nicht gewollt, daß Titius Erbe werde, sondern nur für den Fall, daß weder A die B, noch C die D heirathe, also in der That nur einmal hat er dieses nicht gewollt. Ist dieselbe Person in zwei gesonderten Testamentsverfügungen unter verschiedenen Bedingungen zum Erben eingesetzt, so kann man wohl sagen, der Testator habe sie zweimal eventuell nicht einsetzen wollen; aber sofern nun beide Erbeinsetzungen als neben einander gewollte gedacht werden, so kommt es doch eigentlich auf dasselbe hinaus; der Testator hat dann nicht noch einmal nicht gewollt, sondern er hat nur noch für einen Fall mehr, als bei der ersten Erbeinsetzung, gewollt, und diesen, wenn ich mich so ausdrücken darf, aus dem Kreise des in der ersten bedingten Erbeinsetzung stillschweigend ausgesprochenen Nichtwollens herausgenommen; er will auch jetzt nur für den einen Fall, wenn weder die eine noch die andere Bedingung erfüllt werde, nicht. Ueberhaupt aber kommt es ja nur auf das Wollen an, und wenn in zwei verschiedenen Fällen dasselbe gewollt wird, so genügt es, daß einer dieser Fälle eintrete, damit der ganze Wille als nunmehr unbedingter wirksam werde. Es sind zwar zwei verschiedene Thatfachen, von deren Eintritt der Wille sich abhängig macht, und in sofern kann man von mehreren Bedingungen reden; aber andererseits kann man auch sagen, der Wille sei nur einfach, nemlich durch eine Thatfache, bedingt, indem er vom Eintritt nur einer Thatfache abhängig gemacht und eventuell auch nur eine wirksame Erbeinsetzung gewollt ist.

Ich kann es demnach nicht unterschreiben, was Huschke sagt: Durch die Verfügung, daß Titius Erbe sein solle, wenn A die B oder C die D heirathe, werde „der Wille: Titius soll Erbe sein, obgleich den Worten nach nur einmal ausgesprochen, in seiner Ganzheit sowohl von der einen als von der andern Thatsache hingenommen, und folglich der Sache nach dualisirt, zu einem zweimaligen bedingten Willen desselben Inhalts gemacht“. Der Einsetzungswille hat nicht seine eigene Existenz mit der Existenz der beiden Thatfachen identificirt; er wird nicht sowohl von der einen als von der andern Thatsache in seiner Ganzheit hingenommen, sondern nur von dem Umstande, ob eine von beiden Thatfachen eintrete oder nicht eine, d. i. keine; für den ersten Fall will er, für den andern Fall will er's nicht.

Ungegründet scheint mir denn auch der Unterschied, den Huschke in dieser Beziehung zwischen einer wirklich alternativen Bedingung und einer Bedingung mit alternativer Modalität aufstellt. Meiner Meinung nach ist eine sichere Gränze zwischen diesen beiden Arten von Bedingungen zu ziehen gar nicht möglich. Jede ausgesprochene Modalität einer Thatsache, auf welche bei der Erfüllung der Bedingung etwas ankommt, macht die letzte in der That zu einer eigenen Bedingung, und wenn verschiedene Modalitäten, die sich nicht ohnehin ganz von selbst verstehen¹¹, alternativ ausgedrückt sind, so liegen darin auch in der That mehrere alternative Bedingungen, die vollkommen dieselbe Wirkung äußern müssen, als wenn ganz verschiedene Thatfachen, die keine nähere Berührung mit einander haben, alternativ zur Bedingung gestellt sind. Wenn z. B. verfügt ist: „A soll mein Erbe sein, wenn er dem Titius in Hamburg oder Bremen 1000 Gulden zahlt“, so ist dies eben so gut eine wahre alternative Bedingung, als wenn geschrieben wäre: „wenn er dem Titius oder Sempronius 1000 Gulden gibt“. Das Zahlen der 1000 Gulden schwebt nicht als ein Höheres über den beiden Modalitäten, so daß diese dagegen zurücktreten, und die Bedingung ist dort eben so wenig erfüllt, wenn A die Zahlung (wider Willen des Titius) in Frankfurt leistet, wie hier, wenn er dem Gaius zahlt. Und ebenso ist der Erfolg durchaus derselbe, der Testator mag gesagt haben: si Gaius uxorem duxerit sive Luciam sive Semproniam, oder: si Gaius Luciam aut Semproniam uxorem duxerit. In beiden Fällen wird der Einsetzungswille vollkommen existent, wenn Gaius die eine oder die andere der beiden genannten Frauen

¹¹ Z. B. in der Bedingung: „wenn mir ein Kind männlichen oder weiblichen Geschlechts geboren (oder nicht geboren) werden sollte,“ ist der Zusatz „männlichen oder weiblichen Geschlechts“ freilich überflüssig.

geheirathet hat, und es hilft ihm nichts, wenn er auf gut Berlinisch vier andere nach einander heirathete¹².

Wenn übrigens Hufschke nach obiger Beweisführung die Conclusion macht: „Man kann also eine Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen im Wesentlichen mit dieser gleichstellen: „Titius aut Titius heres esto“, so kann ich dieses wohl gelten lassen, ohne den Folgerungen, welche derselbe weiterhin daraus zieht, meine Zustimmung zu geben. Diese Erbeinsetzung kann nämlich nichts anderes bedeuten, als: Titius soll (allein oder zu einem bestimmten Theil) in zwei Fällen Erbe sein, wo sich denn von selbst versteht, daß er, wenn er durch Eintritt des einen Falls einmal Erbe geworden ist, durch den Eintritt des andern Falls nicht noch einmal zu demselben Erbtheil Erbe werde¹³. Logisch liegen darin eben so wenig, wie in dieser: „Titius aut Maevius heres esto“, zwei Erbeinsetzungen. Denn das Letzte heißt nichts anders als: es soll entweder Titius oder Maevius Erbe sein; es ist also dabei eventuell immer nur eine Erbeinsetzung gewollt, und wenn etwa der Testator in solcher Weise Titius oder Maevius unter verschiedenen Bedingungen, die beide neben einander erfüllt werden können, zu Erben eingesetzt hätte, so müßte man dann freilich beide zur Erbschaft zulassen, zugleich aber einräumen, daß jener sich verkehrt ausgedrückt habe. Sagte der Testator z. B.: „Titius aut Maevius, uter eorum Gaiam uxorem duxerit, heres esto,“ so ist nur eine Erbeinsetzung eventuell gewollt, indem man die Bedingung ohne Zweifel so auslegen muß, daß, wer zuerst die Gaia geheirathet habe, Erbe sein solle. Sagte er aber: „Titius heres esto, si Gaiam uxorem duxerit, aut Maevius heres esto, si Luciam uxorem duxerit“, während beide beide heirathen können, so ist klar, daß der Testator nicht der Disjunction aut sich hätte bedienen sollen, indem er eventuell auch beide neben einander zu Erben haben wollte. Wenn es dagegen heißt: „Titius heres esto,

¹² Hufschke bemerkt S. 250. not. 1., ich läugne es, daß diese Bedingungen auch beide erfüllt werden können. Mit eben so viel Recht hätte er mir den Vorwurf machen können, ich halte die Bigamie für zulässig, weil ich S. 105. schlechtweg sage: „Gaius muß beide heirathen, oder er bekommt statt $\frac{1}{2}$ nur $\frac{1}{8}$ “, ohne zu bemerken, daß er beide nur nacheinander heirathen könne.

¹³ Man könnte die Frage aufwerfen: wenn die Erfüllung der einen alternativen Bedingung eintrete zu einer Zeit, wo der Eingesezte erbfähig ist, ob er dann nach L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. de hered. instit. Erbe werden könne, wenn er zur Zeit der Erfüllung der andern alternativen Bedingung die Erbfähigkeit wieder gewonnen hat? Ich antworte: nein. Durch die Erfüllung der einen Bedingung ist die ganze Erbeinsetzung eine unbedingte geworden, und in dem Zeitpunkte, wo dieses der Fall ist, oder wenn die Erfüllung schon vor dem Tode des Erblassers eingetreten, in dem letzten Zeitpunkte, muß der Eingesezte erbfähig sein. — Hufschke würde wohl sagen: ja. Consequent würde er dann dasselbe behaupten, wenn der Eingesezte erst nach Erfüllung der ersten Bedingung vor Eintritt der Erbschaft erbfähig geworden, und wohl gar, wenn derselbe nach Erfüllung der ersten Bedingung die Erbschaft ausgeschlossen hätte und nun die andere Bedingung erfüllt würde?

si Gaiam uxorem duxerit, aut Titius heres esto, si Luciam uxorem duxerit“, so ist hier kein Grund vorhanden, das aut in Gedanken in et zu verwandeln, indem der Erblasser nur eine wirksame Erbeinsetzung desselben Titius gewollt und die Wirksamkeit nur alternativ von verschiedenen Bedingungen abhängig gemacht hat.

Gegen den Beweis aus der Natur der Sache könnte also, wie es scheint, mein Herr Waffenbruder wohl noch Einiges einwenden. Was dagegen den Beweis aus den Quellen angeht, so habe ich, um es wiederholt auszusprechen, nichts gegen die Behauptung einzuwenden, „daß die römischen Juristen in der That zwei selbständige Einsetzungen unter verschiedenen Bedingungen¹⁴ ganz eben so behandeln, wie eine Einsetzung unter alternativen Bedingungen“, und „an sich ist unlängbar, wenn A gleich B, auch B gleich A, mithin wenn mehrere Einsetzungen unter verschiedenen Bedingungen so gut, wie eine Einsetzung unter alternativen Bedingungen, auch die letztere so gut wie die erstere“.

2) In dem zweiten Abjage suchte ich, wie Huschke sagt, die Schärfe des Gegensatzes zwischen der Fassung: si neque — neque, und der andern: si aut non — aut non, zu mindern und ihn endlich fast ganz zu verwischen. Und allerdings suchte ich darzuthun, daß z. B. die in L. 13. §. 6. D. de reb. dub. vorkommende Bedingung: si mihi filius aut filia heres non erit, auch wohl eben so ausgelegt werden könne, wie die: si mihi neque filius neque filia heres erit, und daß es nicht gerade gegen den Wortsinne sei, sie so auszulegen. Diesem widerspricht nun Huschke, da Julian selbst sage: non satis voluntatem suam declaravit. Ich kann aber nicht zugeben, daß damit auf das Bestimmteste ausgesprochen sei, es sei gegen den Wortsinne, wenn man diese Worte im copulativen Sinne nehme. Julian sagt nur, es sei dieser Wille nicht genügend erklärt, d. i. nicht klar und deutlich; er sagt nicht, daß die Worte ihn gar nicht ausdrücken, und wenn er sich zuletzt für diese den Kindern günstige Auslegung entscheidet, so ist dieß zwar eine logische Interpretation, aber nur einer unvollkommenen und zweifelhaften, nicht einer schlechthin widersprechenden Ausdrucksweise. Ich suchte dieß durch einige Beispiele zu erläutern, die aber meinem

¹⁴ Warum nicht auch zwei solche Legate? Das wird vom Verfasser bei dieser Gelegenheit befriedigend erörtert, S. 264—268, vgl. das. not. 2. — Aber ich kann es nicht billigen, wenn er S. 264. sich des Ausdrucks bedient, daß ein eigenthümlicher Grund obwalte, weshalb hier gegen die eigentliche Natur der alternativen Bedingungen ein anderes Recht befolgt werde. Wohl waltet ein eigenthümlicher Grund ob, warum solche Legate in der Regel nicht, wie eben solche Erbeinsetzungen, als neben einander bestehende gelten, wovon dann die Folge ist, daß sie auch nicht einem Legat unter alternativen Bedingungen gleich sind; aber dieß ist gar nicht „gegen die eigentliche Natur alternativer Bedingungen“.

Gegner ganz unverständlich geblieben sind (oben S. 100.). Diese Unverständlichkeit wird, denke ich, verschwinden, wenn ich die Beispiele mit Zusatz eines Namens, dessen Einschaltung freilich zur Deutlichkeit nothwendig ist, wieder herseze. Lautete die Verfügung: „Titius heres esto; si non Stichum aut Pamphilum (Titius) manumiserit, Gaius heres esto“, so, meine ich, würde man dieses gewiß nicht anders auslegen, als wenn es hieße: „si (Titius) neque Stichum neque Pamphilum manumiserit“. Wenn dagegen der Testator sagte: „si (Titius) Stichum aut Pamphilum non manumiserit“, so würde man dieses wohl eher alternativ zu verstehen geneigt sein: si Stichum non manumiserit aut si Pamphilum non manumiserit. Huschke hat diese Beispiele so verstanden, als ob dem Gaius die Freilassung als Bedingung seiner Erbeinsetzung aufgelegt wäre; daher seine Einwendungen dagegen. Er hätte zwar aus dem Folgenden wohl entnehmen können, wie ich mir den Fall gedacht habe, indem ich nämlich fortfahre: „Doch könnte auch das Letzte unter Umständen eben so wie das Erste erklärt werden, wenn z. B. der Testator verordnet hätte: „Titius heres esto; Stichum aut Pamphilum manumitti desidero; si Titius Stichum aut Pamphilum non manumiserit, Gaius heres esto“; indessen war die Auslassung des Namens Titius in den beiden ersten Beispielen jedenfalls ein Fehler. Abgesehen von dieser Verbesserung im Ausdruck, kann ich mich nicht bemogen finden, von meinen Bemerkungen unter Nr. 2. der ersten Abhandlung etwas zurückzunehmen.

3) Schärfser geht mir der Herr Gegner schon in dem dritten Satze zu Leibe. Ich soll in einen offenbaren Widerspruch mit mir selbst gerathen sein, indem ich zuerst nichts dagegen einzuwenden habe, daß man eine Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen mehreren Erbeinsetzungen unter verschiedenen Bedingungen gleichstelle, und dann doch die Vorstellung bekämpfe, als habe der Testator in der ersten Art von Erbeinsetzung genau genommen einen doppelten Als, also zwei Semisses für dieselbe Person gemacht. Ich muß gestehen: es muß mit meiner Logik der Sprache nicht nur, sondern auch des Gedankens, eine üble Bewandniß haben, wenn Huschke darin Recht hat. Denn ich vermag den Widerspruch, in den ich mich verwickelt haben soll, nicht herauszufinden. „Es ist Verleihung desselben Ganzen, sage ich, die sowohl in dem einen als in dem andern Falle Statt haben soll, und weil eben der Testator durch seinen Willen in jedem dieser Fälle, auch wenn der andere nicht eintreten mag, das Ganze verleiht, so ist schon deshalb der Gedanke an ein ius accrescendi, wodurch den andern Theil der

eingesetzte Erbe gleichsam von sich selbst erwürbe, ganz unstatthaft“. Ich räume ein und behaupte, daß dieß bei getrennten Erbeinsetzungen unter verschiedenen Bedingungen sich eben so verhalte, und habe deswegen nichts dagegen einzuwenden, daß man die alternativ bedingte darin auflöse: wo liegt nun da der Widerspruch? ein offener Widerspruch? Man könnte etwa an dem Ausdrucke Anstoß nehmen: „an eine doppelte Verleihung ist dabei nicht zu denken“, da ich doch zugebe, daß man die alternativ bedingte Erbeinssetzung als eine mehrfache auffassen möge; aber der Zusatz: „oder eine Theilung in der Verleihung“ zeigt, daß ich damit nur die Vorstellung der Verleihung eines doppelten *As* oder zweier *Semisses* abweisen wollte.

Doch Hufschke sucht ja den Widerspruch näher nachzuweisen. „Sind zwei auf dieselbe Erbschaft oder Erbportion nebeneinander eingesetzt, so entsteht doch nothwendig, wenn sie mit einander concurriren, eine Theilung, und es gilt nothwendig, wenn der eine wegfällt, *ius accrescendi*. Es müßte denn geläugnet werden, daß dieses z. B. in folgendem Falle gelte: A oder B soll mein Erbe sein, A, wenn Titius heirathet, B, wenn Titius Consul wird“. Allein, wenn hier in Folge der Erfüllung beider Bedingungen A und B Erben werden, so ist dieß doch wohl nicht der Logik der Sprache gemäß? Nach dieser, so scheint es, könnten A und B niemals zusammen Erben werden, sondern nur der eine oder der andere, und wenn nun dennoch jenes zugelassen wird, so ist es gegen den Wortausdruck des Erblassers, der nicht „A oder B“ hätte schreiben sollen, wenn beide Bedingungen erfüllt werden können. Nur indem man zuvor das aut berichtigtend in et umwandelt, kann man also hier von einem *ius accrescendi* reden, falls eine der Bedingungen deficire; und wenn die Bedingungen von der Art sind, daß nur die eine oder die andere erfüllt werden kann, z. B. A oder B soll mein Erbe sein, A, wenn Titius heirathet, B, wenn Titius nicht heirathet, wo das Oder ganz richtig ist, so wird es wohl keinem Menschen einfallen, von einem *ius accrescendi* zu sprechen, kraft dessen der A, wenn Titius heirathet, auch den Erbtheil des B, weil Titius nicht nicht-heirathet, erhalte. Ist nun aber in jenem Beispiele beidemal derselbe A genannt, so ist die Disjunction ganz richtig; sie bezieht sich dann gar nicht auf das Subject der Erbeinssetzung, sondern nur auf die Bedingungen derselben, und zwar in dem Sinne, daß der A eingesetzt sein soll, wenn auch nur das eine oder das andere Ereigniß eintritt. Sobald dieß der Fall ist, natürlich aber auch, wenn etwa beide zugleich eintreten, ist der Wille, daß Titius Erbe werde, als unbedingter Wille in seiner Ganzheit existent geworden;

und das ist genug. Aber dabei übersehe ich wohl, daß in der bloßen alternativen Hinzufügung von Bedingungen keine Enterbung des Eingesezten hinsichtlich der einen Einsetzung für den Fall liegt, daß die Bedingung der andern Einsetzung eintrete?" Eine solche Enterbung wäre freilich auch einigermassen absurd. Der Wille, daß A Erbe werde, müßte mit sich selbst in Widerspruch treten. Das scheint Huschke bei dieser Erörterung nicht gehörig zu beachten, daß es in beiden Fällen ganz derselbe Wille ist, um den es sich handelt, der Wille, daß Titius Erbe werde. Der Erblasser will nicht, daß sowohl in dem einen als auch in dem andern Falle der Eingesezte Erbe werde, sondern er will, sowohl für den einen als für den andern Fall, ob einer allein oder beide eintreten, daß der Eingesezte Erbe werde, und sobald nun dieser Wille durch Erfüllung einer Bedingung ein unbedingter geworden ist, so kommt auf die andere Bedingung schlechterdings gar nichts mehr an, weil dieser selbe schon existente unbedingte Wille nicht zugleich noch als bedingter existiren und noch einmal unbedingt werden kann. Darin also, daß in der That nur eine Erbeinsetzung eventuell gewollt ist, liegt der eigentliche Grund, warum nicht von einer Concurrrenz der beiden bedingten Erbeinsetzungen, in die man nach Art. 1. allenfalls die alternativ bedingte auflösen möchte, die Rede sein kann. Wäre A nicht beidemal derselbe A, sondern einmal B, so wäre es freilich anders; es wäre dann aber auch nicht ein und derselbe Wille, der in den beiden Fällen statthaben soll, sondern für jeden derselben ein verschiedener Wille.

Es ergibt sich also, daß es doch wohl nur eine Spielerei, und wie wir sehen, in den Händen des Verfassers eine gefährliche Spielerei ist, wenn man die alternativ bedingte Erbeinsetzung des Titius in zwei verschieden bedingte auflöset, und von diesen aus sagt, daß sie, wenn Titius nicht Titius wäre, oder wenn Titius mit sich selbst in Concurrrenz treten könnte, nothwendig das Recht der Theilung und der Anwachsung bewirken würden. Eben so wäre es eine leere Spielerei, wenn man sagen wollte: dadurch, daß Titius unter alternativen Bedingungen oder auch zweimal unter verschiedenen Bedingungen zur Zahlung einer und derselben Summe sich verpflichtet, werde er gleichsam sein eigener Correal, oder würde, wenn Titius nicht eben immer Titius, sondern einmal Sejus wäre, eine Correal-Obbligatio entstehen. Denken wir uns auch hier einen Fall mit zwei wirklich verschiedenen Personen, Titius und Sejus, so werden freilich durch Erfüllung beider Bedingungen beide als Correi verpflichtet, und ich kann nicht einsehen, vermöge welcher Consequenz ich behaupten müßte, daß, wenn vorerst nur die Bedingung des Sejus

erfüllt werde, sofort der Titius befreit sein müßte. Weil hier die Stipulationen subjectiv verschieden sind, so kann man nicht sagen: *amplius committi non potest*; wohl aber gilt dieß, wenn die Stipulation subjectiv wie objectiv nur eine ist. Der Wille des Titius und der Wille des Sejus, zu derselben Leistung sich verbindlich zu machen, sind zwei verschiedene Willen, welche, der eine als unbedingter, der andere als bedingter, neben einander bestehen können; derselbe Wille des Titius allein kann nicht zugleich als unbedingter und als bedingter existiren; daher *sufficit unum factum*¹⁵. Dasselbe gilt auch umgekehrt, wenn derselbe Schuldner verschiedenen Gläubigern als Gesamtgläubigern zu derselben Leistung sich verbindlich macht.

Indessen der Verfasser gibt ja selbst zu, daß diese Betrachtungsweise an sich nur eine formelle sei; es wird also vorzüglich darauf ankommen, ob sie in irgend einem Falle als praktisch bedeutend, und somit nicht als bloße Spielerei, sich erweise. Ähnliche Beispiele, sagt der Verfasser, kommen auch sonst vor. Wenn z. B. Titius und Titius eingesetzt sind, „so ist es doch wichtig zu bemerken, daß formell Titius die Erbschaft mit sich selbst theilt und so zwei Hälften bekommt“; denn nur so begreift es sich, daß, wenn Titius, Sejus und Titius eingesetzt sind, Titius zu $\frac{2}{3}$ Erbe wird. Nach I. 23. §. 1. Cod. de legatis scheint wirklich eine Parthei der classischen Juristen dieser Meinung gewesen zu sein, die durch diese Decision von Justinian verworfen wird. Aber begreift sich dieselbe nur nach jener formellen Betrachtungsweise? O, nein. Die Juristen fragten sich: was für eine Meinung kann der Erblasser dabei gehabt haben, daß er zweimal den Titius nennt? Einige antworten: er hat dadurch andeuten wollen, daß er ihm zwei Erbtheile, dem Sejus nur einen zugedacht habe. Andere sagten wahrscheinlich: dieß hätte der Erblasser wohl deutlicher ausgedrückt; es ist vielmehr anzunehmen, daß er die Einsetzung des Titius nur aus Versehen wiederholt oder nur habe einschärfen wollen (Bd. XV. S. 255). Beide deuteten nur den Willen des Erblassers nach seinen Worten auf verschiedene Weise; daß die erste Erklärung in alter Zeit die überwiegende gewesen sei, dafür haben wir durchaus keine Wahrscheinlichkeit: praktisch ist der Fall ohnehin gewiß nur selten vorgekommen.

„Deßgleichen“, fährt Huschke fort, „wenn Titius auf die eine Hälfte unbedingt, auf die andere bedingt eingesetzt ist, so erhält er allein die ganze Erbschaft . . .; hätte er aber einen Substituten, so zeigt sich die Wichtigkeit der formellen Auseinanderhaltung beider Institutionen, indem,

¹⁵ L. 129. D. de V. O. Bgl. Bb. XIII. S. 298. (oben S. 102.)

wenn die Bedingung fehlschlägt, nun der Substitut in der zweiten Hälfte Erbe wird“. Dies hat seine Richtigkeit. Allein hier sind die beiden Erbeinsetzungen nicht bloß formell auseinandergehalten, sondern materiell verschiedene, indem jede Erbeinsetzung an sich nur auf eine Hälfte der Erbschaft beschränkt ist. Bestände nicht der Satz: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, so würde Titius, wenn die Bedingung fehlschlägt, auch wenn er keinen Substituten hätte, doch nicht die ganze Erbschaft erhalten, sondern die eine Hälfte den Intestaterben zufallen¹⁶. Titius erwirbt hier also die eine Hälfte der Erbschaft durch ein wahres *jus accrescendi*, wozu natürlich vorausgesetzt wird, daß dieselbe wirklich vacant werde, daß also auch kein Substitut dazu berufen sei. Und nur weil alsdann Titius jedenfalls, die Bedingung der einen Erbeinsetzung mag eintreten oder nicht, entweder *jure institutionis* oder *jure accrescendi* auch die andere Hälfte erwirbt, so wird ihm auch sofort die ganze Erbschaft zugesprochen, wenn er kraft der einen Erbeinsetzung angetreten hat¹⁷; und dieses gilt eben so wohl, wenn der ernannte Substitut vor der Zeit weggefallen, als wenn gar keiner ernannt ist. Wenn dagegen Titius unter alternativen Bedingungen zum Erben eingesetzt und ihm ein Substitut gegeben ist, so wird dieser keineswegs Erbe, wenn auch die eine Bedingung nicht erfüllt wird, und eben so wenig wird dieß der Fall sein, wenn Titius an verschiedenen Stellen unter verschiedenen Bedingungen auf denselben Erbtheil eingesetzt und dabei ein anderer ihm substituirt worden ist. Wäre es durch ein *jus accrescendi* zu erklären, daß Titius im Fall der Erfüllung nur einer Bedingung doch den ganzen Erbtheil bekommt, so müßte ihm hier, da das *jus accrescendi* durch Substitution ausgeschlossen wird, in Rücksicht des einen Theils der Substitut vorgehen.

Doch wir greifen hiermit schon in die Haupterörterung selbst ein, die unter

4) sich die Aufgabe setzt, näher nachzuweisen, wie denn jene an sich bloß formelle Betrachtungsweise im Fall der Concurrenz mit dritten Personen praktische Bedeutung gewinne. Gushke hatte hier folgenden Fall aufgestellt: *Titius heres esto: quodsi Titius sine liberis vel sine testamento decesserit, Gaius heres esto*. Diese Verfügung zerlegt er in eine zweimalige unbedingte Einsetzung des Titius und eine zwei-

¹⁶ So, wenn die Erbeinsetzung in einem Solbaten-testament enthalten wäre. So auch wenn Jemanden ein Grundstück zur Hälfte unbedingt, zur Hälfte bedingt vermacht worden, wird er *deficiente conditione* nur jene Hälfte erwerben, weil es zwei materiell verschiedene Legate sind, und hierbei ein *jus accrescendi* nicht eingreift.

¹⁷ L. 52. §. 1. D. de a. v. o. hered. 29. 2. Vgl. L. 59. §. 6. D. de hered. instit.

malige bedingte Einsetzung des Gaius, und berechnet so, wenn nur eine dieser Bedingungen erfüllt werde, den Erbtheil des Titius zu $\frac{3}{4}$, den des Gaius zu $\frac{1}{4}$. Ich hatte dagegen bemerkt: die nur der adjicirten Erbeinsetzung des Gaius hinzugefügte Alternativbedingung könne doch auf keinen Fall auch auf die unbedingte Einsetzung des Titius theilend zurückwirken, sondern nur die Erbeinsetzung des Gaius könne man, nach Huschke's vorhergehender Ausführung, in zwei zerlegen, und dann komme man zu dem Resultat, daß Gaius, wenn auch nur eine der alternativen Bedingungen erfüllt wird, jedenfalls wenigstens die Hälfte der Erbschaft erhalte, indem derselbe gleichsam als sein eigener Conjunctus das durch Defizienz der einen Bedingung ausfallende Viertel gleichsam jure accrescendi zu dem andern Viertel hinzuwerbe¹⁸. Es sei nicht einzusehen, warum nicht auch hier Gaius in Ansehung des Ganzen, das ihm als Adjectus zugedacht war, gleichsam von sich selbst jure accrescendi erwerben solle? warum man nicht auch hier sagen solle, durch die Erfüllung der einen Bedingung sei nun die andere überflüssig, der Eingesezte vermöge der einen allein Adjectus geworden zu dem Theile, der ihm als solchem überhaupt zugedacht sei? Ich hatte überdieß noch die Widersinnigkeit des Resultats, das sich nach Huschke's Ansicht ergibt, grell hervorgehoben: Auf je mehr Fälle Gaius, als Adjectus des Titius, eingesetzt worden, desto ungewisser ist nach Huschke seine Aussicht auf Erwerbung des ganzen (ausdrücklich oder stillschweigend ihm zugedachten) Erbtheils, indem alle diese Bedingungen erfüllt werden müssen, damit er das Ganze erlangen könne.

Nun, das habe ich für schlagend gehalten. Aber — „nein,“ wird mir entgegnet; ich habe „einen Unterschied übersehen oder — nicht verstanden, ohne welchen man freilich in dieser Materie durchaus im Dunkeln tappen muß — den Unterschied zwischen der gewöhnlichen bedingten Einsetzung eines Miterben und der adjectio heredis.“ So die Replik S. 268. Wir müssen also zusehen, ob dieser Unterschied, so wie er daselbst S. 268—280 dargestellt ist, wirklich bestehe?

¹⁸ Vgl. Bd. XIII. S. 299—302. (oben S. 103. fg. „Hier widerspricht Arnolds abermals sich selbst“, lese ich darüber in Bd. XV. S. 267. not. 1. „Unter 3. wollte er nichts davon wissen, daß man eine Einsetzung unter alternativen Bedingungen so anzusehen habe, als theile der Eingesezte mit sich selbst; hier legt er diese Theilung mit sich selbst der von ihm als richtig bezeichneten Ansicht zum Grunde.“ — Der Verf. macht es sich sehr leicht, dem Gegner Widersprüche aufzubürden. Ich meine es doch klar genug ausgesprochen zu haben, daß ich mich nur in die unter den vorhergehenden Nummern erörterte Betrachtungsweise des Verfassers hineinversetze, um darzuthun, daß man selbst von dieser ausgehend, consequent doch zu andern Resultaten kommen müsse, als der Verfasser. Ich bediene mich S. 299—301 stets der indirecten Rede: „allein angenommen“, „wäre nun“, „so lägen drei Erbeinsetzungen vor“, u. s. w. und S. 301. a. G. freue ich mich, aus den verwickelnden Deductionen mich heraufwindend, die Sache wieder unbefangen zu betrachten.

In dem Begriffe *adjectio heredis* liegt ohne Zweifel eine Beziehung auf andere, sonst schon zur Erbschaft berufene Personen, neben welchen, ohne sie auszuschließen, auch der *Adjectus* noch zu derselben Erbschaft berufen sein soll. Man wird auch nicht füglich von *Adjectio* sprechen, wenn Mehrere ganz in gleicher Weise neben einander als Erben eingesetzt sind, z. B. A. B. C. D. *heredes sunt*, wo alle vier in der Vorstellung des Erblassers ganz auf gleicher Linie stehen und nur, weil es nicht anders möglich ist, nach einander genannt werden, wo man daher mit gleichem Recht den einen wie den andern *Adjectus* nennen könnte. Nicht erwiesen aber scheint mir, daß die römischen Juristen dem Ausdruck *adjectio heredis*, *adjectus heres* technisch die Bedeutung beigelegt haben, daß dadurch Jemand als bloßer Nebenerbe einem Andern als Haupterben entgegengesetzt werde. Jener Ausdruck hat einfach den Sinn, daß andern Personen noch Jemand als Erbe hinzugefügt wird, ohne daß deßhalb eine untergeordnete Stellung des letzten anzunehmen wäre. Wenn z. B. in L. 32. D. de vulg. et pup. subst. gesagt wird: *Titius coheredem iis, qui substituti sunt, adjecit*, so können wir nicht behaupten, daß das Wort *adjecit* hier in einem weniger technischen Sinn gebraucht sei, als anderswo, z. B. in L. 7. D. fam. ercisc. „*sub conditione adjectum coheredem*“, oder daß es hier eine technische Bedeutung habe, dort nicht. Die römischen Juristen würden auch, wenn Jemand zuerst eine Reihe von namentlich genannten Erben oder etwa alle seine Kinder zu Erben eingesetzt und nachher in einem besondern Satz hinzugefügt hätte: „auch Titius soll zudem mein Erbe sein“, diesen Titius unbedenklich *adjectus* genannt oder z. B. gesagt haben: *liberis heredibus institutis Titium coheredem adjecit*. Ueberall, wo der Vorstellung des Testators zunächst gewisse Personen vorschwebten, die seine Erben sein sollen, und dann erklärt wird, daß außerdem noch Jemand Erbe sein solle, kann man dieses Ausdrucks sich bedienen. Daher ist denn namentlich in dem Falle, wenn ein Erbe unbedingt, ein anderer bedingt eingesetzt ist, der Ausdruck anwendbar, insofern hier vor Allem der erste als jedenfalls berufener Erbe vorgestellt sein wird, dem der Andere nur unter gewisser Voraussetzung hinzutreten soll. Sind dagegen Mehrere bedingt eingesetzt, so wird es in der Regel nicht passender sein, von *Adjectio* zu sprechen, als wenn Mehrere gleichmäßig unbedingt eingesetzt werden. Ich fühle jedoch wohl, daß auch bei der Concurrentz einer unbedingten und einer bedingten Erbeinsetzung der Gedanke des Erblassers verschiedene Nuancen haben könne, z. B. „A und B setze ich zu Erben ein, B aber nur, wenn u. s. w.“, oder: „A soll mein

Erbe sein; wenn aber u. s. w., so soll auch B mein Erbe sein“. Im letzten Falle liegt es näher, als in jenem, zu sagen: B sei dem A unter Bedingung adjicirt. Es kann dabei auch eine Art von Unterordnung der einen Erbeinsetzung im Verhältniß zur andern in der Willensmeinung des Testators liegen; es kann ihm dabei vorzugsweise nur um die Einsetzung des A zu thun sein, für den Fall der eintretenden Bedingung der Erbeinsetzung des B aber weniger um diese Einsetzung selbst an sich, als vielmehr um die durch diese bewirkte Einschränkung des A. So ist es bei der *adjectio heredis poenae nomine* offenbar der Fall. Diese ist zwar, wenn gültig, nichts anderes, als bedingte Einsetzung eines Miterben¹⁹, aber der Wille des Erblassers ist hier hauptsächlich auf die Ernennung des ersten Erben gerichtet; er benützt die andere Erbeinsetzung nur als ein Mittel zur Bestrafung des Ungehorsams desselben, indem er ihm für diesen Fall in der Person des *Adjectus* einen Concurrenten gibt. Aber wir sind deshalb noch nicht berechtigt zur Aufstellung eines technischen Begriffes von *Adjectio*, worin eben dieses Moment der Unterordnung als ein wesentliches Merkmal aufgenommen ist. Die Vorstellung dagegen, daß durch die Concurrentz des *Adjectus* ein Anderer eine Einschränkung in demjenigen erleide, was ihm sonst allein gegeben wäre, mag allerdings diesem Ausdruck regelmäßig zum Grunde liegen; er ist wohl weniger passend, wenn zuerst Mehrere auf bestimmte Erbtheile eingesetzt sind, und dann etwa nachträglich noch ein Anderer für den nicht vergebenen Theil der Erbschaft eingesetzt wird²⁰.

Ich gebe ferner auch zu, was Bd. XV. S. 275. bemerkt wird, daß, wenn insbesondere einem von mehreren Erben ein Anderer für einen gewissen Fall adjicirt worden, der letzte als *Conjunctus* des ersten anzusehen sei und daher nur mit diesem in dessen Erbtheil concurrirre, nicht aber ein eigener Erbtheil neben allen Eingesezten für ihn anzu-

¹⁹ So sagt Gaius II. 243. »non immerito quibusdam placeat, poenae nomine heredem institui non posse: nihil enim intererit, utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid aut non fecerit, an coheres ei adiciatur, quia tam heredis adjectione quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum laciatur«. Darin, daß ihm ein Miterbe beigegeben wird, den er sonst nicht haben würde, liegt die Strafe für den Ungehorsamen.

²⁰ §. B. in dem Falle der L. 59. §. 6. D. de hered. instit. Bd. XV. S. 273. not. 2.) In L. 78. §. 3. D. l. c. wird jedoch der Miterbe *adjectus* genannt, obwohl er den zunächst berufenen Erben durch seine Concurrentz nicht beschränkt. Wenn *Sejus Maevium ex parte, quam capere possit, heredem instituit, ex reliqua Titium*, so bekommt *Maevius* jedenfalls den ganzen Erbtheil, auf den er eingesetzt ist, dessen Größe nur zur Zeit noch ungewiß ist; *Titius* kann ihn durch seine Concurrentz nicht darin beschränken (si *Maevius solidum capere poterit, Titius heres non erit*). Es scheint daher ein Widerspruch zu sein, wenn *Fufcia* zuerst S. 269. die *Abjection* dahin definiert, daß dadurch ein Anderer als Nebenerbe, der den Haupterben durch Verbindung mit ihm beschränken soll, berufen werde, und dann S. 273. doch in dem Fall der L. 78. cit. eine eigentliche *Abjection* in seinem Sinne anerkennt.

nehmen sei. So z. B. in diesem Falle: „A soll mein Erbe sein; wenn er aber nicht heirathet, soll B mit ihm Erbe sein; C soll mein Erbe sein“. Hier würde A, wenn er nicht heirathet, mit B zusammen die eine Hälfte der Erbschaft bekommen, C die andere, eben so als wenn unbedingt A und B zusammen eingesetzt wären und dann noch insbesondere C²¹. Eine Eigenthümlichkeit der Adjectio in dem besondern technischen Sinne, welchen Hufschke zum Grunde legt, kann ich jedoch darin nicht erkennen. Dasselbe kann auch vorkommen bei solcher Ernennung eines Miterben, auf welche dieser Begriff nicht anwendbar ist; z. B. „A soll mein Erbe sein; B und C sollen meine Erben sein, C aber nur, wenn er heirathet“. Hier wird Hufschke den C nicht technisch Adjectus des B nennen; so wenig wie in diesem Falle: B und C sollen meine Erben sein, jener, wenn er die D, dieser wenn er die C heirathet“. Dennoch wird C existente conditione ohne Zweifel Coniunctus des B, eben so gut wie in dem obigen Beispiel B Coniunctus des A ist.

Entschieden aber muß ich nun in Abrede stellen, was S. 274 als wichtigste Eigenthümlichkeit der Adjectio zuerst hervorgehoben wird. Die Adjectio soll mit der Substitution gemein haben, „daß sie vor dem Eintritt der Bedingung oder der Wegräumung eines sonstigen dem Eintritt des Adjectus entgegenstehenden Hindernisses den Institututen noch nicht beschränkt, weil dieser als Haupterbe unmittelbar allein berufen ist“²². Der letzte soll daher vorläufig die Erbschaftsklagen für's Ganze anstellen können, und erst, wenn hinterdrein der Adjectus ihn beschränkt, mit diesem das Erlangte theilen oder dessen *partiarum hereditatis petitio* sich gefallen lassen müssen, während dagegen derjenige, welchem sonst möglicher Weise die Coniunctenz eines Miterben bevorsteht, von vornherein nur für den Theil Erbe werden könne, der ihm nach der Zahl der ernannten Erben zukommt²³. Der Beweis hiefür soll enthalten sein

²¹ L. 59. §. 2. D. de hered. instit. 28. 5. Der Testator braucht auch nicht ausdrücklich gesagt zu haben, B solle mit A Erbe sein; die Absicht der Coniunction kann sich auch ohnedies aus dem Zusammenhang ergeben; es ist dies in jedem einzelnen Falle Sache der Interpretation. Wenn z. B. gesagt wäre (vgl. Hufschke S. 275.): „A soll Erbe sein; wenn aber B Consul wird, soll auch er Erbe sein; endlich soll auch C Erbe sein,“ oder „A soll mein Erbe sein; C soll mein Erbe sein; wenn aber B Consul wird, so soll zudem auch dieser mein Erbe sein“, so würde man wohl Bedenken tragen, den B ohne weiters als Coniunctus des A oder des C zu betrachten.

²² Auffallend ist es, daß hierbei S. 274. not. 1. gerade der Fall zur Erläuterung benutzt wird, wenn der Haupterbe auf so viel als er capiren kann, ein Anderer, der sich zur Zeit in feindlicher Gefangenschaft befindet, auf das Uebrige eingesetzt ist (vgl. not. 16.). Hier kann ja doch Jener auf keinen Fall mehr, als worauf er eingesetzt ist, capiren, da er auf Alles was er capiren kann, eingesetzt ist. Sogar, wenn der Miterbe definitio wegfällt, bekommt jener nicht mehr: wie soll er denn nun einmischen, so lange das Recht des Miterben noch schwebt, die Stellung eines Allein-Erben behaupten?

²³ L. 59. §. 5. D. de hered. instit. 28. 5. L. 1. §. 5. sqq. D. si pars her. pet. 5. 4.

in L. 7. D. familiae erciscundae 10. 2. (Venuleius lib. VII. stipulationum.) Diese Stelle lautet:

Si heres unus, quum sub conditione adjectum coheredem aut apud hostes adjectum eo haberet, dixerit se heredem esse et actione expertus vicerit, deinde conditio heredis extiterit vel postliminio redierit, an victoriae commodum debeat cum eo communicari? nam indubitate iudicati actio ei in solidum competit. Et electionem coheredi dandam, id est, aut communicandam eam aut experiundi faciendam potestatem huic, qui post victoriam coheredis effectus sit heres aut reversus sit in civitatem. Idemque observandum, si postea natus sit postumus: non enim his personis silentium imputari potest, quum ad hereditatem post victoriam coheredis pervenerint.

Der Text ist zu Anfang offenbar verdorben. Die Worte adjectum eo geben keinen Sinn. Huschke schlägt vor: aut apud hostes aut postumum haberet, so daß das erste adjectum coheredem auf alle drei Fälle zu beziehen sei. Diese Emendation ist unzulässig, weil nachher zweimal wieder nur die beiden ersten Fälle erwähnt werden (in den Worten deinde conditio etc., und qui post victoriam etc.), und dann erst in einem besondern Satze die Anwendung derselben Entscheidung auf den Postumus nachfolgt. Die Basiliken (XLII. 3, 7.) unterstützen sie nicht, da sie den Inhalt des ganzen Fragments in eins zusammenziehen und deshalb natürlich gleich Anfangs die drei Fälle neben einander nennen müßten. Die Lesart des Haloander: „aut apud hostes addictum coheredem,“ schmeckt auch nach willkürlicher Emendation. Eher würde ich mir „apud hostes captivum coheredem“ gefallen lassen, obwohl die Schriftzüge weniger Ähnlichkeit haben. Vielleicht schrieb ein Abschreiber unachtsam statt captivum wiederum adjectum, oder wollte unrichtiger Weise die Worte adjectum coheredem an dieser Stelle wiederholen, schrieb dann den Fehler bemerkend dieselben nicht ganz aus und vergaß nachher das Geschriebene auszustreichen, wornach ein Anderer eo für eo las, ohne sich um den Sinn zu bekümmern²⁴. Im Folgenden möchte man auch statt cum eo communicari lieber lesen: cum coherede communicare?

Aus diesen Bemerkungen über den Text ergibt sich, daß Huschke

²⁴ Vgl. die Note von Brenm. ad h. l. »Tu nostro periculo adjectum eo expungas, ortum ex repetito imprudenter adjectum eo (so hat Brenmann wohl geschrieben, nicht eo), in quibus literis librarius substitit. — Die Emendation cohaberet für eo haberet ist gewiß nicht befallwürdig. — * Vgl. jetzt Rommen ad h. l.

ohne Zug die ganze Stelle auf einen Adjectus in seinem Sinn bezieht. Der den Postumus betreffende Nachsatz gibt nicht die mindeste Veranlassung dazu. Das Wort adjectus kommt hier gar nicht vor; der Satz deutet nur überhaupt auf einen Fall, wo hinterher noch ein nachgeborenes Kind als Miterbe auftritt, ohne zu unterscheiden, ob dieß bei der testamentarischen oder bei der Intestaterbfolge vorkomme. Was den in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Miterben betrifft, so ist es wenigstens zweifelhaft, ob dem Wortzusammenhang nach auch auf ihn das Beiwort adjectus zu beziehen sei. Streicht man die Worte adjectum eo ganz weg, so kann allenfalls wohl das erste adjectum bei dem apud hostes wieder hinzugedacht werden; man kann jedoch dabei auch bloß „coheredem“ in Gedanken wiederholen (cum coheredem haberet aut sub conditione adjectum aut apud hostes), und dieß scheint mir nach der Wortfolge ganz natürlich. Liest man addictum oder captivum, so wird die Beziehung des adjectum auf den apud hostes vollends ausgeschlossen. Und wenn unter dem Postumus in dem Nachsatze jeder nachgeborene Miterbe zu verstehen ist, so fehlt es auch an einem innern Grunde, unter dem qui apud hostes est sich gerade nur einen Nebenerben im Sinne des Verfassers zu denken, und nicht vielmehr überhaupt einen Miterben, dessen Erbrecht nur, weil er zur Zeit sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, einstweilen noch suspendirt ist; es wäre nicht einzusehen, warum dieses Hinderniß nicht dieselbe Wirkung in demselben Umfange haben sollte, wie das Hinderniß, wegen dessen das Miterbrecht des noch Ungeborenen vorläufig ungewiß war. Dann endlich können wir auch die Voraussetzung, daß unter dem sub conditione adjectus coheres nur ein solcher Nebenerbe verstanden werde, mit gutem Zug anfechten; wir können darunter jeden unter Bedingung eingesetzten Miterben verstehen, der nach Erfüllung der Bedingung einen Theil der Erbschaft für sich in Anspruch nehmen kann und eben dadurch den außerdem unbedingt eingesetzten Erben auch auf einen Theil einschränkt.

Aber steht dann nicht diese Stelle mit den oben in Ann. 23. angeführten Fragmenten in Widerspruch? — Ich meine: nicht. Die L. 7. cit. sagt nicht, daß der eine Erbe, während das Miterbrecht Anderer noch zweifelhaft war, mit Recht die Erbschaftsklagen für's Ganze angestellt habe; sie setzt es nur als Factum voraus, daß er sich als Alleinerben gerirte und als solcher klagend glücklich den Prozeß gewann (si dixerit se heredem esse et actione expertus vicerit). Dieß ist wohl möglich, wenngleich es nicht dem wirklichen Rechte gemäß war. Der Kläger erlangt dadurch, so wenig sein Recht begründet sein mochte,

unzweifelhaft die *iudicati actio* allein für's Ganze; und es fragt sich nun, was ist die Folge davon im Verhältniß des Klägers zu dem Miterben, dessen Erbrecht nachher entschieden wird? — So wird schon in der Glosse der Fall verstanden, und eben so auch von Cuiacius²⁵, obwohl beide übrigens in der Erklärung der Stelle von einander abweichen²⁶. Das aber, was Hufschke in derselben findet, die Anerkennung einer Berechtigung des Institutens, „der als Haupterbe unmittelbar allein berufen ist“, die Erbschaftsklagen für's Ganze anzustellen, ist nicht darin ausgesprochen.

Durch eine andere Stelle dagegen, welche Hufschke selbst kurz vorher (S. 272. not. 1.) anführt, wird seine Behauptung sogar geradezu widerlegt. Es ist L. 7. D. de vulg. et pup. subst. (Pap. lib. VI. respons.), welche ausagt:

²⁵ Recitatt. solenn. ad L. 7. D. cit. (opp. ed. Neap. vol. VII. p. 497. sq.) Verum de eo videamus, an jure potuerim interim agere petitione hereditatis in solidum? Recte Accursius ait me non jure egisse; quod verum est, quia scilicet postumi coheredes et captivi et sub conditione adjecti partem faciunt, id est, numerantur in partibus faciendis, licet nondum heredes effecti sint. Interim ergo non potui plus mea parte petere, pars altera in suspenso manere debuit, etc. An einem andern Orte spricht freilich Cuiacius eine andere Meinung aus. Vgl. unten Note 28.

²⁶ Die Glosse setzt eine erbchaftliche Schuldklage voraus, welche der eine Erbe in solidum angestellt habe; Cuiacius denkt an die hereditatis petitio. Das Folgende erklärt dann der letzte so: Dem Miterben, welcher in solidum den Prozeß gewonnen, siehe die Wahl zu, ob er wolle communicare indicati actionem aut experiendi potestatem facere, ob er das Miterbrecht des Andern anerkennen und somit der actio familiae erciscundae sich unterwerfen, oder das Miterbrecht läugnend der hereditatis petitio partiaris sich aussetzen wolle. Darin stimmt auch wieder die Glosse mit Cuiacius überein, daß sie das Wahlrecht dem coheres, qui vicit, beilegt; nur deutet sie das experiendi faciendam potestatem dahin, daß derselbe dem Miterben die Klage gegen den Erbschaftsschuldner so verschaffen müsse, als ob dieser nicht schon in solidum verurtheilt wäre. Wir dagegen schein es verfehlt, den Satz: electionem coheredi dandam etc. auf den unus heres, qui actione expertus vicit, zu beziehen, und ich begreife nicht, wie Cuias gegen Fulgosius sagen kann: verba palam dant electionem victori. Weder der sachliche noch der Wortzusammenhang spricht dafür. Da unmittelbar vorher ei auf den unus heres geht, so ist es gezwungen, auch coheredi auf ihn zu beziehen, zumal da nicht er, sondern nur der Gegner, im Vorhergehenden coheres genannt ist; auch müßte man dann nachher erwarten illi statt huic qui etc. Das Miterbrecht des adjectus wird bei der Frage: an victoriae commodum etc.? offenbar als unbestritten vorausgesetzt, und darauf wäre es eine sonderbare Antwort: der eine Erbe habe die Wahl, dieses Miterbrecht entweder anzuerkennen oder zu läugnern, und nicht minder wäre experiendi potestatem facere ein unpassender Ausdruck dafür daß er sich die partiaris h. p. gefallen lassen müsse, indem er dazu, wenn er Etwas in solidum pro herede besitzt, nichts zu thun braucht. Beziehen wir den fraglichen Satz auf denjenigen, der hinterdrein als Miterbe eingetreten ist, so ergibt sich ein weit befriedigenderer Zusammenhang, nemlich: „Diesem Miterben muß die Wahl gelassen werden, d. h. derselbe kann entweder an den ersten Erben sich wenden (actio familiae erciscundae) und von diesem Mittheilung des Erstrittenen (im vorliegenden Fall der iudicati actio) verlangen, oder er ist noch zur Klage zuzulassen gegen denjenigen, welchen jener als angeblicher Meinerbe bereits ausgelagt hat“. So erhält auch allein der am Ende angegebene Grund: non enim etc. seine Bedeutung. Es soll ihnen nicht exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden, unter dem Vorgeben, als hätten sie wissend den einen Erben für die ganze Erbschaft klagen lassen. (cf. L. 63. D. de re iud.). Cuiacius weiß mit diesem Grunde nichts anzufangen; denn dem Erben, welcher das Ganze erstritten, könnte doch das bloße Stillschweigen des Miterben in seinem Falle ein Recht geben, einem sonst durch Gemeinschaft begründeten Anspruch des letzten auszuweichen.

Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum aetatis frustra fieri convenit: sed qui non admittitur ut substitutus, ut adjectus heres quandoque non erit, ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod ei pater testamento dedit.

Papinian bespricht hier den Fall, wenn ein Vater seinem unmündigen Kinde über die Zeit der Unmündigkeit hinaus substituirt hat; z. B. „filius heres esto: si filius intra annum aetatis vicesimum decesserit, Titius heres esto“. Diese Verfügung ist als Pupillarsubstitution ungültig, sobald der Sohn das vierzehnte Lebensjahr überschritten hat. Man könnte aber etwa fragen, ob nicht Titius, wenn der Sohn vor dem zwanzigsten Lebensjahre stirbt, als Miterbe desselben zur Erbschaft des Vaters berufen sei? Nein, antwortet Papinian, dieß wäre gewiß gegen den Willen des Erblassers; denn es würde daraus folgen, daß nun einstweilen der Sohn nicht die ganze Erbschaft des Vaters erhalte (non habeat totum interim), bis entschieden ist, ob er das festgesetzte Alter erreiche und dadurch die Bedingung der Einsetzung des Miterben Titius vereitelt werde²⁷. Nach Papinian's Meinung würde also, wenn Titius wirklich als Adjectus des Sohnes zu betrachten wäre, der letzte keineswegs einstweilen, so lange die Bedingung dieser Adjectio schwebt, als unmittelbar allein berufener Haupterbe die ganze Erbschaft haben.

Es bleibt noch ein Punkt in dem von Huschke ausgeführten eigenthümlichen Recht der Adjectio übrig. „Auch würde, sagt er S. 275, dem adjectus pendente conditione eben so wenig wie dem Substituten die bonorum possessio gegeben werden, da auch ihm der Institutus vorgeht, während ein bedingter Hauptmiterbe sie verlangen kann.“ In den Quellen finden wir hierüber eine ausdrückliche Bestimmung nicht, weshalb auch der Verfasser nur problematisch sich ausdrückt. Aber es ist nicht zu läugnen, daß nach der Natur der Sache diese seine Meinung viel für sich hat. Cujacius behauptete: überall, wo ein unbedingt ernannter Erbe mit einem bedingt eingesetzten concurrirte, ohne daß beiden durch den Testator ausdrücklich festgesetzte Erbtheile angewiesen werden, könne der erste vorläufig allein bonorum possessio in Ansehung der ganzen Erbschaft erlangen, so lange die Bedingung der andern Erbeinsetzung nicht erfüllt sei²⁸. So allgemein läßt sich diese Behauptung wohl

²⁷ Vgl. Cuiac. ad h. l. in Papiniani respons. lib. VI. (opp. edit. Neap. vol. IV pag. 4055 sq.)

²⁸ Recitat. ad L. 2. D. de bon. poss. sec. tab. (opp. edit. Neap. vol. VIII. p. 440. Cujacius vertheidigt hier die Meinung des Ajo, der sich auch auf die L. 7. D. fam. erisc. beruft, gegen die

nicht rechtfertigen. Wenn der Testator zwei Personen gleichmäßig zu Erben ernannt hat, nur die eine unter Bedingung, so kann die letzte wenigstens mit eben so gutem Rechte sagen, ihr gebühre in Ansehung des einen Theils schon vorläufig die *bonorum possessio*, mit Rücksicht auf den möglichen Fall der Erfüllung der Bedingung, als die andere mit Rücksicht auf den entgegengesetzten Fall allein die *bonorum possessio ex asse* in Anspruch nehmen kann; nur muß derjenige, welcher die *bonorum possessio* erlangt, dem Andern wegen künftiger Restitution der Erbschaft *Cautio* leisten. Wenn dagegen der Testator vorzugsweise nur den einen als Alleinerben im Auge hatte und nur für einen gewissen Fall diesem einen Andern als Miterben hinzufügen wollte, z. B. *poenae nomine*, so scheint es allerdings angemessen, auch in Ansehung des noch unentschiedenen Erbtheiles vielmehr jenem, wenn er gehörige *Cautio* anbietet, als diesem die *bonorum possessio* zuzusprechen. Man darf wohl den Fall so betrachten, als sei jener auf einen Theil unbedingt, auf den andern bedingt eingesetzt und für den letzten Theil der Andere ihm unter der entgegengesetzten Bedingung substituirt²⁵, und darnach würde denn für diesen Theil dasselbe anzunehmen sein, was in Ansehung der ganzen Erbschaft gelten würde, wenn Jemand allein unter Bedingung instituirt und ein Anderer ihm unter entgegengesetzter Bedingung substituirt ist.

Hat die bisherige Untersuchung gezeigt, daß zwar die Ausführung unseres Gegners über das eigenthümliche Recht der *Adjectio* keineswegs auf volle Beistimmung Anspruch machen könne, aber doch ein wahres Element enthalte, so wollen wir nun die Entwicklung desselben weiter verfolgen, indem wir dabei einen solchen Fall der *Adjectio*, wie er ihn sich denkt, zum Grunde legen. Er legt folgende drei Einfügungen zur Veranschaulichung der Sache vor:

1. „A soll Erbe sein; B soll Erbe sein, wenn ein Schiff kommt; C soll Erbe sein, wenn D heirathet“.
2. „A soll Erbe sein; es sollen aber auch, wenn ein Schiff kommt, B, und wenn D heirathet, C Erben sein“.
3. „A soll Erbe sein; aber wenn ein Schiff kommt, soll es B sein, oder wenn D heirathet, soll es C sein“.

Im ersten Fall sind alle drei — Haupterben; die Erbschaft zerfällt

des Joannes und gegen seine eigene (oben Note 25), für den Fall, daß *heredes non sunt scripti ex parte*. Finge: *primus heres esto, secundus item heres esto: hoc casu primus bonorum possessionem totorum bonorum admittet et interum adire poterit in solidum, et existente conditione communicabit.*

²⁵ L. 27. pr. D. de hered. instit. — L. 52. §. 1. D. de acquir. hered.

in Drittel, und wenn einer nicht erwirbt, so accrescirt den beiden übrigen zu gleichen Theilen. Im zweiten und dritten Fall ist nur A Haupterbe, B und C sind Adjecti. Aber im zweiten Fall sind B und C als conjuncti dem A adjicirt, im dritten Fall dagegen jeder selbständig und ohne Verbindung mit einander. Dort bekommen daher beide zusammen, oder, wenn einer wegfällt, der Andere jure accrescendi allein die eine Hälfte. Hier ist dem A sowohl gegen den B als gegen den C die volle Einsetzung gegeben, und dieß läßt sich nicht anders denken, als daß er mit einem Semis dem B, mit einem andern Semis dem C gegenüberstehe; wenn nun die Bedingung eines der beiden Adjecti fehlschlägt, so concurrirt derselbe in dem ihm zur Concurrenz angewiesenen Semis nicht, sondern dieser bleibt dem A unvermindert; B und C haben gegenseitig kein jus accrescendi. — So Huschke S. 277. 278. — Allein blicken wir zurück auf das unter 2. und 3. Bemerkte, so können wir die Rechnung nicht für richtig anerkennen. Im dritten Fall müssen die beiden Erbeinsetzungen, wenn kein Fehler darin liegt, sich gegenseitig ausschließen, und es wird nur entweder B oder C Erbe neben A, und zwar zur Hälfte. Ist aber die Erfüllung beider Bedingungen möglich, so läßt sich denken entweder: der Testator habe irriger Weise die beiden Erbeinsetzungen für einander ausschließende gehalten, oder: er habe unrichtiger Weise der Disjunction „oder“ sich bedient. Jedenfalls können nun B und C beide neben A Erben werden, wenn beide Bedingungen wirklich erfüllt werden. Bei der ersten Voraussetzung aber würde man mit Recht sagen: der Testator habe dem A auf keinen Fall mehr als eine Hälfte der Erbschaft entziehen wollen; in Ansehung dieser Hälfte concurriren B und C miteinander als rei conjuncti; eben deshalb aber bekomme auch jeder von ihnen beim Wegfallen des andern die ganze Hälfte, da sie in der That einem jeden ganz zugedacht war und nur, weil keiner den andern ausschließt, concursu partes fiunt. Bei der andern Voraussetzung wäre das oder nur in und zu verwandeln oder copulativ zu interpretiren, und dann könnte man allerdings noch in Frage stellen, ob denn B und C Conjuncti seien; aber wenn sie nicht Conjuncti sind, so kommen sie auch bei Bestimmung der Erbtheile nicht als solche in Betracht, so bekommen A, B, C jeder ein Drittel, und wenn einer ausfällt, so accrescirt dessen Erbtheil gleichmäßig den beiden andern. Daß, wenn B und C nicht Conjuncti sind, dem A gegen jeden von beiden selbständig das Ganze gegeben sei, daß er also dem einen mit der einen Hälfte, dem andern mit der andern Hälfte gegenüberstehe, ist, so viel ich sehe, eine ungegründete Voraussetzung. Denken wir uns

nur z. B. eine *adjectio heredis poenae nomine*. Der Testator will den Haupterben, falls er etwas gegen seinen Willen thue, strafen, und ernennet ihm daher unter dieser Bedingung einen Miterben. Dieser würde als alleiniger Miterbe in Ermangelung ausdrücklicher Festsetzung des Erbtheils die Hälfte der Erbschaft bekommen. Nun beabsichtigt der Testator aber weiter den Haupterben noch mehr zu strafen, falls er sich noch eine andere Uebertretung seines Willens zu Schulden kommen lasse, und ernennet ihm für diesen Fall nachträglich einen zweiten Miterben. Die beiden *Subjecti* sind hier nicht *Conjuncti*; man wird aber gleichwohl nicht behaupten, daß dem A gegen jeden selbständig das Ganze gegeben sei, und folgeweise jeder nur ein Viertel bekomme; die größere Strafe für den Haupterben, falls er in beiden Beziehungen gegen den Willen des Erblassers handelt, besteht darin, daß er dann mit zwei Miterben concurrirt und daher nur ein Drittel der Erbschaft erhält, während er sonst nur einen Miterben hätte und also die Hälfte behalten würde.

Von selbst wird man nach dem Bisherigen erwarten, daß ich dem Verfasser noch weniger beistimmen könne, wenn er „zur vollen Einsicht in die Arndts'schen Mißverständnisse“ gelangt zu sein glaubt, indem er seine Grundsätze von der bedingten Einsetzung zweier auf die eines einzigen Miterben unter alternativen Bedingungen anwendet. Er setzt folgende drei Erbeinsetzungen:

1. „A soll Erbe sein; B soll Erbe sein, wenn ein Schiff kommt oder wenn D heirathet“.
2. „A soll Erbe sein; es soll jedoch, wenn ein Schiff kommt oder D heirathet, auch B Erbe sein“.
3. „A soll Erbe sein; wenn aber ein Schiff kommt oder wenn D heirathet, soll auch B Erbe sein“.

Im Fall 1. betrachtet Huschke beide Eingesezte als Haupterben; man könne nur zweifeln, jagt er, ob B, wenn beide Bedingungen eintreten, die Hälfte oder zwei Drittel bekomme? Wenn der Erblasser das letzte deutlich ausgesprochen hätte, so müßte es freilich gelten; aber so wie die Erbeinsetzung vorliegt, wird es gewiß Niemand darin ausgesprochen finden. Auch von den Juristen, welche bei einer zweimaligen Einsetzung des B eine Drittheilung annehmen, ist doch in diesem Falle gewiß keiner eine solche zu behaupten geneigt gewesen; daß B jedenfalls nicht mehr als einfacher, d. i. zur Hälfte concurrirender Miterbe des A werden solle, ist hier schon weit unzweifelhafter ausgesprochen, als in der Verfügung (H. S. 279. not. 1.): „B heres esto tunc, si navis venerit et tunc, si uxorem duxerit“. Auch neigt sich Huschke selbst

mehr zu dieser Auslegung, wornach die Conjunction oder bloß die Bedeutung hat, die copulative Deutung beider Bedingungen auszuschließen. Gleichwohl aber mischt er sofort wieder unnöthiger Weise die Idee einer Conjunction des B mit sich selbst ein, die doch nur zulässig ist, wenn man dem Wörtchen oder nicht bloß die Bedeutung beilegt, daß es die copulative Deutung beider Bedingungen ausschließe, sondern dasselbe zugleich auf die in der That nur gewollte eine Erbeinsetzung des B (zur Hälfte), oder dessen einfache Berufung zum Miterben des A theilend zurückwirken läßt. Daher wirft er sich auch (S. 279. not. 2.) die Frage auf, ob nicht, wenn B einen Substituten hätte, diesem bei Nichterfüllung der einen Bedingung ein Viertel zufäme? Diese Frage beantwortet er dann zwar, weil der Institut auf das Entschiedenste mit sich conjungirt sei, verneinend, was im Resultat richtig ist. Aber es ist inconsequent; denn die Conjunction des B mit B würde eben so wenig wie die Conjunction des C mit B, wenn diese nicht vorerst einander wechselseitig substituirt sind, den Eintritt des Substituten des einen und des andern hindern können. Wenn z. B. der Erblasser verfügt hätte: A sei Erbe zur Hälfte, B und C zur andern Hälfte; wenn B nicht erbt, soll D, wenn C nicht erbt, soll E Erbe sein, so wären B und C Conjuncti; nichts desto weniger aber würde D oder E als Substitut durch C oder B nicht ausgeschlossen, wenn B oder C nicht erbte, und dasselbe müßte gelten, wenn auch der Erbtheil („zur Hälfte“) nicht ausgedrückt wäre. Eben so müßte nun H. bei der alternativ bedingten Einsetzung des B, wenn er diesen als seinen eigenen Coniunctus in der einen Hälfte betrachtet, consequent den Substituten desselben zu $\frac{1}{4}$ Erbe werden lassen, wenn eine der alternativen Bedingungen fehlschlägt. Weil aber B in der That nicht zu zwei Viertheilen unter zwei verschiedenen Bedingungen, sondern zu einer Hälfte auf den Fall, daß auch nur eine von beiden Bedingungen erfüllt werde, eingesetzt ist, so kann sein Substitut erst an die Reihe kommen, wenn keine von beiden Bedingungen erfüllt wird. Wenn dagegen der Erblasser der Erbeinsetzung unter 1. hinzugefügt hätte: „wenn aber kein Schiff kommt, oder wenn D nicht heirathet, so soll C Erbe sein“, so würde freilich C auch schon nach Defizienz einer von beiden alternativen Bedingungen der Einsetzung des B eintreten und nur durch Erfüllung beider ausgeschlossen werden; aber dann wäre er auch dem B nicht rein substituirt, sondern unter Bedingung adjicirt.

In dem Falle unter 2. ferner nimmt H. dasselbe Resultat an, wie nach der zweiten Auslegung im ersten Falle, nur mit dem Unterschiede, daß hier das besondere Recht der Adjectio eintrete, von dem wir oben

gesehen haben, daß es nicht so bedeutend ist, wie G. voraussetzt. Im dritten Falle aber, sagt er, sei auf die beiden verschiedenen Bedingungen das Hauptgewicht gelegt, und weil damit die Adjectio des B nicht bloß sich verdoppele, sondern auch in dieser Verdoppelung sich sondere und den Adjectus zweimal selbständig der Einsetzung des A vermindern zu geselle, so ergebe sich, daß A in einem doppelten Als, also in einem und dem andern Semis gleichsam einen re conjunctus habe, also, wenn nur eine Bedingung eintrete, zu $\frac{3}{4}$ Erbe werde. — Ich hätte geglaubt, es müsse jedem Manne von unbefangenen nüchternem Verstande höchst verwunderlich erscheinen, daß es einen so bedeutenden Unterschied machen soll, ob der Testator gesagt habe: „es soll jedoch, wenn u. s. w., auch B Erbe sein (oder, was nach S. 276 eben so viel wirkte: „es soll aber auch, wenn u. s. w., B Erbe sein“), oder: „wenn aber u. s. w., soll auch B Erbe sein“. Da sich oben die Rechnung des Verfassers selbst in dem Falle, wenn zwei verschiedene Personen alternativ unter Bedingungen adjicirt sind, als falsch und auf ungegründeten Voraussetzungen beruhend erwiesen hat, so kann dieselbe natürlich hier noch viel weniger für richtig erkannt werden. Es ist und bleibt eine unerwiesene und der Natur der Sache widerstrebende Annahme, daß der A mit einem doppelten Als dem B gegenübergestellt sei. Die Disjunction oder hat auch hier keine andere Bedeutung, als die, daß dadurch die copulative Deutung der beiden Bedingungen, unter welchen der B dem A als Miterbe zugesellt (adjicirt) wird, ausgeschlossen werden soll. Wird B einfach und ohne Bestimmung seines Erbtheils dem A als Miterbe beigelegt, so bekommt er die Hälfte der Erbschaft. Diese Miterbschaft zur Hälfte ist das, worauf der Wille des Erblassers gerichtet ist. Ist die Adjectio einfach bedingt, so wird dieser Wille nur dann als unbedingt existent und kann die Miterbschaft nur dann eintreten, wenn diese Bedingung erfüllt wird; ist sie alternativ bedingt, so wird derselbe Wille vollkommen existent, sobald nur eine oder die andere Bedingung erfüllt wird. Immer aber ist es derselbe Wille desselben Inhalts, nämlich daß der B Miterbe des A werde, wobei sich von selbst versteht, daß er zu gleichem Theile mit ihm erbe, wenn ein anderes nicht ausdrücklich bestimmt ist. Auf diesen Inhalt des Willens hat die disjunctive Beifügung verschiedener Bedingungen gar keinen Bezug.

Dies ist es, was sich aus der Anwendung der bisherigen Erörterungen auf unsern Fall als Resultat ergibt. Getrost mag ich darnach den Vorwurf von Mißverständnissen zurückweisen, und getrost erwarte ich, ob ein künftiger Richter es nicht mit mir verkehrt finden werde,

daß man auf jede von einer ganzen Reihe alternativer Bedingungen einen besondern Theil der Erbschaft rechne. Ich will den Fall setzen, der Testator habe verfügt: „ich setze meinen ältesten Bruder zu meinem einzigen Erben ein: wenn aber derselbe vor dem zwanzigsten Lebensjahre stirbt, oder vor dem 25ten Jahre nicht heirathet, oder eine Mißheirath eingeht, oder bis zum 30sten Jahre keine eheliche Kinder hat, oder in fremde Kriegsdienste tritt, oder nach Amerika auswandert, so soll auch mein jüngerer Bruder Erbe sein“. Ich glaube nicht, daß Mancher es dem Willen des Erblassers und der Logik gemäß finden werde, wenn in diesem Falle Huschke, wosern nur die letzte Bedingung eintritt, dem jüngern Bruder nur einen Anspruch auf $\frac{1}{12}$ der Erbschaft geben will. Noch hervorstechender aber erscheint das Widersinnige seiner Annahme, wenn wir uns denken, der Testator habe zuerst etwa nur drei der genannten Bedingungen in einem Satze alternativ ausgesprochen, nachträglich aber noch in einem besondern Satze hinzugefügt, auch wenn eine der andern drei Bedingungen eintrete, solle der jüngere Bruder mit dem ältern Erbe werden. — „Das Widersinnige dieser Annahme tritt noch greller hervor“, so sagte ich schon Bd. 13. S. 302. (oben S. 105.), „wenn man den Fall setzt, daß der Testator den Erbtheil des Adjectus selbst ausdrücklich festgesetzt habe, in welchem Falle doch consequent dasselbe gelten müßte, wie da, wo dieses nicht geschehen ist“. Darauf erklärt sich Huschke jetzt nicht näher, und ich kann daher nicht sagen, in wiefern er diese Consequenz anerkennt. Mir scheint sie aber gegründet zu sein. Wenn der Testator ohne Bestimmung des Erbtheils einen Miterben ernennet, so versteht es sich von selbst, daß ihm ein so großer Erbtheil zugebracht ist, als sich durch die Zahl der Concurrenten ergibt; dieser Erbtheil steht gleich dem ausdrücklich festgesetzten. Wenn nun bei einer Einsetzung unter alternativen Bedingungen der stillschweigend zugebrachte Erbtheil sich theilt nach der Zahl der Alternativen, so muß dasselbe consequent auch in Ansehung des ausdrücklich festgesetzten Erbtheils des Adjectus behauptet werden. Daraus würde sich dann, wenn in obigem Beispiele der jüngere Bruder eventuell zu $\frac{1}{4}$ dem ältern als Miterbe adjicirt worden wäre, ergeben, daß derselbe im Fall der Erfüllung nur einer von den alternativen Bedingungen so glücklich wäre, ein volles Vierundzwanzigtheil der Erbschaft davon zu tragen!! — Ich kann mich nicht enthalten, dieses Resultat auch jetzt noch mit Ausrufungszeichen zu decoriren.

Die bisherige Ausführung ergibt, daß die neue Argumentation aus der Natur der Sache, welche mein Herr Gegner mit zwar nicht mehr

sanguinischer, doch noch immer ziemlich fester Siegeshoffnung mir entgegenstellt, nicht scharf genug, oder vielleicht, um an ein bekanntes Sprichwort zu erinnern, allzu scharf und allzu spitz ist, um durch meinen harten Schädel den Durchgang zu finden. Auf die zur Unterstützung herbeigezogenen übrigen Stellen will der Verfasser so wenig jetzt wie früher ein großes Gewicht legen (S. 282.), und es ist daher nicht nöthig, noch einmal näher darauf einzugehen, um so weniger, da H. die Zulässigkeit meiner Interpretation nicht geradezu bestreitet und bei der seinigen nur in der Voraussetzung, daß die vorher entwickelten Grundsätze feststehen, beharrt. Indessen kann ich doch nicht umhin, Huschke's Erklärung der L. 13. §. 6. D. de reb. dub. noch einmal mit aller Entschiedenheit anzugreifen. H. nimmt die Erbeinsetzung des Sohnes und der Tochter für eine, und sieht den Fremden als Adjectus des Sohnes und der Tochter an; diese beiden verbunden stellt er nach seiner Weise mit einem doppelten Als oder zwei Semisses jenem gegenüber, und bringt so für den letzten, wenn Sohn oder Tochter nicht erbt, nur $\frac{1}{4}$ heraus. Nun kann aber der Fremde hier offenbar nicht als Adjectus des Sohnes und der Tochter betrachtet werden, sondern nur des Sohnes oder der Tochter, wenn diese oder jener nicht erbt. Und dem wirklich erbenden Kinde ist er nicht Adjectus in demjenigen technischen Sinne, welchen H. voraussetzt; denn diesem Kinde wird von dem ihm ursprünglich zgedachten Erbtheile durch ihn nichts entzogen; diesen bekommt es jedenfalls unverkürzt und es handelt sich nur um eine Ausschließung oder Beschränkung seines jus accrescendi in Ansehung des Erbtheils seines wegfallenden Miterben, in dessen Stelle der Fremde berufen wird. Nur vermöge des jus accrescendi oder durch Substitution kann der Sohn auch den Erbtheil der Tochter gewinnen. Ist er substituirt und mit ihm der Fremde, so ist der letzte in Ansehung dieses Erbtheils nur sein Adjectus im Sinne der L. 32. D. de vulg. subst., also nach H.'s eigener Erklärung nicht im technischen Sinne (Bd. XV. S. 271. not. 1.); ist er nicht substituirt, so ist kein Grund vorhanden, die wirklich vorliegende Substitution des Fremden auf einen Theil des Erbtheils der Tochter zu beschränken und ungeachtet derselben das sonst durch sie ausgeschlossene jus accrescendi ihres Miterben noch für einen Theil eintreten zu lassen. Der Fremde tritt als Substitut in der Tochter Erbtheil und ist nun in Ansehung der ganzen Erbschaft nur adjectus coheres des Sohnes, in dem vagen Sinn, in dem man überhaupt sagen kann: „parens liberis suis extraneum coheredem adiecit“. Nach H.'s Construction des Falles würde der Fremde als

Adjectus der einen Erbeinsetzung beider Kinder, unter der alternativen Bedingung: si aut filius aut filia heres non erit, erst die Hälfte der Erbschaft bekommen, wenn beide nicht erben (und man könnte ihm dann die andere Hälfte nur jure accrescendi auch zusprechen); dieß ist aber ja der Fall, in welchem er als Substitut beider die ganze Erbschaft haben soll. So macht H. einen Sprung von $\frac{1}{4}$, wenn nur eine Alternative eintritt, auf $\frac{1}{4}$, wenn beide eintreten, und muß dabei voraussetzen, daß Julian den so nahe liegenden Fall, daß der Testator den Fremden ganz an die Stelle des Wegfallenden zum Miterben einsetzen wollte, unbeachtet gelassen habe. Man setze: der Testator hatte drei Brüder; er setzt die beiden ältern zu Erben ein und, wenn der eine oder andere oder beide nicht erben, den dritten: werden wohl Viele geneigt sein, dem letzten nur $\frac{1}{4}$ zu geben, wenn einer von jenen stirbt, das Ganze, wenn beide sterben? — Auf meine frühere Gegenbemerkung, daß zwischen miscere und substituere doch kein reiner Gegensatz sich ergebe, erwiedert H. jetzt: auch das sei ja schon ein Gegensatz, reine und nicht reine, d. i. mit Adjection vermischte, Substitution und gerade dafür der Ausdruck miscere besonders passend. Dieß könnte ich mir in gewissem Sinn gefallen lassen und zur Unterstützung meiner Erklärung benützen: in dem einen Fall wird der Substitut des einen Kindes zugleich adjectus coheres des andern, aber nur in dem Sinne, wie ich es oben genommen habe; in dem andern Falle wird er als Substitut beider Kinder Allein-Erbe, also nicht Adjectus eines Andern. Aber mehr kann ich auch nicht zugeben, als daß dort, was in Beziehung auf das eine Kind Substitution ist, in Beziehung auf das andere adjectio extranei coheredis genannt werden könne, und der Ausdruck miscere kann durchaus nicht auf eine in der Erbeinsetzung enthaltene Mischung beider Elemente, Substitution und Adjection, gedeutet werden, sondern bezeichnet nichts anderes, als daß der Fremde unter die Kinder als Miterbe eingemischt werde, so wie auch in L. 80. §. 1. D. de acquir. hered. die Worte aliis mixtus heredibus meiner Ueberzeugung nach nichts anderes bedeuten, als „mit andern Miterben zusammen eingesetzt“, was einen reinen Gegensatz zu dem in L. 80. pr. cit. berührten Falle: si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, bildet.

Wir kommen nun endlich

5) zu der L. 40. selbst. Da ich, wie Figura zeigt, nicht zu den Urtheilsfähigen gehöre, die durch Huschke's Vertheidigung von der Richtigkeit seiner Prämissen überzeugt werden (Bd. XV. S. 287.), so versteht sich von selbst, daß ich seiner Erklärung der L. 40. cit. auch jetzt noch nicht

bestimmen kann. Nur die Betrachtung könnte mich etwa dazu bewegen, daß, was ein so scharfsinniger und gelehrter Jurist unserer Tage so beharrlich vertheidigt, wenn auch in sich unrichtig und verkehrt, doch wohl auch von einem römischen Juristen, die ja keineswegs unfehlbar waren, angenommen sein könnte. Aber dieß wäre freilich ein etwas bedenklisches Interpretationsprincip. Ich kann jedoch, auch die Richtigkeit der Prämissen vorausgesetzt, die Erklärung immer noch nicht befriedigend finden.

Zwar scheint meine erste Einwendung (Bd. XIII. S. 307. 308. oben S. 109. fg.) durch die Gegenbemerkungen (Bd. XV. S. 287—291.) schlagend widerlegt zu sein, indem hier nachgewiesen wird, daß bei der Festsetzung der Bedingung: *si heres non erit*, in der That diese beiden Möglichkeiten: *si hereditatem non adierit et eo modo sibi non adquisierit*, und: *si hereditatem non adierit, et eo modo alii non adquisierit*, dem Testator vor Augen stehen müssen, und daher diese beiden Bedingungen in jener einfach lautenden wirklich enthalten seien. Allein dieß angenommen, kann ich die Ausführung (Bd. XII. S. 409 bis 411.), warum in dem einen Falle beide Bedingungen copulativ, im andern alternativ zu verstehen sein sollen, durchaus nicht überzeugend finden. Geht man einmal davon aus, daß dem Testator jene beiden möglichen Fälle wirklich vor Augen gestanden haben, oder daß dieses nach vernünftiger Auffassung seiner Erbeseinsetzung und Substitution wenigstens angenommen werden müsse, so kann man auch, wie mir scheint, nicht mehr umhin, die beiden Bedingungen copulativ zu nehmen. Ist unter der Bedingung: *si heres non erit* nach der Intention des Testators auch der Fall begriffen: *si non alii hereditatem adquisierit*, so folgt nothwendig, daß das *hereditatem alii adquirere* noch unter den Fall des *heres esse* gehöre, daß also, wenn der Ersteingesetzte auch nur einem Andern die Erbschaft erwirbt, die Bedingung *si heres non erit* gar nicht erfüllt ist. Die Frage nach der Willensmeinung des Testators reducirt sich also darauf, was er unter dem *heres erit* und *heres non erit* verstanden habe, und je nachdem man diesen Ausdruck deutet, ist entweder, wenn der Eingesezte nur nicht für sich selbst erwirbt, die Bedingung der zweiten Erbeseinsetzung vollständig erfüllt, oder, wenn er einem Andern erwirbt, vollständig vereitelt. Im letzten Fall von einer im Sinne des Testators gewissermaßen doch eingetretenen Erfüllung der Bedingung: *si institutus heres non esset* zu reden, scheint mir das Lob mathematischer Strenge und Genauigkeit, das man den römischen Juristen spendet, mehr zu gefährden, als einiger Mangel an

Respect vor einer Künstlichkeit, die bisher meines Wissens nur zwei Rechtsgelehrte der neueren Zeit einem römischen untergelegt haben. (Bd. XIII. S. 311. fg. Bd. XV. S. 293.). Denn ich muß gestehen, daß es mir an dem nöthigen Schwung gebricht, um die Schärfe einer Interpretation zu preisen, welche herausbringt, daß die Bedingung: „si Titius heres non erit“ so viel heiße, als „si Titius hereditatem non adierit et eo modo sibi non adquisierit, aut si Titius hereditatem non adierit et eo modo alicui, id est aut sibi aut alii, non adquisierit“. Nach dieser Zerlegung könnte man in consequenter Anwendung der von H. gelehrten Grundsätze zu dem Resultate kommen, daß der Substitut im letzten Falle nicht $\frac{1}{4}$, sondern nur $\frac{1}{8}$ bekomme, da die nur auf $\frac{1}{4}$ sich beschränkende Alternative sich wiederum in zwei Alternativen zertheilt; und da nun unter diesen immer wieder dasselbe Verhältniß stattfinden würde, so könnte man in jener Theilung fortfahren mit Grazie in infinitum.

Zur Unterstützung seiner Erklärung hat jetzt H. noch den Umstand hervorgehoben, daß auch in der mit L. 40. wahrscheinlich verbunden gewesenen L. 38. D. h. t. ein Fall besprochen werde, in welchem nach Julian's Ansicht im Resultat eben so zu theilen wäre, wie es die Schlußworte der L. 40. angeben und H. es zu rechtfertigen sucht. Dieß ist allerdings ein scheinbares Argument. Aber wo Anderes entscheidend entgegensteht, kann es natürlich nicht den Ausschlag geben. Man braucht nur nachzusehen, wie Verschiedenartiges in den einzelnen §§. derselben L. 38. nebeneinandersteht, um das Gewicht dieses Arguments nicht zu hoch zu taxiren.

Was nun noch die Gegenbemerkungen gegen die von mir versuchte Erklärung betrifft (Bd. XV. S. 299—303. vgl. mit Bd. XIII. S. 312. fg. oben S. 113. fg.), so könnte auch die befangenste Vorliebe für das eigene Kindlein nicht verkennen, daß sie nicht die vollkommene Befriedigung gewährt, die der Brust den freudigen Ausruf: *έύρηκα, έύρηκα!* entlocken kann. Gleichwohl wird, wer anders mit den Resultaten der bisherigen Ausführung einverstanden ist, es nicht anmaßend finden, wenn ich sie unter den bisher versuchten Erklärungen, ungeachtet jener Gegenbemerkungen, noch für die relativ beste halte. Wenn H. nach meiner Auffassung in Julian's Worten eine besondere Hervorhebung des Unterschiedes, daß im vorgelegten Falle der Eingesezte doch nicht mutata conditione den Herrn zum Erben mache, vermißt, so wird man nach der gegnerischen Auffassung noch viel mehr eine Beachtung des ausdrücklichen Zusatzes „mutata conditione“ vermissen, auf welchen doch Julian noch besonders aufmerksam macht in dem Nachsatze: quae adjectio

ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes scripti postea in servitutum deducti fuerint; ja man könnte wohl mit einigem Rechte eben in diesem Nachsatze die von G. vernichtete Hervorhebung jenes Unterschiedes erkennen. Auch scheint G. in dieser Beziehung den Ausdruck in §. 4. J. de vulg. subst. „si hereditatem sibi cive, cuius juri postea subjectus esse coeperit, nicht nach Gebühr zu würdigen. Und die klar für mich sprechende Autorität des Theophilus ist doch auch nicht ganz zu verachten.

Nur wenige Worte werden jetzt noch nöthig sein, betreffend

II. Die Corollarien,

welche Huschke als wohl gewonnene Frucht seiner Untersuchung zuletzt zusammenstellt (Bd. XV. S. 303—311.). Dem ersten Satze versage ich natürlich auch jetzt noch meine Zustimmung; er ist es, gegen den die ganze Ausführung unter No. 1 bis 4 gerichtet war. Auch dem zweiten Satz muß ich nach wie vor widersprechen; ich kann ihn nur unterschreiben mit der wesentlichen Aenderung und Beschränkung, die ich früher (Bd. XIII. S. 319. oben S. 113.), angedeutet habe. In Bezug darauf macht aber Huschke jetzt noch einige beachtenswerthe Bemerkungen, betreffend die Fälle, in denen nach seiner Ansicht der zweite Satz noch im heutigen Recht anwendbar sei, nämlich wenn der Vater anstatt des in der Kindheit sterbenden oder anstatt des die Erbschaft ablehnenden Kindes diese erwerbe. Ich muß dem Verfasser jetzt beipflichten, wenn er diese Fälle nach der L. 40. D. cit. oder §. 4. J. cit. beurtheilt wissen will, und mich hätte allerdings schon früher der allgemeine Ausdruck in §. 4. J. cit. und Theophil. ad h. l. zu dieser Annahme bestimmen sollen. Es versteht sich jedoch, daß ich dann dem Substituten nicht wie Huschke ein Viertel, sondern mit Theophilus die Hälfte zuweise. Als den Hauptwerth jener Stellen aber darf man immer noch dieses bezeichnen, daß sie für den Fall, wenn kein Irrthum des Testators über den Status des Kindes vorliegt, berechtigen, die völlige Ausschließung des Substituten durch den Vater des eingesetzten Kindes als Regel zu behaupten.

Hiermit schließe ich diese meine Duplik. Es ist das gewöhnliche Schicksal, daß Prozeßschriften mit der Dauer des Prozesses an Umfang immer zunehmen, und so muß ich denn auch um Entschuldigung bitten, wenn diese Entgegnung das dem Interesse der Sache entsprechende Maß überschritten hat. Ich unterwerfe nun ebenfalls die ganze Untersuchung der Prüfung anderer einrichtsvoller Männer, welche ein begründetes Schlußurtheil fällen mögen, und wenn ich auch nicht im Voraus diesem mein Urtheil blindlings unterwerfen kann, so soll es mich doch freuen,

wenn überzeugende Entscheidungsgründe mir unverhoffte neue Belehrung geben. Von meinem Herrn Gegner aber nehme ich für jetzt Abschied, dankend für die Belehrung, die ich durch seine beiden Aufsätze gewonnen zu haben glaube. Muß ich auch ihre Ergebnisse für falsch erklären, so ist doch solcher Irrthum und solche Vertheidigung desselben immer achtbar und belehrend.*

39.

Ist die negative Potestativbedingung, der einzigen Erbeinsetzung hinzugefügt, ungiltig? **

Bekanntlich kann der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe schon vor Erfüllung der Bedingung secundum tabulas bonorum possessionem erlangen, welche dann existente conditione unwiderruflich wirksam wird, deficiente conditione aber ihre Wirksamkeit verlieren muß oder als nicht ertheilt anzusehen ist, wengleich die inzwischen bona fide vorgenommenen Verwaltungshandlungen anerkannt werden müssen¹.

Die Veranlassung dazu ist leicht zu erkennen. Blieb die Erfüllung der Bedingung lange unentschieden, so konnte nach Civilrecht einstweilen weder der bedingt eingesetzte Erbe, noch derjenige, welchem deficiente conditione die Erbschaft deferirt würde, z. B. der Substitut oder der Intestaterbe, sich der Erbschaft versichern, wenn andere sich des Besitzes der dazu gehörigen Sachen anmaßten. Es war also Gefahr, daß durch Usucapion die Erbmasse sehr geschmälert würde, welcher Gefahr vorzubeugen dem Interesse jedes künftigen Erben entsprach. Daher wurde dem bedingt eingesetzten Erben bonorum possessio ertheilt, damit er alsdann durch das interdictum quorum bonorum den Besitz der Erbschaftsachen gewinnen möchte. Auch auf die Gläubiger der Erbschaft war dabei Rücksicht genommen, als welchen sonst im Fall längerer Unentschiedenheit missio in bona gewährt werden mußte².

Jedoch nicht immer wurde dem bedingt eingesetzten Erben diese bonorum possessio ertheilt, sondern auch die Beschaffenheit der Bedingung,

* Gießener Zeitschr. XIX. S. 355—396. (1844.)

** Lehrb. §. 495. Anm. 4.

¹ L. 5. pr. L. 6. 12. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11. Vgl. L. 23. pr. D. de hered. instit. 28. 5. Si quis instituat heres in diem certum vel incertum (cf. L. 75. D. de cond. et dem.). is bonorum possessionem agnoscere potest et tamquam heres distrahere hereditatem.

² L. 8. D. quib. ex caus. in poss. eatur. 42. 4. Vgl. L. 23. §. 2. 3. D. de hered. instit. 28. 5.

namentlich ob der Erbe dieselbe etwa sofort zu erfüllen im Stande war, in Betracht gezogen³.

Auch war der Prätor zugleich darauf bedacht, diejenigen, welchen im Fall der Nichterfüllung der Bedingung die Erbschaft zufallen würde, zu sichern, indem er bei Ertheilung der *bonorum possessio* dem bedingt eingesetzten Erben *Cautio* für die Restitution der Erbschaft auslegte. Doch wird in unsern Quellen nur erwähnt, daß zum Vortheil des Substituten solche *Cautio* geleistet werden mußte, nicht auch, daß man die Intestaterben in gleicher Weise zu sichern suchte⁴.

Jene vorläufige *bonorum possessio* war nun auch das geeignete Mittel, dem Institutus in den Fällen, für welche bei Vermächtnissen die *Muciana cautio* eingeführt war, den Besitz der Erbschaft zu verschaffen: wenn nämlich die Erbeinsetzung von einer negativen Potestativbedingung abhängig gemacht war⁵. Es sind nur wenige Stellen, in welchen von der Anwendung dieser *Muciana cautio* auf die Erbeinsetzung gesprochen wird⁶. Es ist aber aus diesen Stellen nicht zu entnehmen, daß und wie sich dieselbe in dieser Anwendung von der oben genannten *Cautio* bei der überhaupt dem bedingt eingesetzten Erben *secundum tabulas* ertheilten *bonorum possessio* unterschieden habe.

Bei Vermächtnissen hatte die *Muciana cautio* den Zweck, in Erwartung der zur Bedingung gesetzten lebenslänglichen Unterlassung dem Legatar schon jetzt, und doch ohne Gefährdung desjenigen, welchem *deficiente conditione* dasselbe zufallen mußte, den Genuß des ihm bestimmten Vermächtnisses zu verschaffen, welches nach strenger Auslegung der Bedingung erst von den Erben desselben gefordert werden könnte, weil erst im Augenblick des Todes entschieden wurde, daß die Bedingung erfüllt sei; denn nur bei solchen Bedingungen wurde der Regel nach die *Muciana cautio* zugelassen⁷.

Es läßt sich noch bezweifeln, ob, wie man es gewöhnlich ansieht, die *Cautionsleistung* als wahre Erfüllung der Bedingung betrachtet worden sei, so daß nun das Legat, als sei es *ipso iure* fällig geworden, wirksam gewesen wäre. Die betreffenden Fragmente deuten nicht mehr an,

³ L. 23. §. 1. D. l. c. *Sed si bonorum possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit, veluti si servum, quem in potestate habeat, manumisit, nec manumittat, hic praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas.*

⁴ L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. pr. D. de stip. praet. 46. 5.

⁵ L. 7. pr. L. 67. 72. §. 1—3. L. 77. §. 1. 2. L. 79. §. 2. 3. L. 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 76. §. 7. D. de legat. II.

⁶ L. 7. 18. D. de cond. et dem.

⁷ In omnibus conditionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut *Muciana cautio* interponatur. L. 73. D. l. c. vgl. die Stellen in not. 5.

als daß der Legatar durch die Cautionsleistung den Erben zur Entrichtung des Legats anhalten und so das Legat schon *pendente conditione* erlangen könne; es wird aber dadurch eben anerkannt, daß die Bedingung des Legats eigentlich noch nicht erfüllt sei, und es läßt sich z. B. nicht daraus ableiten, daß der Legatar bei dem *legatum per vindicationem* nach geleisteter Cautio *ipso iure* die *rei vindicatio* gehabt habe, wie sie ihm nach eigentlicher Erfüllung der Bedingung des Legats zustehen mußte. Wurde aber dem Legatar der Gegenstand des Legats in Folge seiner Cautionsleistung wirklich übergeben, so mußte er freilich dadurch denselben so vollständig erwerben, wie durch jede *datio*, und es war in so fern der Erfolg des Legats schon jetzt eben so erreicht, als wenn es unbedingt gewesen wäre, abgesehen davon, daß in Zukunft noch die Verpflichtung aus der Cautio entstehen konnte. Es war jedoch strenge genommen nicht das Legat als unbedingt gültig geworden, sondern nur der Gegenstand des Legats schon jetzt erworben.

So konnte nun auch bei der auf gleiche Weise bedingten Erbeinsetzung vor wirklicher Erfüllung der Bedingung, d. h. bevor die zu unterlassende Handlung unmöglich geworden war, der eingesetzte nicht wahrer Erbe nach Civilrecht werden; er konnte nur durch *honorum possessio* dem Erben praktisch gleichgestellt werden. Bewiesen wird dieß durch L. 18. D. de cond. et dem. 35. 1.

Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest.

Hier wird derjenige, welchem *deficiente conditione non faciendi* nach Civilrecht die Erbschaft zufallen könnte, dem unter solcher Bedingung eingesetzten Erben entgegengesetzt. Es ist aber aller Regel zuwider, daß Jemand nach Civilrecht wahrer Erbe geworden sei, wenn noch die Möglichkeit vorhanden ist, daß ein anderer Erbe desselben Erblassers werde. Ohne Verletzung des Grundsatzes *semel heres semper heres* kann beides nicht zusammengereimt werden. Es konnte also nur eine Erwerbung der Erbschaft nach prätorischer Weise sein, welche durch die Cautionsleistung dem Erben möglich gemacht wurde; es mußte *honorum possessio secundum tabulas* sein, in derselben Art, wie sie auch im Fall einer andern Bedingung der Erbeinsetzung, deren Erfüllung sich verzögerte, erteilt wurde. Und wenn gesagt wird, es sei die *Muciana cautio* von Legaten auch auf Erbeinsetzungen übertragen worden⁸, so kann dieses

⁸ L. 7. pr. de cond. et dem. 35. 1. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.

nur daher erklärt werden, daß man nach Analogie dessen, was zunächst für Vermächtnisse eingeführt war, nun auch so bedingte Erbeinsetzungen aufrecht erhalten habe, während es bis dahin zweifelhaft gewesen, ob eine solche Erbeinsetzung überall giltig sein könne⁹; oder daß zuerst nur in Fällen dieser Art jene *honorum possessio* gemährt, und nachher erst dieselbe auch in solchen Fällen, in welchen die *Muciana cautio* nicht anwendbar war, wenn nur überhaupt die Erfüllung einer Bedingung der Erbeinsetzung längerem Aufschub unterworfen war, gestattet worden sei.

Diejenigen, welchen *deficiente conditione* die Erbschaft zufallen könnte, sind vor allen die Substituten, nächst ihnen die Miterben, welche durch das *ius accrescendi* den vacanten Erbtheil erhalten können, dann die Intestaterben, und zuletzt der *Fiscus* und andere juristische Personen, welchen die *bona vacantia* zufallen¹⁰.

Halten wir uns nun einfach an den Ausdruck der L. 18. cit., so müssen wir behaupten, daß alle genannte Personen in jener Reihenfolge auf die *Muciana cautio* von Seiten des unter solcher Bedingung eingesetzten Erben Anspruch machen können. So ist denn auch von vielen Rechtsgelehrten behauptet worden, daß namentlich auch den Intestaterben die *Cautio* geleistet werden müsse¹¹, und in einem Falle ist dieß von Justinian ausdrücklich anerkannt oder festgesetzt worden¹².

Anderer aber sehen diesen Fall als eine Ausnahme von der Regel an, und behaupten, daß regelmäßig die Intestaterben nicht in Betracht kommen; und zwar sind unter diesen einige der Meinung, daß, wenn auch nicht die Intestaterben, doch die Substituten berechtigt seien, die *Cautio* zu verlangen¹³, andere aber schließen auch die letzten davon

⁹ Das Vermächtniß war giltig; es konnte giltig in *mortis legatarii tempus* legit werden. *Pauli sentt.* III. 6. §. 6. Aber mit der Erbeinsetzung war es ein anderes, weil der Erbe doch nicht nach seinem Tode die Erbschaft antreten konnte. Man hätte freilich vor Einführung der *Muciana cautio* auch die Bedingung als *impossibilis conditio pro non adiecta* halten können; allein bekanntlich ist dieser Satz von der Ungiltigkeit unmöglicher Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen erst weit später entschieden angenommen, als die *Muciana cautio*, nach ihrem Namen zu schließen, eingeführt war.

¹⁰ Nach älterem Recht kam der *Fiscus* auch in so fern in Betracht, als ihm *deficiente conditione* der Erbtheil als *caducum* zu Theil werden konnte.

¹¹ *Cuiac.* Obs. V. 2. *Huber praelect. iur. civ. ad tit. pand. de cond. et dem.* §. 3. *Faber coniect.* II. cap. 16. *Van de Water obs. iur. civ. I. cap. 4.* *Voet ad tit. Dig. de cond. et dem.* §. 7. *Lauterbach colleg. lib. 35. tit. 1. §. 5.*

¹² *Nov. 22. cap. 44. §. 9.* Vgl. *Cuiac. ad h. l.*

¹³ *Bachov. ad Treutler. vol. III. disp. 13. thes. 6. cf. Cocceii ius controv. ad lib. 35. tit. 1. qu. 4.* Auch *Schiller prax. iur. Rom. exerc. 38. §. 104.* spricht nur den Intestaterben mit Rücksicht auf das ältere Recht die *Cautio* ab, setzt aber nach Erwähnung der Justinianischen Novelle hinzu: *Atque quum moribus nostris tantus successione testamentariae favor non sit, quantus erat Quiritibus, satius fuerit, ut in aliis, ita etiam heic sequi ductum rationis et Justinianae legislationis paritatem.*

aus und erklären die Bedingung der Erbeinsetzung für ungültig, die Erbeinsetzung selbst also für unbedingt, wenn Jemand allein (ex asse) unter solcher Bedingung zum Erben eingesetzt oder kein Miterbe vorhanden sei, dem er die Mucianische Caution leisten könne¹⁴. Amaya meint, es entspreche selbst L. 18. cit. dieser Ansicht sehr wohl, indem darin *legatum* und *hereditas* neben einander genannt seien, wodurch angedeutet werde, daß hier überhaupt nur an testamentarische Bestimmungen gedacht sei. Auch sei nach dem Rechte zur Zeit der classischen Juristen im Fall der Nichterfüllung der Bedingung nicht Intestaterbfolge eingetreten, sondern das Vermögen als *caducum* dem *Fiscus* zugefallen. Allein die *Caducität* trat gerade nur dann ein, wenn ein *pro parte* eingesetzter Erbe seinen Erbtheil nicht erwarb¹⁵, und für diesen Fall war eben der *Fiscus* derjenige, *ad quem deficiente conditione ea hereditas pertinere poterat*; war ein *heres ex asse* eingesetzt, so wurden die Intestaterben durch die *caducarischen* Bestimmungen nicht ausgeschlossen. Uebrigens aber wird jene Meinung durch den Inhalt der L. 18. cit. keineswegs unterstützt, und namentlich kann die Zusammenstellung von *legatum* und *hereditas* nicht als Beweis dafür benutzt werden. Vielmehr sollte man erwarten, daß der Verfasser der Stelle sich eines specielleren und bestimmteren Ausdrucks statt des „*ea hereditas*“ bedient hätte, wenn er nur den Fall, da Jemand neben andern Miterben *pro parte* unter einer solchen negativen Bedingung zum Erben eingesetzt war, im Auge gehabt hätte. Und wenn man L. 18. auch nur auf testamentarische Erbschaften beziehen wollte, so würden doch immer wenigstens die Substituten darin mitbegriffen sein. Es müssen also noch andere Gründe beigebracht werden, um gegen den Inhalt jener Stelle Intestaterben und Substituten von der *Muciana cautio* auszuschließen.

Man führt zum Beweise dafür an L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. (35. 1.) vgl. mit L. 20. pr. D. de cond. instit. 28. 7., und L. 4. §. 1. D. eodem.

Die beiden ersten Stellen betreffen folgenden Fall: Eine Frau hat ihrem Manne eine *dos* versprochen. Ehe diese gezahlt worden, stirbt sie, nachdem sie den Mann unter der Bedingung, *si dotem, quam ei promisi, neque petierit neque exegerit*, zum Erben eingesetzt hatte. Die Verfasser der beiden Stellen entscheiden übereinstimmend: wenn zugleich andere zu Miterben eingesetzt seien, auf welche die *Dotalschuld*

¹⁴ Donell. comm. VIII. cap. 33. §. 21. Amaya Obs. II. cap. 11. §. 36. Mühlenbruch doctrina pand. III. §. 649. not. 3. 2. Eßtbaut, System §. 954. not. k. Vgl. Averanii interpret. II. 24. §. 16.

¹⁵ Heinecc. ad. Leg. Iul. et Pap. Popp. lib. III. cap. II.

pro parte übergehen würde, so erfülle der Mann die Bedingung seiner Erbeinsetzung dadurch, daß er jenen sich bereit zeige, durch Acceptilation die ganze Forderung zu tilgen; denn nach vollzogener Acceptilation werde dem Manne die Möglichkeit, die das einzulagen, von selbst genommen, und wenn die Miterben nicht bereit wären, die Acceptilation vorzunehmen, so würde die Bedingung nach der Regel der L. 161. D. de reg. iur. als erfüllt anzusehen sein¹⁶. In L. 7. §. 1. cit. wird auch die Bereitwilligkeit, Caution zu leisten, daß er nicht klagen werde, der Bereitwilligkeit zur Acceptilation gleichgestellt¹⁷. Wenn aber der Mann allein unter jener Bedingung zum Erben eingesetzt sei, so könne er ohne weiteres Erbe werden, und die Bedingung sei ganz ohne Wirkung. Denn würde der Mann Erbe der Frau, so würde die Forderung aus dem Detailversprechen sofort durch Confusion erloschen sein, und es verständlich sich dann von selbst, daß er nicht daraus klagen könne; es würde also die Bedingung sofort durch Antretung der Erbschaft von selbst erfüllt werden. L. 7. cit. drückt dieses ganz richtig folgendermaßen aus:

Sed si ex asse sit institutus maritus sub ea conditione, quoniam non est, cui caveat, non impediri eum quominus adeat hereditatem (d. h. er kann die Erbschaft ohne Aufenthalt, ohne Cautionsleistung oder Erbieten dazu, antreten): nam iure ipso videtur impleta conditio eo quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem.

Weniger deutlich spricht dasselbe L. 20. cit. mit diesen Worten aus:

Quodsi solus institutus esset in tali conditione, nihilominus puto statim eum heredem futurum, quia *ἀδύνατος* conditio pro non scripta accipienda est.

Impossibilis kann hier die Bedingung nur deswegen genannt werden, weil das positive Factum, welches nach der Bedingung nicht eintreten soll, also das Gegentheil der zur Bedingung gesetzten negativen Thatsache, nämlich das petere und exigere dotem, unmöglich ist¹⁸. Denn entweder wird der Mann alleiniger Erbe, dann ist eben dadurch die petitio dotis nothwendig ausgeschlossen; oder wollte man sich an die Strenge des Buchstabens halten und behaupten, es müsse erst die Bedingung erfüllt, also das petere unmöglich geworden sein, bevor der

¹⁶ Quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset; quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur.

¹⁷ Paratum se accepto facere dotem vel cavere.

¹⁸ Vgl. oben Bd. I. S. 31. 32.

Mann Erbe werden könne, so würde folgen, daß so lange dieß unentschieden ist, auch kein Anderer Erbe werden könnte, also aus diesem Grunde keiner, den er belangen könnte, vorhanden, und somit die Klage unmöglich wäre; sie würde eben unmöglich bleiben, so lange nicht ein Anderer Erbe geworden wäre, und sobald dieß geschehen, könnte auch durch Erfüllung der Bedingung, z. B. durch Acceptilation, die Erbeinsetzung nicht mehr wirksam werden. Sind hingegen Miterben im Testamente berufen, so könnte diese der Mann belangen und dadurch Defizienz der Bedingung, unter welcher er zum Erben eingesetzt ist, herbeiführen, so wie er sie erfüllen kann dadurch, daß er sich die Klage gegen seine Miterben ganz abschneidet, oder, was praktisch dasselbe ist, diese durch Caution dagegen sicher stellt.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß diese beiden Fragmente für sich allein nicht hinreichen können, den Satz, zu dessen Beweise sie angeführt werden, zu begründen, weil sie sich durch die Eigenthümlichkeit des besonderen Falles, welche nicht bei allen negativen Potestativbedingungen in gleicher Weise vorhanden ist, erklären. Man ist namentlich nicht berechtigt, aus den Worten der L. 7. cit. „*quoniam non est cui caveat*“ einen solchen allgemeinen Satz abzuleiten, weil der eigentlich entscheidende Grund in dem letzten Satze *nam iure ipso etc.* enthalten ist, und es offenbar ein Fehlschluß ist zu sagen: da in diesem Falle deßhalb, weil kein Miterbe ernannt ist, *nemo est cui caveat*, so folgt, daß überhaupt nur dem Miterben cavirt zu werden braucht. Man könnte aus L. 7. nur folgern, daß die Erbeinsetzung als unbedingte gelte, *si non est cui caveat*, wobei aber noch nichts allgemein darüber bestimmt ist, *quando nemo sit cui caveatur*.

Sehen wir nun, ob aus L. 4. §. 1. cit. jene Behauptung abgeleitet werden könne, wobei etwa die beiden andern Stellen nur zur Unterstützung benutzt werden möchten.

Unser Fragment lautet so: *Idem Iulianus scribit, eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem; ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri: quae sententia vera est.*

Es soll also die dem Miterben in Ansehung der verbotenen Veräußerung geleistete Caution für Erfüllung der Bedingung *si non alienaverit servum hereditarium* angenommen, wenn aber kein Miterbe vorhanden ist, die Bedingung als *impossibilis* nicht beachtet werden.

Schon die Glosse erklärt das Letzte durch Beziehung auf den Satz

quoniam non est cui caveat, scheint also darin die Anwendung einer allgemeinen Regel zu finden, nach welcher negative Potestativbedingungen, der Einsetzung eines heres ex asse hinzugefügt, ungiltig wären. Und diese Erklärung ist es, welcher die in der Ann. 14. genannten Schriftsteller beistimmen. Denn in L. 4. §. 1. cit. wird unzweideutig nur darauf gesehen, ob der Erbe ex asse, ohne Miterben, eingesetzt sei, ohne Rücksicht darauf, ob ihm etwa ein Anderer substituirt sei, wie dieß aus dem Gegensatze „caventem coheredi“ und „ceterum si solus heres scriptus sit“ hervorgeht. Allein wir dürfen uns nicht zu leicht bei einer Erklärung beruhigen, welche zu einer den Worten so wenig entsprechenden Beschränkung der L. 18. D. de cond. et dem. nöthigen würde. Es stehen ihr zudem auch noch andere Bedenken entgegen. Nach derselben würde nämlich, wie es denn auch die Meinung jener Schriftsteller ist, auch der Substitut niemals die Mucianische Caution verlangen können. Es ist aber nicht einzusehen, wie man, wenn Substituten vorhanden sind, berechtigt sein könnte, allgemein zu sagen neminem esse, cui caveat, da doch in andern Fällen gerade der Substitut als derjenige genannt wird, welchem wegen Nichterfüllung einer Bedingung Caution geleistet werden müsse. In den oben Ann. 4. citirten Stellen wird nicht unterschieden, ob die Bedingung in faciendo oder in non faciendo bestehe; warum sollte nun nicht auch, wenn die conditio non faciendi eine solche ist, welche zu Muciana cautio Veranlassung gibt, dem Substituten Caution geleistet werden können? Und die in L. 4. §. 1. cit. erwähnte Bedingung ist noch dazu von der Art, daß sie schon bei Lebzeiten des eingesetzten Erben durch den Tod des Sklaven erfüllt werden könnte. Diese Einwendungen gegen die Benutzung der L. 4. §. 1. cit. zur Begründung der in Frage stehenden Behauptung muß insbesondere Mühlenbruch als gegründet anerkennen, wenn er zugibt, daß diese Stelle füglich auch auf die prätorische, nicht die Mucianische, Caution bezogen werden könne¹⁹. Wie sollte es aber auch, fragen wir weiter, gehalten werden, wenn dem sub conditione non faciendi pro parte eingesetzten Erben zugleich substituirt worden? Sollte auch hier den Miterben, nicht dem Substituten, die Caution geleistet werden? Gewiß nicht jenen, denen ja deficiente conditione der Erbtheil nicht zukommt, weil das ius accrescendi durch die Substitution ausgeschlossen ist. Also dem Substituten? Wenn aber dieß, so ist vollends nicht abzu sehen, warum nicht auch dem Substituten des ex asse eingesetzten Erben die Caution geleistet

¹⁹ §. 649. not. 8. Quem tamen posteriorem locum quominus ad praetoriam cautionem referamus nihil profecto impedit.

werden sollte. Oder wollte man, um diesen Folgerungen zu entgehen, sogar annehmen, daß in jenem Falle weder der Miterbe, weil ihm unter diesen Umständen der Erbtheil nicht anwachsen würde, noch der Substitut, weil er überhaupt niemals Anspruch darauf habe, die Caution verlangen könne? Es ist aber endlich auch noch Folgendes zu bedenken: Nach den Bestimmungen des Papischen Gesetzes war in den meisten Fällen, wenn wegen Nichterfüllung der Bedingung ein Erbtheil vacant wurde, das *ius accrescendi* der Miterben ausgeschlossen; regelmäßig also, wenn auch keine Substituten eintraten, waren es nicht die Miterben als solche, sondern diejenigen, *qui in eo testamento liberos habebant*, die *heredes et legatarii patres*, und in Ermangelung solcher Erben und Legatäre das *Aerarium* oder der *Fiscus*, *ad quos ea hereditas* (hier der Erbtheil) *pertinere poterat*²⁰. Wie sollte nun Julian die allgemeine Behauptung aufstellen, daß nur allein die Miterben die Caution verlangen könnten?

Alles dieses führt zu der Vermuthung, daß die Entscheidung der L. 4. §. 1. cit. wohl in besondern Umständen ihren Grund haben müsse, und es ist kein Zweifel, daß sie der von den Gegnern aufgestellten Meinung nicht mehr als Stütze dienen könnte, wenn sich ein solcher nachweisen ließe.

Man hat in der That verschiedene Versuche gemacht, unser Fragment auf solche Weise zu erklären. Unter diesen läßt sich vorerst der schon von Bartolus gemachte und von Voet gebilligte Erklärungsversuch leicht abweisen. Man soll voraussetzen, in dem Falle der L. 4. §. 1. cit. seien weder Substituten noch Intestaterben vorhanden gewesen. Abgesehen davon, daß die Stelle dieses Umstandes gar nicht erwähnt und nicht im Geringsten andeutet, daß sie auf einen speciellen Fall sich beziehe, ist diese Erklärung auch deßhalb unzureichend, weil ja, wenn keine Intestaterben da sind, immer noch der *Fiscus* mit seinem Ansprüche auf die *bona vacantia* als ein solcher, *ad quem ea hereditas pertinere potest*, übrig bleibt: woran Voet eben durch die Stelle, welche er zum Beweise anführt, daß wohl ein solcher Fall in Betracht gezogen werden könne²¹, hätte erinnert werden sollen.

Beifallswürdiger scheint van de Water's Meinung zu sein, welcher den Grund der Entscheidung darin findet, daß die vorliegende Bedingung nach des Erblassers Absicht ein Veräußerungsverbot enthalte.

²⁰ Gai. II. §. 206. 207. Agl. Ann. 10. und Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 409. 410.

²¹ L. 114. §. 2. D. de legat. I.

Dieses werde, wenn Miterben vorhanden seien, so angesehen, als sei es im Interesse dieser Miterben, welche zugleich Miteigenthümer des Erbschaftsflaven werden, auferlegt, und werde deshalb indirecte dadurch aufrecht erhalten, daß den Miterben wegen Unterlassung der Veräußerung Caution geleistet werden müsse. Werde aber einer allein unter solcher Bedingung zum Erben eingesetzt, so habe Niemand Interesse dabei, daß die Bedingung erfüllt werde, und aus diesem Grunde werde daher dieselbe unbeachtet gelassen, entsprechend dem Geiste des in L. 114. §. 14. D. de legat. I. enthaltenen Rescripts der Kaiser Severus und Antoninus: qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, prepter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam. Allein es scheint unzulässig von dem Veräußerungsverbot auf Bedingungen zu schließen. Man müßte dann consequent zu der Behauptung kommen, daß Bedingungen überhaupt nicht erfüllt zu werden brauchen, wenn Niemand bei der Erfüllung Interesse habe. Und es ist doch kein Zweifel, daß der Testator Erbeinsetzung und Vermächtnisse nach Belieben bedingen kann, wenn nur die Bedingung nichts Unerlaubtes, Unmögliches oder Verkehrtes enthält. Darauf ob irgend Jemand bei der Erfüllung der Bedingung Interesse hat, wird keine Rücksicht genommen; es ist gerade die Bedingung ein Mittel, wodurch der Erblasser auch solches erreichen kann, was nicht eben zum Vortheil eines bestimmten Dritten gereicht, sondern woran nur ihm persönlich gelegen ist. Es können auch ganz gleichgiltige Thatsachen zur Bedingung gemacht werden. Wenn nun dieß der Fall ist, so ist auch nicht anzunehmen, daß die Bedingung der Nichtveräußerung deshalb ungiltig sein sollte, weil Niemand bei der Erfüllung derselben, wenn einmal der bedingt eingesetzte Erbe wirklich Erbe geworden ist, Interesse habe. Es ist genug, daß Personen da sind, welche ein Interesse dabei haben, daß die Bedingung nicht erfüllt werde; solche nämlich, welchen im Fall der Nichterfüllung der Bedingung dasjenige zufällt, was einem andern unter der Bedingung hinterlassen worden ist²².

Unbefriedigend ist auch die Erklärung, welche Cujacius²³ aufgestellt hat. Er sagt, unter servus hereditarius werde nur der einer hereditas iacens zugehörige Slave verstanden. Nun könne diesen der eingesetzte Erbe nicht veräußern, weil er noch nicht Eigenthüm r desselben

²² L. 65. §. 1. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. vgl. L. 18. D. de cond. et dem. 35. 1.

²³ Obs. V. cap. 2. **3**hm stimmt bei Huber, praelect. iur. civ. ad tit. pand. de cond. et dem. nro. 3.

sei. Sobald er aber Erbe geworden, werde der Sklave sein Eigenthum, und höre auf *servus hereditarius* zu sein. Es sei also die Bedingung *impossibilis* genannt und als solche *pro non scripta* gehalten, weil sie in keinem Falle übertreten werden könne; vor der Erwerbung der Erbschaft nicht, weil dann der eingesetzte Erbe noch nicht Eigenthümer, nach der Erwerbung der Erbschaft nicht, weil dann der Sklave nicht mehr *servus hereditarius* sei. Diese Erklärung kann man in der That nicht von dem Vorwurfe freisprechen, den ihr Bachov und van de Water gemacht haben, sie sei *quasi cavillatoria*, obgleich Huber den Vorwurf zurückgibt, indem er den ersten von jenen beiden *cavillatorum princeps* nennt. Es wird wohl in manchen Stellen *servus hereditarius* insbesondere derjenige genannt, welcher noch zur *hereditas iacens* gehört, weil darin gerade von besondern Rechtsverhältnissen dieser die Rede ist. Aber es ist auch bekannt genug und der Sache selbst ganz entsprechend, daß die Erbschaftsachen ohne jene Beschränkung auf die Zeit vor Antrittung der Erbschaft *res hereditariae* genannt werden, und es wäre daher gewiß eine unzulässige Spitzfindigkeit, die Worte des Testators in so beschränkter Bedeutung zu nehmen. Auch darf man nicht voraussetzen, daß der Testator selbst die Bedingung so ausgesprochen habe, wie sie in L. 4. §. 1. angegeben wird, *si servum hereditarium non alienaverit*. Dieß ist nur der allgemeine Ausdruck der Bedingung, welche im einzelnen Fall durch Nennung des dem Erblasser selbst gehörenden Sklaven, der nicht veräußert werden soll, näher bestimmt wird: z. B. *Titius, si Stichum servum meum non alienaverit, heres esto*. Es kann also schon deshalb die Erklärung des *Cujacius* gar nicht Statt haben.

Dagegen scheint mir ein befriedigenderes Resultat der von Faber angedeutete Erklärungsversuch zu geben, über welchen zwar van de Water mit Geringschätzung hinweggeht²⁴, mit besserem Rechte aber Wächler urtheilt: *neque plane spernendus Antonius Faber*²⁵. Dieser legt, wie *Cujacius*, Gewicht darauf, daß in der Bedingung von einem zur Erbschaft gehörenden Sklaven die Rede ist, aber nicht, wie jener, den Begriff der *hereditarius servus* widersinnig beschränkend, sondern den Einfluß richtig beachtend, welchen der Umstand, daß der nicht zu veräußernde Sklave zur Erbschaft gehört, auf die Bedingung der Nichtveräußerung haben müsse. Wenn nämlich der Sklave zur Erbschaft

²⁴ „Suam quoque symbolam huc contulit Ant. Faber coniect. lib. 2. cap. 16. Omitto illius coniecturae ceu nimis longe petita refutationem“.

²⁵ *Opusc. iurid. philolog.* pag. 565.

gehört, so wird der eingesezte Erbe das Eigenthum desselben nicht eher erwerben, als bis er wirklich Erbe geworden ist. So lange er aber nicht Eigenthümer des Sklaven geworden, kann er denselben auch nicht veräußern, weil Niemand veräußern kann, was er nicht hat. Nun soll doch wiederum die Nichtveräußerung Bedingung seines Erbrechts, also der Erwerbung der Erbschaft sein. Es wird also der Erwerb der Erbschaft bedingt durch die Unterlassung einer Handlung, welche, so lange der Erwerb nicht stattgefunden hat, unmöglich ist; und wenn diese Handlung, und somit die Uebertretung der Bedingung möglich geworden wäre, so müßte die Erbschaft schon erworben sein, und es könnte dann die Nichterfüllung der Bedingung von keiner Bedeutung mehr sein, weil eben dasjenige, was durch die Bedingung aufgeschoben werden sollte, schon vorausgesetzt würde. Dieß ist es, was Faber nicht unpassend durch den Ausdruck: *haec vero praepostera conditionis natura est*, bezeichnet. Betrachtet man die Bedingung ganz unabhängig von den Grundsätzen über die Mucianische Caution, so muß sie als eine in sich verkehrte, perplexer Bedingung erkannt werden, und zwar nur wegen ihres besonderen eigenthümlichen Inhalts: wenn die Bedingung wäre, *si servum suum non alienaverit*, so ließe sich nicht dasselbe behaupten. Man kann also daraus eine allgemeine Bestimmung für die Lehre von der Mucianischen Caution nicht ableiten. Es könnte zwar entgegnet werden, wenn jenes der Grund wäre, warum die Bedingung als *impossibilis* verworfen werde, so müßte sie auch, wenn andere zu Miterben eingesezt sind, ungültig sein, weil derselbe Grund auch dann eintrete. Allein es ist nicht zu verwundern, daß man in diesem Falle dem Willen des Erblassers indirecte dadurch zu entsprechen suchte, daß den Miterben wegen künftiger Veräußerung Caution geleistet werden sollte, und diese Cautionsleistung als Erfüllung der Bedingung betrachtet wurde. Den Miterben konnte, auch nachdem jener Erbe geworden, noch daran gelegen sein, daß der Sklave nicht veräußert werde, und so konnte man denken, der Testator habe nicht ohne Rücksicht auf jene die Bedingung hinzugefügt, und diesem Sinne gemäß dieselbe so deuten, daß ihnen Sicherheit gewährt werden solle, daß der Miterbe, nachdem er Erbe geworden sei, nicht die Veräußerung dennoch vornehme. Waren aber keine Miterben ernannt, so konnten diese Rücksichten nicht eintreten, um eine solche Umdeutung der Bedingung zu rechtfertigen, und man mußte sich dann nur daran halten, daß diese ihrer eigentlichen Beschaffenheit nach nicht zulässig sei.

Die bisherige Ausführung scheint mir genügend dargethan zu haben,

wie wenig L. 4. §. 1. cit., die einzige Stelle, welche man mit einigem Scheine als Beweis dafür anführen kann, geeignet sei, die Meinung, mit deren Widerlegung wir uns beschäftigen, zu begründen. Man hat aber noch einen Grund aus der Natur der Sache dafür angeführt; man hat nämlich gesagt, es sei zur Zeit noch ganz ungewiß, wer *deficiente conditione* als nächster Intestaterbe das Recht auf die Erbschaft haben werde, weil der Zeitpunkt, in welchem entschieden ist, daß die Bedingung nicht erfüllt sei, die Delation der Intestaterbfolge bestimme. Es könne also schon deshalb den Intestaterben nicht das Recht, die *Mucianische Caution* zu verlangen, beigelegt werden, weil man in jedem einzelnen Falle die Personen nicht nennen könne, welchen dieselbe geleistet werden müsse.

Nicht durch Berufung darauf, daß Justinian doch in einem Falle ausdrücklich auch den Intestaterben das Recht, *Caution* zu fordern, beigelegt habe, wollen wir jenen Einwand zurückweisen: er scheint mir schon durch folgende allgemeine Betrachtung erledigt zu werden. Es ist anerkannt, daß dem Substituten *Caution* geleistet werden muß²⁶. Nun ist es aber, so lange die Bedingung der vorgehenden Erbeinsetzung noch nicht deficirt, immer ungewiß, ob dem Substituten dereinst *deficiente conditione* wirklich die Erbschaft werde deferirt werden; denn es ist möglich, daß er den Zeitpunkt der Defizienz nicht erlebe, oder vor dieser Zeit seine Erbfähigkeit verliere. Nehmen wir an, daß A, B, C, D, in mehreren Graden unter einander substituirt worden seien, so ist es also noch zur Zeit ganz ungewiß, ob einer von diesen und welcher das Recht zur Erbschaft haben werde, wenn die Bedingung der ersten Erbeinsetzung nicht erfüllt wird. Dennoch wird man nicht bezweifeln, daß der erste und zunächst nur der erste von den Substituten in den bekannten Fällen *Caution* fordern könne, welche aber in jedem Falle an die Beschränkung zu knüpfen ist, daß sie nur fällig werde, wenn der Substitut wirklich in die Lage kommen sollte, daß er die Erbschaft zu erlangen berechtigt wäre. In der That verhält es sich nun aber nicht anders bei der Intestaterbfolge. Derjenige, welcher gegenwärtig der nächste Intestaterbe des Verstorbenen sein würde, wird dieß auch bleiben, wenn die Erbschaft erst in einem späteren Zeitpunkt deferirt wird, wenn er nur diesen Zeitpunkt erlebt und bis dahin nicht erbunfähig geworden ist oder seine Erbberechtigung in der Familie des Erblassers verloren hat. Denn da die Intestaterbfolge regelmäßig durch Verwandtschaftsverhältnisse bestimmt wird, dabei aber zwar einerseits alle *nascituri*, welche zu den nächst-

²⁶ C. oben Anm. 4

gerufenen Verwandten gehören würden, dagegen andererseits keine solche Personen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht in utero waren, berücksichtigt werden, so kann der Fall nicht eintreten, daß derjenige, welcher jetzt der nächste Intestaterbe ist, späterhin durch einen andern näheren verdrängt werde, es sei denn, daß eben ein solches Ereigniß eingetreten wäre, welches ihn seiner Erbfähigkeit überhaupt oder des ihm früher zugestandenem Intestaterbreehts insbesondere beraubte; z. B. Verlust des Bürgerrechts, oder *capitis diminutio minima*, welche das agnatische Erbrecht und im Justinianischen Rechte noch das cognatische Erbrecht der Adoptirten in der Adoptiofamilie zerstören mußte. Es ist also kaum ungewisser, wer künftig als nächster Intestaterbe, als wer als Substitut auf die Erbschaft Anspruch haben werde. Freilich wäre es noch möglich, daß gegenwärtig nähere, aber zur Zeit erbunfähige Intestaterben vorhanden wären, welche später nach wiedererlangter Erbfähigkeit den Vorzug haben würden, z. B. wenn der nächste Verwandte jetzt deportirt wäre, zur Zeit der später erfolgenden Delation der Intestaterbfolge aber das Bürgerrecht wiedererlangt hätte²⁷. Dieß sind aber seltene Fälle, die nicht die Regel bestimmen können; und sie können zudem auch bei Substituten in gleicher Weise vorkommen, wenn z. B. der Substitut des ersten Grades jetzt erbunfähig, der nächstfolgende erbfähig wäre, jener aber vor Eintritt des Substitutionsfalles, d. h. hier, bevor die Bedingung der vorgehenden Erbeinsetzung deficirte, die Erbfähigkeit wiedererlangt hätte.

Es ergibt sich also hieraus, daß in der Natur der Sache kein Grund vorhanden ist, die Cautionsleistung zum Vortheil der Intestaterben für unzulässig zu halten, wenn sie, wie erwiesen, zum Vortheile der Substituten stattfindet. Und damit ist denn der letzte Grund, welchen man für eine beschränkende Erklärung der L. 18. D. de cond. et dem. anführen könnte und wirklich angeführt hat, beseitigt. Uebrigens könnte man auch, um für jede zufällige Veränderung in der Person des Intestaterben vorzusehen, den Ausweg, welcher bei der Arrogation eines Unmündigen beliebt wurde²⁸, zulassen, nämlich daß einem *servus publicus* die Caution geleistet werden müßte; ein Ausweg, welcher sich insbesondere durch die Rücksicht, daß ja in Ermanglung anderer Erben dem Fiscus das Vermögen zufallen konnte, zu empfehlen schien.

Zum Schlusse dieser Bemerkungen wollen wir noch eine Stelle

²⁷ Einen Fall, wo *ius postliminii* eintreten könnte, darf man nicht anführen, weil in diesem alle Rechte einstweilen in *suspensio* waren.

²⁸ L. 18. D. de adopt. 1. 7.

näher betrachten, welche für unsere Frage bedeutend zu sein scheint, nämlich L. 65. §. 1. D. ad Sc. Trebell. (Maecianus lib. V. fideicommiss.).

Si testator rogasset heredem ut restituat hereditatem mulieri, si non nupsisset, dicendum erit, compellendum heredem, si suspectam dicat hereditatem, adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupsisset. Idem in ceteris quoque conditionibus Iulianus noster probat, quae similiter nisi sine vitae experi non possent; secundum quam sententiam cautione praestita his, quorum interest, ab his, quibus restitui sub iisdem conditionibus heres rogatus esset, restituet hereditatem.

Die Gleichstellung, welche durch das *Idem . . .* probat ausgesprochen wird, beschränkt sich nur darauf, daß auch in den andern Fällen der Zwang zur Antretung und Restitution der Erbschaft stattfinden solle; sie geht nicht so weit, daß dieß auch dann geschehen solle, wenn die Bedingung bereits übertreten ist. Der Grund, warum dieß bei der Bedingung, si non nupsisset, der Fall ist, liegt nur darin, daß diese Bedingung überhaupt nicht beachtet wird; weshalb auch keine Caution, daß sie nicht später übertreten werde, geleistet zu werden braucht. In den andern Fällen hingegen muß, wie aus dem Folgenden selbst hervorgeht, die Caution prästirt werden; es wäre aber widersinnig, davon zu reden, wenn schon jetzt die Bedingung übertreten, also der Anspruch, welcher unter der Bedingung gewährt sein sollte, bereits definitiv befeitigt wäre.

Welche sind nun diejenigen, quorum interest, welchen daher die Caution geleistet werden soll? Es liegt sehr nahe, an die Intestaterben zu denken. Wenn nämlich der eingefetzte Erbe gezwungen angetreten hat, so soll er von dieser Antretung weder Vortheil noch Nachtheil haben; nur der Erhaltung des Fideicommisses wegen ist er angehalten worden, die Erbschaft anzutreten; für ihn selbst soll es so gut sein, als hätte er, wie in der That wirklich der Fall war, die Erbschaft abgelehnt. Ist nun das Fideicommiss, wegen dessen der Zwang zur Erbantrittung stattgefunden hat, ungiltig, weil die Bedingung desselben deficirt, so muß auch der Fall so behandelt werden, als wäre jene Erbantrittung nicht geschehen. Wenn also der Fiduciar der einzige eingefetzte Erbe war oder doch kein anderer neben demselben ex testamento die Erbschaft angetreten hat, so müssen die Intestaterben diejenigen sein, welchen die Erbschaft in diesem Falle herauszugeben ist, welchen also bei der fideicommissarischen Restitution der Erbschaft für den Fall künftiger Uebertretung

der Bedingung des Fideicommisses Cautio geleistet werden muß: denn wäre der Fiduciar nicht zur Antretung der Erbschaft gezwungen worden, so würde die Erbschaft den Intestaterben deserirt worden sein. Wollte man dieß nicht zugeben, so müßte man behaupten, daß hier auch der Fideicommissar ohne Beschränkung das Fideicommiss behalten könne, da der Fiduciar jedenfalls nicht berechtigt ist, dasselbe zurückzufordern.

Doch will ich diese Stelle nicht als directen Beweis für die oben verttheidigte Meinung in Anspruch nehmen. Denn es können immerhin, selbst in dem Falle, wenn der Fiduciar der einzige eingesetzte Erbe war, unter denjenigen, quorum interest, auch noch andere Personen, als die Intestaterben, gedacht werden, z. B. diejenigen, welche dem ersten Fideicommissar substituirt waren, so daß ihnen dieselbe Erbschaft restituirt werden sollte, wenn das unter der negativen Potestativbedingung hinterlassene Fideicommiss nicht bestehen würde.*

40.

Substitution. **

Substitution heißt im allgemeinen eine Maßregel, wodurch in irgend einer Beziehung eine Person oder eine Sache an die Stelle einer anderen gesetzt wird¹. In diesem Sinne pflegt man namentlich auch beim Mandat von Substitution zu reden, wenn der Beauftragte die Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäftes an seiner Statt ganz oder theilweise einem Anderen anvertraut, was die Folge hat, daß er dem Auftraggeber wegen seines Verschens in der Wahl und Anstellung des Substituten haftet, außerdem aber nur zur Erstattung dessen, was ihm seine Mandatsklage gegen den Substituten gewährt, beziehungsweise zur Abtretung dieser Klage verpflichtet ist, es wäre denn ihm die Substitution ausdrücklich oder stillschweigend untersagt worden, in welchem Falle er schlechthin für alle

* Arndts Beiträge S. 183—207. (1837.)

** Lehrb. §. 496—499.

¹ So z. B. beim Nießbrauche an einer Waldung: in locum demortuarum arborum alias substituere, L. 48. D. de usufr. 7. 1., oder an einer Heerde: in locum capitum defunctorum vel inutilium alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii, L. 68. §. 2. L. 70. D. eod.; so auch alium adversarium suo loco substituere in L. 1. pr. L. 3. §. 4. D. de alien. ind. mut. 4. 7., oder in eius vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem in L. 6. Cod. de n. n. p. 4. 30. cf. L. 21. §. 1. D. ad munic. 50. 1., substituti tutores in locum legitimi tutoris, L. 28. §. 2. D. de app. 49. 1., und substituere defensorem oder fideiussorem in L. 5. §. 2. D. iud. solvi. 46. 7. L. 2. §. 11. D. de adm. rer. 50. 8.

nachtheiligen Folgen der dennoch vorgenommenen Substitution verantwortlich ist².

Eine ganz vorzügliche Bedeutung aber hat der Begriff der Substitution im Erbrechte, so zwar, daß man bei diesem Ausdrucke vorzugsweise daran zu denken pflegt³. Der Erblasser kann nämlich Personen bezeichnen, welchen der Nachlaß oder ein Theil desselben nach anderen, denen er vorerst bestimmt ist, zukommen soll. Eine solche Verfügung kann als Erbeinsetzung oder als Vermächtniß vorkommen. Als Vermächtniß ist sie möglich sowohl für den Fall, daß der Vorgehende den ihm bestimmten Vermögensvortheil erwerbe, als für den Fall, daß dieß nicht geschehe. Als Erbeinsetzung ist sie nur für den letzten Fall möglich; der Erblasser kann weder bewirken, daß ein zweiter sein (unmittelbarer) Erbe werde, anstatt eines ersten, der es wirklich geworden, noch auch kann er diesem einen Erben ernennen, der dadurch dessen Erbschaft und darin mittelbar auch die seinige erhalte. Doch ist dem Vater gestattet, seinem unmündigen Kinde Erben zu ernennen. Dieß heißt *pupillaris substitutio*, obwohl dabei nicht einmal wesentlich ist, daß das Kind auch zur Erbschaft des Vaters berufen werde. Im Gegensatze davon heißt die Ernennung eines Erben für den Fall, daß ein Vornannter nicht Erbe werde, als welche in jedem Testamente vorkommen kann, *vulgaris substitutio*. Als ein Analogon der Pupillarsubstitution kommt zudem noch eine sogenannte *quasi pupillaris substitutio* vor, als Ernennung von Erben für willensunfähige mündige Descendenten. Von der Substitution durch Vermächtniß und in Beziehung auf Vermächtnisse ist in einem anderen Artikel im Rechtslexikon Bd. VI. S. 295. (unten No. 50. Anm. 120 fg.) die Rede. Der gegenwärtige Artikel hat nur zu handeln von der Erbeinsetzung durch Substitution und zwar I. von der Vulgarsubstitution, II. von der Pupillarsubstitution, III. von der Quasi-pupillarsubstitution.

I. Von der Vulgarsubstitution⁴. Die Vulgarsubstitution ist eine bedingte Erbeinsetzung, bedingt nämlich dadurch, daß ein anderer zuvor Eingesezter nicht Erbe werde, an dessen Stelle alsdann der nach

² L. 8. §. 3. D. mand. 47. 1. cf. L. 21. §. 3. L. 28. D. de neg. gest. 3. 5. L. 2. §. 1. D. si mensur. 41. 6. L. 10. in f. L. 41. D. commod. 13. 6.

³ Quellen: Dig. de vulgari et pupillari substitutione 28. 6. Cod. de impuberum et aliis substitutionibus 6. 26. — Literatur: Donelli comment. lib. VI. cap. 23—27.; Scipio Gentilis de substitutionibus (in opp. VII. p. 333 sq.). Ramos del Manzano prael. de vulg. et pup. subst. (in Meermannii, thesaur. VII. pag. 331 sq.), Papillonii de subst. (in Ottonis thes. IV. p. 670 sq.), Chiffletius de subst. (ibid. V. pag. 697 sq.), Finestres et de Monsalvo prael. ad tit. de vulg. et pup. subst. Cervar. 1752., Mühlentbruch in der Fortsetzung von Glück's Erl. der Pand. Bd. 40. S. 248—490. Bd. 41, S. 1—44.

⁴ Inst. de vulgari substitutione 2. 16. cf. Gai. II. §. 174—178. Vgl. Anm. 3.

ihm Ernannte zur Erbschaft berufen sein soll. Die einfachste Formel derselben ist diese; A. heres esto; si A. heres non erit, B. heres esto⁵, oder: Ich setze zum Erben ein den A., wenn A. nicht Erbe wird, den B. Der zunächst eingesezte A. heißt Institutus, der B. Substitutus⁶. Die Bedingung si A. heres non erit ist ausdrücklich oder stillschweigend in jeder Vulgarsubstitution enthalten; sie ist es, die den Begriff derselben ausmacht; außerdem können ihr, wie jeder anderen Erbeinsetzung, noch andere Bedingungen beliebig beigefügt werden und finden überhaupt die Rechtsvorschriften über Erbeinsetzungen auch auf die Vulgarsubstitution Anwendung⁷. Jene Bedingung geht sowohl auf den Fall, wenn der Institutus die Erbschaft nicht erwirbt, weil er nicht will (der barbarisch sogenannte casus noluntatis), als auf den Fall, wenn er ohne seinen Willen aus irgend einem anderen Grunde nicht Erbe wird (der noch indelicater sogenannte casus impotentiae), z. B. weil er vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt oder die Erbfähigkeit verliert⁸. Allerdings aber kann die Substitution auch wohl bloß auf den einen oder anderen jener beiden Fälle und selbst auf einen näher bestimmten Fall der zweiten Art beschränkt werden; z. B. si A. ante me mortuus fuerit oder si deportatus fuerit. Jedoch kann ungeachtet solchen beschränkenden Ausdruckes dennoch die Absicht des Erblassers auf Substitution für alle Fälle gerichtet sein, und sofern diese Absicht aus den Umständen sicher zu erkennen ist, muß auch die Substitution weiter ausgedehnt werden; unberechtigt aber ist es, eine allgemeine Rechtsvermuthung für diese ausdehnende Erklärung der ihrem Ausdrucke nach beschränkten Substitution aufzustellen⁹.

Auf der anderen Seite wird die Bedingung si A. heres non erit so ausgelegt, als besage sie: si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit; sie ist also auch dann nicht erfüllt, wenn der Voreingesezte zwar nicht selbst für sich, aber durch ihn ein Anderer die Erbschaft erwirbt¹⁰. Dieß bezog sich auf den Fall, wenn der Voreingesezte ein homo alieni iuris war oder später wurde, als welcher, so lange er in diesem Verhältnisse blieb, nicht für sich selbst, sondern nur demjenigen, in dessen Gewalt er stand, die Erbschaft erwerben konnte¹¹. Nach Justinianischem Rechte kommt dieses in der alten Bedeutung nur

⁵ Pr. l. h. t.

⁶ Pauli sentt. III. 46. §. 4. Ulp. XXI. §. 23.

⁷ Vgl. den Art. Erbeinsetzung in Bb. III. S. 907 ff. (oben Nr. 37.).

⁸ L. 3. Cod. de hered. instit. 6. 25.

⁹ Vgl. Mühlensbruch Bb. 40, S. 301 ff.

¹⁰ §. 4. I. h. t. L. 40. D. de hered. instit. 28. 5.

¹¹ Gai. II. §. 87. L. 79. D. de acquir. hered. 29. 2.

noch bei Sklaven vor¹² und ist insofern nach heutigem Rechte unpraktisch. In Ansehung von Kindern jedoch findet etwas ähnliches noch insofern statt, als unter gewissen Voraussetzungen der Vater die dem Kinde angetragene Erbschaft anstatt desselben für sich erwerben kann¹³. Der Selbsterwerb des Vaters tritt hier an die Stelle des nach älterem Rechte auf seinen Befehl durch das Kind für den Vater gemachten Erwerbes, und für diesen Fall ist es consequent, jener ausdehnenden Auslegung gemäß jetzt dem Vater vor dem Substituten des Kindes den Vorzug zu geben, wenn nicht der klare Wille des Erblassers ein Anderes gebietet¹⁴.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit machte in dieser Beziehung der Fall, wenn der Eingesetzte zwar schon zur Zeit der Testamentserrichtung unfrei war, aber vom Erblasser für frei gehalten wurde und nun durch ihn der Herr die Erbschaft erwerben wollte. In diesem Falle fand man es billig, die Erbschaft zwischen diesem und dem Substituten des eingesetzten Sklaven zu theilen, wie dieß auch Tiberius Cäsar als Herr des eingesetzten Sklaven Parthenius anerkannt hat¹⁵. Auch davon wäre nach strenger Consequenz jetzt noch in dem Falle etwa Gebrauch zu machen, wenn ein irrthümlich für selbständig gehaltenes Kind eingesetzt worden und nun anstatt desselben der Vater vor dessen Substitution die Erbschaft in Anspruch nehmen wollte¹⁶.

Die erwähnte weitere Auslegung der Substitutionsbedingung geht von dem Gesichtspunkte aus, daß die Institution immer noch wirksam ist, wenn auch nur durch den Institutus ein Anderer die Erbschaft erwirbt. Nach demselben Gesichtspunkte muß nun consequent behauptet werden, daß auch derjenige dem Substituten vorgehe, welcher nach dem Tode des Institutus kraft sogenannten Transmissionsrechtes anstatt desselben zur Erbschaft berufen wird¹⁷. Mit Unrecht hat man dieses,

¹² §. 3. 1. per quas pers. nob. acquir. 2. 9.

¹³ L. 8. pr. §. 1. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 18. pr. §. 1. 3. Cod. de iure delib. 6. 30. Vgl. Rechtslexikon Bd. IV. S. 14. (oben S. 14. 15.) Note 92—96.

¹⁴ A. M. ist freilich mit Donell. VI. 24. §. 25—27. u. a. Mühlenbruch Bd. 40, S. 358 fg.; aber vgl. dagegen Duaren. in tit. de vulg. et pup. subst. cap. 40. (opp. I. pag. 432.), Voet ad D. h. t. §. 4. Quisq̄te, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XII. S. 423 fg. Arnolds das. XIII. S. 321 (oben S. 119.)

¹⁵ Vgl. §. 4. I. h. t. u. Theophil. ad h. l. L. 40. 41. D. de hered. instit. 28. 5. Ueber die Erklärung dieser Stellen vgl. vorzüglich Quisq̄te, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XII. 11. u. XV. 12, welcher dem Substituten nur ein Viertel der Erbschaft zuspricht und dieses als consequente Folgerung aus der Natur einer adiectio heredis unter alternativer Bedingung darzustellen sucht (vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 928. R. 123); gegen denselben aber Vangerow und Mayer a. a. D. und Arnolds in derselben Zeitschr. XIII. 12. und XIX. 11. (oben Nr. 38.)

¹⁶ Theophil. ad §. 4. I. h. t. Vgl. Arnolds a. a. D. XIX. S. 395. (oben S. 150.) mit Quisq̄te XV. S. 305 fg.

¹⁷ L. un. Cod. de his qui ante apert. tab. 6. 52. (fög. transmissio Theodosiana); L. 19. Cod. de iure delib. 6. 30. (fög. transmissio Iustiniana); L. 86. pr. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 84.

hauptsächlich wegen einer Stelle der Pandekten¹⁸, namentlich in Beziehung auf die sogenannte *transmissio Justiniana*, bestritten für den Fall, daß dem Institutus eine Antrittungsfrist gesetzt und dieser vor dem Ablaufe, ohne angetreten zu haben, verstorben ist¹⁹; es steht nichts im Wege, daß auch hier der Transmissar durch Antrittung innerhalb des Restes jener Frist den Substituten ausschließe²⁰. Aber freilich wird in diesem wie in jedem anderen Falle vorausgesetzt, daß nicht der klar erkannte Wille des Erblassers entgegenstehe, daß also dieser nicht die Antrittung durch den Institutus selbst ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung der Wirksamkeit der Institution gemacht habe²¹.

Ausgeschlossen wird der Substitut auch dann, wenn dem Voreingesetzten die Erbschaft wegen Unwürdigkeit zum Vortheil eines Anderen, z. B. des Fiscus, entzogen wird, sei es auch, daß jener in Aussicht auf diesen Fall die Erbschaft ablehnt²².

Nach dem Bisherigen ist die Bedingung, welche das Wesen der Substitution ausmacht, erfüllt, wenn entschieden ist, daß weder der Voreingesetzte als solcher selbst, noch durch ihn oder an seiner Statt kraft derselben Erbeinsetzung ein Anderer die Erbschaft erwerbe. Alsdann wird die in der Substitution enthaltene Erbeinsetzung wirksam als eine solche, der keine andere Erbeinsetzung mehr vorgeht, und, wenn sie nicht etwa noch an andere Bedingungen geknüpft ist, so wird nun die Erbschaft,

eod. L. 12 D. de carb. ed. 37. 10. u. a. (sog. *transmissio ex capite in integrum restitutionis*); vgl. Arndts, Pand. §. 512—516. Dies wird, obwohl nicht eben consequent (vgl. Note 14.), auch von Mühlenthal Bd. 40, S. 337 flg. anerkannt, unter Bezugnahme auf L. 40. D. de hered. inst. (not. 15.) und besonders auf L. un. §. 13. Cod. de cad. toll. 6. 51. in den Worten: *Quum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum . . . pervenire.*

¹⁸ L. 72. D. de acquir. hered. 29. 2.: *Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et, si non ita adierit, alius ei substituat, nemo dubitat, quin substitutum ultimum diem aditionis expectare non soleat.*

¹⁹ Mühlenthal Bd. 40, S. 329 flg.

²⁰ Bangerow, im Archiv f. civ. Prag. Bd. 24, S. 174 flg. und (gegen sich selbst) Mühlenthal Bd. 43, S. 224 flg.

²¹ Nach älterem Rechte war es gewöhnlich, dem Institutus eine bestimmte Frist der Antrittung, und zwar durch *cretio*, zu setzen, entweder ein *tempus utile*, z. B. *Titius heres esto cernitque in diebus centum proximis, quibus sciet poteritque* (sog. *cretio vulgaris*) oder ein *tempus continuum*, ohne den letzten Zusatz (*cretio continua* oder *certorum dierum*); und dazu entweder noch mit dem Zusatz: *quodni ita creverit, exheres esto* (*cretio perfecta*); oder ohne diesen (*cretio imperfecta*). Im letzten Falle konnte der Institutus auch durch formlose Antrittung doch neben dem Substituten zum Theil Erbe werden und schloß diesen nach einer Constitution des M. Aurelius sogar ganz aus, wenn die Antrittung nur innerhalb der Frist erfolgte, während im Falle der *cretio perfecta* durch Veräumung der *cretio* innerhalb der Frist der Institutus ausgeschlossen wurde. Gai. II. §. 164—178. Ulp. XXII. §. 25—34. Aber im Justinianischen Rechte ist davon, nachdem diese *cretionum solennitas* außer Gebrauch gekommen, keine Rede mehr. L. 17. C. de iure delib. VI. 30.

²² L. 15. pr. D. de Sc Silan. 29. 5. Vgl. Arndts, Pand. §. 520 a. G.

soweit sie dem Institutus bestimmt war, dem Substituten deserirt²³. Dasselbe Verhältniß tritt wiederum ein, wenn dem Substituten abermals ein anderer substituirt ist und so weiter. Solche Substitutionen bilden verschiedene Grade der Erbschaft unter einander, vergleichbar den Klassen und Graden der gesetzlichen Erbfolgeordnung²⁴; jeder entferntere Grad der Erbeinsetzung wird erst wirksam, wenn alle vorhergehenden unwirksam geworden sind; wobei nichts darauf ankommt, in welcher Reihenfolge diese weggefallen sind, ob z. B. zuerst der Ersteingesetzte (Institutus), dann der Zweiteingesetzte, d. i. der erste Substitut, oder umgekehrt: denn *substitutus substituto est substitutus quoque instituto*²⁵.

Hat dagegen der Voreingesetzte einmal die Erbschaft erworben, so werden dadurch alle nachfolgenden Grade der Erbeinsetzung beseitigt²⁶. Streng genommen würde demnach der Substitut immer auch ausgeschlossen sein, wenn der Voreingesetzte als *suus heres* von selbst Erbe geworden, ob auch derselbe von dem *beneficium abstinendi* Gebrauch mache. Allein der Substitut kann gemäß dem *edictum successorium* jedenfalls *secundum tabulas bonorum possessionem* erlangen, wenn diese nicht von dem Voreingesetzten innerhalb der gehörigen Zeit *agnoscirt* worden ist, und kraft dieser *bonorum possessio* dann die Erbschaft behaupten, da der *Civilerbe*, nämlich der *abstinirende suus*, ihm dieselbe nicht streitig macht²⁷. In gleicher Weise kann der Substitut auch dann zur Erbschaft gelangen, wenn der Voreingesetzte gegen den Erwerb der Erbschaft *Restitution* erwirkt hat. Hatte dieser auch bereits *bonorum possessio agnoscirt*, so scheint freilich die *bonorum possessio* des Substituten *ex successorio edicto* nicht mehr statthaft²⁸, allein, da die *Restitution* doch sonst die Wirkung der geschehenen *Agnition* beseitigt²⁹, eben deshalb nun auch mindestens eine *decretalis bonorum possessio* des Substituten als *Nächstberufenen* am *Platz* zu sein, wenn dieser die Erbschaft übernehmen will³⁰. Umgekehrt verliert der Substitut die Erbschaft, wenn der Voreingesetzte gegen die *Ablehnung* der Erbschaft in den vorigen Stand wieder eingesetzt ist³¹.

²³ L. 69. D. de acquir. hered. 29. 2.

²⁴ Pr. I. h. t. 2. 15. L. 36. pr. D. h. t. Vgl. Rechtslexikon Bd. V. S. 696. (oben S. 60.)

²⁵ L. 41. pr. D. h. t.

²⁶ L. 7. pr. D. de acquir. hered. 29. 2.

²⁷ L. 44. D. de re iud. 42. 1. cf. L. 12. D. de interrog. in iure 11. 1. Mühlbruch, Bd. 40, S. 360 flg. Bd. 43, S. 360 flg.

²⁸ Arg. L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. Wegen dieser Stelle ist die Erbfolge des Substituten im fraglichen Falle denn auch von Vielen bezweifelt worden.

²⁹ Arg. L. 24. §. 4. D. de min. 4. 4. Nicht entgegensteht L. 7. §. 10. eod. Vgl. Rechtslexikon Bd. IV. S. 23. Note 167. (oben S. 125.)

³⁰ Vgl. Mühlbruch Bd. 40, S. 361 flg.

³¹ L. 7. §. 10. cit. Mühlbruch S. 365.

So lange endlich kraft der vorgehenden Erbeinsetzung die Erbschaft noch erworben werden kann, stellt sich die Substitution dar als Erbeinsetzung unter einer noch schwebenden Bedingung, als eine Erbeinsetzung, deren Wirksamkeit ungewiß, aber noch möglich ist. Die Wirksamkeit einer bedingten Erbeinsetzung aber kommt der Substitution auch jetzt schon zu; daher kann der Substitut, gleich einem anderen bedingten Erben, auch jetzt schon *bonorum possessio* erlangen, vorausgesetzt, daß diese nicht durch *agnition* des näher berechtigten Institutus ausgeschlossen wird³². Ist die vorgehende Erbeinsetzung ebenfalls eine bedingte, so bleibt, so lange diese Bedingung schwebt, auch die Substitution noch als bedingte Einsetzung in der Schwebe; der Substitut hat daher Anspruch auf Sicherheitsleistung, wenn dem Voreingesetzten noch vor eigentlicher Erfüllung der Bedingung die Erbschaft überlassen wird³³, und so muß namentlich die *Mucianische Caution* auch zu Gunsten des Substituten geleistet werden³⁴. Uebrigens kann der Substitut, um der Ungewißheit ein Ende zu machen, den Voreingesetzten zur Erklärung über die Annahme der Erbeinsetzung, beziehungsweise zur Erbitung einer Ueberlegungsfrist, anhalten³⁵, und dieses findet auch im Verhältniß der Substituten entfernteren Grades zu den vorgehenden Anwendung³⁶.

Im Belieben des Erblassers steht es, Einem Eingesezten mehrere zu gleichen oder ungleichen Theilen zu substituiren sowie umgekehrt für mehrere Eingesezte einen und denselben oder auch mehrere zu Substituten zu ernennen³⁷, und zwar das letzte entweder so, daß die Substitution auf jeden einzelnen Eingesezten insbesondere, oder so, daß sie auf alle Eingesezte gemeinschaftlich zu beziehen ist. Im letzten Falle tritt die Substitution erst alsdann in Wirksamkeit, wenn keiner der Eingesezten Erbe wird, und wird somit durch das Anwachsungsrecht der Miterben ausgeschlossen; im anderen Falle geht das Recht der Substituten diesem vor.

Auch Eingesezte können anderen Eingesezten und sodann alle Eingesezte auch einander gegenseitig substituirt werden³⁸. In diesem Falle

³² L. 6. 40. D. de h. p. s. t. 7. 11. L. 2. §. 4. eod. Vgl. Rechtslexikon III. S. 930. Note 139—144.

³³ L. 8. D. de stip. praet. 46. 5. L. 12. D. qui satisfacere cog. 2. 8. Vgl. Rechtslexikon a. a. D. Note 144—147. (oben S. 88. fg.)

³⁴ L. 18. D. de cond. et dem. 35. 1. Nov. 22. cap. 44. §. 9. Vgl. a. a. D. N. 148—160.

³⁵ L. 69. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. L. 3. §. 13. D. de h. p. c. t. 37. 4. Vgl. Rechtslexikon Bb. I. S. 887 fg. Bb. IV. S. 17.

³⁶ L. 69. cit. L. 40. D. de iure delib. 28. 8.

³⁷ L. 36. §. 1. D. h. t. §. 1. I. h. t.

³⁸ §. 1. I. h. t. L. 4. §. 2. L. 23. D. h. t. Die *Doctrin* nennt dies *substitutio mutua* oder *reciproca* (cf. L. 64. D. de legat. II.), und, wenn es durch einen allgemeinen Ausdruck (*eosque invicem substituo*) geschieht, *substitutio breviloqua* oder *compendiosa* (cf. L. 8. Cod. h. t.). Dabei sind die auf einen Erbtheil vereinigt Eingesezten (*coniuncti*) zunächst nur unter sich für gegenseitig substituirt anzusehen. L. 41. §. 4. D. h. t. Vgl. Mühlenthruch Bd. 40, S. 309 fg.

erben sie als Substituten, wenn der Erblasser nicht anders bestimmt hat, nach gleichem Verhältniß, wie als Instituti³⁹; ist ihnen aber noch ein anderer Nichteingesetzter beigelegt, so ist für diesen vorerst ein Kopftheil der Substitutionsportion auszuscheiden und das übrige unter jene nach Verhältniß ihrer Institutionsportionen zu vertheilen⁴⁰.

Ist Jemand einem solchen, der zugleich selbständig eingesetzt und einem Miterben substituirt ist, zum Substituten ernannt, so ist diese Substitution im Zweifel auf beide Erbtheile seines Vorerben, sowohl den Institutions- als Substitutionserbtheil, zu beziehen; man stellt mit Recht auch in diesem Sinne die Regel auf: *substitutus substituto est substitutus instituto*, oder genauer: *substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto*, und umgekehrt: *substitutus instituto substituto substitutus huic quoque censetur qua substituto*⁴¹. Ueberhaupt aber tritt der Substitut, wenn er nicht besonders beschränkt ist, ganz an die Stelle des Voreingesetzten und bekommt also dessen ganzen Erbtheil, auch mit dem durch das Anwachsungsrecht hinzugekommenen Zuwachs⁴², nicht auch mit den jenem zugedachten Prälegaten, wenn nicht der Erblasser auch auf diese die Substitution zu erstrecken den Willen an den Tag gelegt hat⁴³. Andererseits bekommt der Substitut als solcher auch nicht mehr als worauf der Vormann eingesetzt war; wenn ihm ausdrücklich ein größerer Erbtheil als diesem angewiesen ist, so ist er in Ansehung des Mehrtheiles nur als bedingt Eingesetzter (*sub conditione institutus*), nicht als Substitut anzusehen⁴⁴. Auch hat der Substitut im Zweifel die dem Vormanne auferlegten Vermächtnisse zu tragen, wenn sie nicht in einer auf die Persönlichkeit des letzten berechneten Auflage bestehen⁴⁵. Uebrigens ist die Substitution als besondere Erbeinsetzung unabhängig von der Erbeinsetzung des Institutus, und ist daher eine der letzten hinzugefügte Bedingung nicht ohneweiters zugleich auf jene zu beziehen, wenn sie nicht dabei wiederholt

³⁹ §. 2 I. h. t. L. 24. 41. §. 1. 4. D. h. t. cf. L. 5. C. h. t.

⁴⁰ L. 32. D. h. t.

⁴¹ §. 3. I. h. t. L. 27. 41. pr. D. h. t.

⁴² L. 59. §. 3. D. de hered. instit. 28. 5.

⁴³ Vgl. Buchholz, Lehre von den Prälegaten S. 316 fg. Sintonis, Civir. III. §. 174. N. 9.

⁴⁴ L. 9. §. 15. L. 15. §. 1. L. 1. D. l. c. Man möchte hiernach glauben, daß auch der einem Nichteingesetzten (*si heres non erit*) Substituirt doch eben als bedingt Eingesetzter erben könne. Aber L. 19. D. l. c. entscheidet dagegen, selbst wenn noch ein Erbtheil vacant wäre: *Si quis vacua parte relicta ita instituerit: si mihi Seius heres non erit (quem non instituerat), Sempronius heres esto, an hic occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti; Aristo contra putat, quia huic pars esset data, quae nulla esset. Quam sententiam et Iavolenus probat et Pomponius et Arrianus, et hoc iure utimur (Paul. ad Sab.)*

⁴⁵ L. 61. §. 1. D. de legat. II. cf. L. un. §. 9. Cod. de cad. toll. 6. 51. Vgl. Rechtslexikon Bd. VI. S. 257. (unten Nr. 50.) Note 48—50.

ist, sondern vielmehr der Substitut eben auch für den Fall, daß der Institutus wegen Nichterfüllung der Bedingung nicht Erbe werde, zur Erbschaft berufen ⁴⁶.

Derjenige endlich, welcher zugleich instituiert und einem Miterben substituiert ist, sowie derjenige, welcher verschiedenen Instituturten, einem jeden besonders substituiert ist, steht demjenigen gleich, welcher sonst irgendwie auf verschiedene Erbtheile, auf den einen bedingt, auf den andern unbedingt oder auf den einen unter dieser, auf den anderen unter einer anderen Bedingung, eingesetzt ist ⁴⁷. Daher werden bei der Berechnung des Falcidischen Viertheiles alle Erbtheile, welche jener wirklich erwirbt, zusammengeworfen und als ein Ganzes betrachtet ⁴⁸. Daher erwirbt derjenige, welcher als Institutus angetreten hat, sobald der Substitutionsfall eintritt, von selbst auch den Erbtheil des Miteingesetzten, dem er substituiert ist ⁴⁹, wie der auf einen Theil bedingt, auf einen anderen unbedingt Eingesezte nach Annahme des letzteren durch Erfüllung der Bedingung von selbst auch für den ersten Theil Erbe ist ⁵⁰, jedoch vorausgesetzt, daß er auch den Substitutionsfall, das Wegfallen des Miteingesetzten, erlebe, weil ihm nur dann kraft der Substitution dessen Erbtheil deferirt ist ⁵¹. Andererseits kann derjenige, welcher als Institutus abgelehnt hat, auch nicht mehr als Substitut die Erbschaft antreten, wengleich erst nachher der Miteingesetzte, dem er substituiert ist, wegfällt. Dieß versteht sich von selbst, wenn die Substitution zugleich ausdrücklich

⁴⁶ L. 73. D. de hered. instit. 28. 5. L. 27. pr. eod.

⁴⁷ L. 27. pr. L. 33. 59. §. 6. D. eod. Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 928. Note 124—126. (oben S. 86. 87.)

⁴⁸ L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. 5. 8. in f. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. L. 11. §. 7. eod. Vgl. Rechtslexikon Bd. VI. S. 317. (unten Nr. 50. Note 311—316.)

⁴⁹ L. 35. pr. D. de acquir. hered. 29. 2.

⁵⁰ L. 53. 76. pr. D. eod.

⁵¹ L. 81. eod. L. 23. 45. §. 1. D. h. t. L. 9. D. de suis et legit. 38. 16. cf. L. 59. §. 6. D. de hered. instit. 28. 5. Im Widerspruch mit dieser letzten Stelle läßt L. 53. pr. D. de acquir. hered. den bedingten Erbtheil auch noch den Erben des Institutus, der den unbedingten angetreten hatte, von selbst anfallen, wenn die Erfüllung der Bedingung erst nach dessen Tode stattfindet: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerat, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit, et decesserit, posteaque conditio exstiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet. Daher stellt man dieß, abweichend von dem, was bei der Substitution gilt, die doch auch eine bedingte Erbeinsetzung ist, als Regel auf, z. B. Puchta, Pand. §. 504. R. r. s. Mühlbruch Bd. 40, S. 328, ohne den Widerspruch mit L. 59. §. 6. cit. irgendwie befriedigend lösen zu können. Mühlbruch Bd. 43, S. 150 flg. Durch eine leichte Textverbesserung wird dieser Widerspruch beseitigt und die Konsequenz hergestellt: man braucht nur in L. 53. pr. cit. statt posteaque zu lesen postea quam. Arndts, Pand. §. 517. Anm. 1., dem jetzt auch beistimmt Wangerow, Pand. II. §. 498. * (Vgl. Arndts, Pand. 7. Aufl. §. 517. Anm. 4.) Von selbst versteht sich übrigens, daß auf die Erfüllung der Bedingung des zweiten Erbtheiles, also auch auf den Zeitpunkt derselben nichts ankommt, wenn neben dem mehrfach Eingesezten nicht noch andere Eingesezte oder Substituten vorkommen, weil alsdann kraft des Anwachsungsrechtes ohnehin die ganze Erbschaft jenem oder dessen Erben zufällt. L. 9. D. cit. L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. Auf einen solchen Fall bezieht sich L. 33. D. de hered. instit. 28. 5. Mühlbruch Bd. 40, S. 327.

durch den Erwerb der Institutionsportion bedingt ist⁵², und bei wechselseitiger Substitution der eingesetzten Erben wird dieß in der Regel stillschweigend als gewollt angenommen⁵³. Aber auch in anderen Fällen muß dasselbe als Regel gelten, da sogar wer als Eingesetzter des Vaters Erbschaft abgelehnt hat, auch nicht als Pupillarsubstitut mittelbar wieder zur väterlichen Erbschaft gelangen soll⁵⁴.

II. Von der Pupillarsubstitution⁵⁵. Die Pupillarsubstitution ist Ernennung eines Erben durch den Vater für sein Kind, auf den Fall, daß dieses nach ihm noch vor erreichter Mündigkeit sterbe, z. B.: *Filio meo, si intra pubertatem (oder auch: priusquam in suam tutelam venerit) decesserit, Titius heres esto*⁵⁶. Das Recht dazu hat der Vater (beziehungsweise der Großvater) kraft der väterlichen Gewalt, die insofern nach dessen Tode noch fortwirkt bis dahin, daß das Kind sich selbst ein Testament zu errichten die Fähigkeit erlangt⁵⁷. Demnach kann nur der Vater, nicht auch die Mutter⁵⁸, und nur den in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kindern⁵⁹ pupillariter substituiren, jedoch auch im Voraus den noch nicht geborenen (*postumis*), sofern sie, noch bei seiner Lebzeit geboren, seiner Gewalt unterworfen sein würden⁶⁰, nicht aber den emancipirten⁶¹, und nicht über die Jahre

⁵² Arg. L. 8. 34. pr. D. h. t.

⁵³ L. 23. in f. D. eod. L. 41. §. 4. D. eod.

⁵⁴ L. 10. §. 4. D. h. t. cf. L. 35. pr. in f. D. de acquir. hered. 29. 2.; sunt enim (sc. substitutiones) appendices praecedentis institutionis. L. 20. C. de iure delib. 6. 30. Man hat freilich das Gegentheil behauptet wegen L. 76. §. 1. D. eod. (Iavolen.): *Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris additionem, numquid dubitas, qui ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses?* Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere (Vulg. Hal. o mittere) velim aut vindicare. Vangerow, Pand. II. §. 491. Anm. 2. Arnbt's, Pand. (erste Aufl.) §. 517. Anm. 2. Aber vgl. dagegen Leist, obs. ad L. 76. §. 1. D. de acquir. v. omitt. hered. Ienae 1853. welcher diese Stelle wohl mit Recht nur auf den Fall bezieht, wenn der Eingesetzte die Erbschaft nicht ausgeschlagen, sondern nur deren Antretung als Institutus versäumt hat, und dieselbe genauer mit Rücksicht auf das alte Recht der *cretio* (Anm. 22.) erklärt, vermuthend, daß die Worte *o miserit additionem interpositam* seien für *o miserit cretionem*. * Mit Rücksicht darauf wurde in den folgenden Auflagen des Lehrbuchs die obige Regel aufgenommen. In der 7. Auflage dagegen §. 517. Anm. 5. ist nach einer Abhandlung von Schlayer im Arch. für civ. Praxis LIII. S. 52 fg. auf Grund von L. 1. §. 5. 6. D. si quis ommissa causa test. 29. 4. wieder angenommen, daß wer als Institutus abgelehnt hat, doch noch als Substitut eines Miteingesetzten antreten könne. Dagegen aber vgl. Wendt im Arch. LV. S. 275 fg.

⁵⁵ Inst. de pupillari substitutione 2. 14. Vgl. Anm. 3. und Gai. II. §. 179—184. Ulp. fragm. XIII. §. 7—9.

⁵⁶ L. 2. pr. L. 8. D. h. t.

⁵⁷ Pr. 1. h. t. L. 2. pr. cit.

⁵⁸ Nicht widersprechend L. 33. pr. D. h. t., als welche nur von einer bedingten Zugarjsubstitution spricht.

⁵⁹ Pr. 1. i. c. cf. §. 9. eod.

⁶⁰ §. 4. I. i. c. L. 2. pr. L. 31. §. 1. L. 41. §. 2. D. h. t.

⁶¹ L. 2. pr. D. h. t.

der Unmündigkeit hinaus⁶², während nichts entgegensteht, die Pupillar-
substitution auf ein jüngeres Alter des Kindes innerhalb der Unmündigkeit
desselben zu beschränken⁶³. Nur der Soldat ist in doppelter Beziehung
privilegiert, indem er sowohl dem Kinde über die Zeit seiner Unmündigkeit
hinaus⁶⁴, als auch dem emancipirten Kinde⁶⁵ Erben ernennen kann,
beides jedoch nur mit Beschränkung auf das von ihm her dem Kinde
zukommende erbhaftliche Vermögen. Eine wesentliche Voraussetzung
bei der Pupillarsubstitution ist zudem, daß das Kind durch den Tod des
Vaters, welcher sie vornimmt, *sui iuris* werde; daher ist ungiltig die
Pupillarsubstitution durch den Großvater, wenn der Enkel durch den
Tod desselben unter die Gewalt seines Vaters fällt⁶⁶.

Sodann ist zu einer giltigen Pupillarsubstitution regelmäßig auch
erforderlich, daß der Vater in Ansehung seines eigenen Nachlasses auf
giltige Weise einen Erben entweder zugleich ernenne oder schon vorher
ernannt habe⁶⁷. Die Pupillarsubstitution ist nur ein Theil oder Anhang
des Testaments, das der Vater für sich selbst errichtet, von dem recht-
lichen Dasein des letzten abhängig, und die ganze Willensordnung des
Vaters ist insofern *unum testamentum*, obwohl *duarum causarum
sive hereditatum, et patris et filii*; wegen dieser Doppelbeziehung
aber kann sie auch als zwei Testamente enthaltend angesehen werden⁶⁸.
Wird die Pupillarsubstitution nicht zugleich mit der Errichtung des
väterlichen Testaments angeordnet, so bedarf es für beide der ganzen
Form der Testamentserrichtung, sei es schriftlich oder mündlich; im
anderen Falle genügt eine solenne Testamentserrichtung; doch kann
auch in diesem Falle die Pupillarsubstitution in einer gesonderten, sogar
mit allen Förmlichkeiten versehenen Testamentsurkunde (*pupillares tabu-
lae*) niedergelegt werden⁶⁹. Der Soldat nur ist auch darin wieder

⁶² §. 8. I. h. t. L. 7. 14. D. h. t. Jedoch kann in weiterer Erstreckung der Pupillarsubstitution ein Fideicommiß enthalten sein, wenngleich dieß nicht in jedem Falle als sich von selbst verstehend anzunehmen ist. Rühlensbruch Bd. 40, S. 379 flg.

⁶³ 3. B. si filius meus intra decimum annum decesserit, Seius ei heres esto. L. 21. 38. §. 4. D. h. t.

⁶⁴ L. 15. 28. D. h. t.

⁶⁵ L. 41. §. 4. D. de test. mil. 29. 1.

⁶⁶ L. 2. pr. L. 41. §. 2. D. h. t. Daß schon zur Zeit der Testamentserrichtung das Kind in unmittelbarem Suitätsverhältnisse zum Testator stehe, ist nicht erforderlich; vielmehr kann selbst einem fremden Kinde wirksam substituirt werden, falls später dasselbe adoptirt wird. L. 2. pr. cit. a. G. Rühlensbruch Bd. 40, S. 371 flg.

⁶⁷ §. 5. I. h. t. L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. 4. D. h. t.

⁶⁸ §. 2. I. h. t. L. 2. §. 4. D. h. t. L. 2. §. 2. D. de hered. vend. 18. 4.

⁶⁹ L. 2. §. 4—7. L. 20. D. h. t. §. 3. I. h. t. L. 8. §. 4. D. de h. p. s. t. 37. 11. cf. Gai. II. 180. 181. Nach älterem Recht mußte sogar im selben Testamente die Institution der väterlichen Erben der Pupillarsubstitution vorausgehen; nach Justinianischem Rechte kann es darauf nicht mehr ankommen, obwohl L. 2. §. 4. D. h. t. es noch zu fordern scheint. Vgl. §. 34. I. de legat. 2. 20. mit

privilegirt, daß er dem Kinde einen Pupillarsubstituten geben kann, ohne für sich selbst ein Testament zu errichten, sowie er auch über seine eigene Erbschaft nur zum Theil durch Testament verfügen, für den anderen Theil die gesetzliche Erbfolge bestehen lassen kann ⁷⁰.

Daß das Kind zum Erben des Vaters eingesetzt sei, ist zur Gültigkeit der Pupillarsubstitution an sich nicht erforderlich, wenn nur das väterliche Testament, ungeachtet jenes nicht geschehen, rechtlichen Bestand hat ⁷¹. So kann namentlich auch dem gültig enterbten Kinde ein Pupillarsubstitut gegeben werden, und wenn auch das Testament nach Nov. 115 wegen ungesetzlicher Uebergehung oder Ausschließung des Kindes anfechtbar ist, so bleibt doch die darin angeordnete Pupillarsubstitution nichtsdestoweniger in Kraft ⁷². Der gewöhnliche Fall aber ist, daß das Kind zum Erben des Vaters eingesetzt ist; ja, von diesem Falle ist ursprünglich ohne Zweifel Begriff und Bezeichnung der Pupillarsubstitution ausgegangen ⁷³. Alsdann wird der Pupillarsubstitut als solcher zwar, wie immer, zunächst zu des Kindes Erbschaft berufen, erhält aber in dieser auch die dem Kinde durch den Tod des Vaters von selbst zugefallene väterliche Erbschaft und wird sonach mittelbar auch des Vaters Erbe, soweit es das Kind geworden ist ⁷⁴. Wenn nun das Kind zum Erben des Vaters eingesetzt ist, so kann ihm der Pupillarsubstitut zugleich auch in Ansehung der väterlichen Erbschaft als Vulgarsubstitut bestellt und somit Pupillar- und Vulgarsubstitution vereinigt sein, duplex substitutio, z. B. *Filius heres esto: si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto* ⁷⁵. Ja, im Zweifel ist sogar die den Worten nach bloß als Vulgarsubstitution sich darstellende Verfügung zugleich als Pupillarsubstitution auszuliegen, und

Gai. II. 229. Aber bei gesonderter Errichtung beider Testamente wird Priorität des väterlichen vorausgesetzt. Mühlensbruch Vb. 40, S. 384 flg. — Uebrigens kommen besondere pupillares tabulae auch zum Zwecke einer bloßen Vulgarsubstitution vor. L. 33. pr. D. h. t. Ann. 58.

⁷⁰ L. 2. §. 4. D. h. t. Vgl. Rechtslexikon Vb. III. S. 921. Note 91. (oben S. 79.)

⁷¹ §. 4. I. h. t. L. 1. §. 2. L. 10. §. 5. D. h. t.

⁷² Nov. 115. cap. 3. in f. cap. 4. in f.

⁷³ Darauf deutet der Ausdruck: *si filius intra pubertatem decesserit, tunc Seius mihi heres esto*, oder: *mihi secundus heres esto*; L. 1. §. 4. D. h. t. L. 8. §. 4. D. de b. p. s. t. 37. 41. Cic. de invent. II. 42.; oder: *tunc in locum partemve eius Titius heres esto*. L. 41. §. 8. D. h. t. Vgl. Bangerow, Pand. §. 452. Ann.

⁷⁴ L. 10. §. 2. 3. 5. D. h. t.

⁷⁵ L. 1. §. 4. D. h. t. *Heredis substitutio (aut) duplex est aut simplex. (Simplex est) veluti: Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius mihi heres esto. (Duplex veluti: filius mihi heres esto); si heres non erit sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto.* Ueber die in Klammern eingeschlossenen Ergänzungen des Textes vgl. Savigny's Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter, 2. Aufl., III. S. 457. Die Vulgarsubstitution wird hiernach auch als substitutio in primum, die Pupillarsubstitution als substitutio in secundum casum bezeichnet, die Vereinigung beider als substitutio in utrumque casum.

umgekehrt⁷⁶. Im Zweifel: d. h. wenn weder ein anderer Wille des Testators bestimmt ausgesprochen ist, noch sonst ein besonderer Umstand jener Willensauslegung entgegensteht. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn mehrere Eingesezte, von denen nur einem oder einigen pupillariter substituirt werden kann, einander wechselseitig substituirt sind⁷⁷ oder wenn dieselbe Person zugleich einem unmündigen Kinde und einem anderen Eingesezten substituirt ist⁷⁸. Insbesondere auch soll nach einer Verordnung Justinian's, wenn Jemand seine Frau und den von ihr erwarteten Postumus eingesezt, für den Fall aber, daß dieser nicht geboren werde, einen Dritten an seiner Statt zum Erben ernannt hat, und nun das geborene Kind in der Unmündigkeit stirbt, alsdann die Mutter als gesetzliche Erbin des Kindes den Substituten desselben von der Erbfolge ausschließen⁷⁹. Der Pupillarsubstitut kann ferner auch zugleich im ersten Grade zum Erben des Vaters eingesezt sein und so kann der Vater auch kurzweg alle zu seiner Erbschaft eingesezten Erben zugleich zu Erben des Kindes ernennen (*quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto*). Darnach werden jene im Zweifel nach demselben Theilungsverhältnisse, in welchem sie zu Erben des Vaters ernannt sind, auch zu des Kindes Erbschaft berufen, aber nur diejenigen von ihnen, welche wirklich des Vaters Erben geworden sind und zudem die Delation der Erbschaft des Kindes erleben⁸⁰. Doch wird jener Ausdruck *quisquis mihi heres erit* von denjenigen verstanden, welche entweder selbst Erben des Vaters werden oder einen Anderen dazu machen, wie der Sklave den Herrn. Der letzte erbt daher nicht deßhalb auch als Pupillarsubstitut, weil er durch den eingesezten Sklaven die Erbschaft des Vaters erworben hatte, sondern, wenn der Sklave zur Zeit des Anfalles der Erbschaft des Pupillen frei oder in eines anderen Herrn Gewalt war, so konnte er nun die Erbschaft für sich selbst oder für

⁷⁶ L. 4. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. Man nennt dieß im ersten Falle *substitutio pupillaris tacita*, im anderen *substitutio vulgaris tacita*. Die letzte war schon zu Cicero's Zeit, nach der von Crassus gegen Q. M. Scaenola vertheidigten Ansicht, in folgender Verfügung eines gewissen Coponius anerkannt: *Si mihi filius genitur, isque prius moritur, quam in suam tutelam venerit, Curius mihi secundus heres esto*, nachdem nämlich die Geburt des Postumus vergeblich erwartet war. Cic. de orat. I. 39. II. 32. de invent. II. 21. 42. Brut. 52. 53. Top. 10. Später wurde die fragliche Auslegungsregel nach beiden Seiten hin durch Constitutionen bestätigt. L. 4. D. h. t. Mit Unrecht wollen Einige den Schluß von der Pupillar- auf die Vulgarsubstitution nicht gelten lassen: Wening, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. III. 6. 7. Vgl. dagegen Mühlensbruch *Abd.* 40, S. 266 fg. Vangerow, *Pand.* §. 451. Anm. 1. §. 453. Anm. 1.

⁷⁷ L. 4. §. 2. L. 45. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. L. 6. Cod. de test. mil. 6. 21.

⁷⁸ L. 4. Cod. h. t.

⁷⁹ L. 9. Cod. h. t. — Mit Unrecht erkennt Vangerow, §. 451. Anm. 1. a. G., unter anderen auch in dem besondern Verfluß des die Pupillarsubstitution enthaltenden Theiles des Testaments einen Gegengrund gegen die Annahme einer *tacita vulgaris substitutio*. Vgl. Anm. 70.

⁸⁰ L. 8. 10. pr. D. h. t.

jeinen jetzigen Herrn erwerben⁸¹. Dasselbe mußte nach älterem Rechte ebenso auch in Ansehung eines eingesetzten Hauskinds gelten. Nach neuerem Rechte aber ist für diesen Fall consequent folgendes anzunehmen: Hat der Vater des eingesetzten Hauskinds anstatt desselben die Erbschaft des testirenden Vaters selbst erworben, so erwirbt er nachher in gleicher Weise auch kraft der Pupillarsubstitution seines eingesetzten Kindes die Erbschaft des unmündigen Kindes des Testators, wosern jenes zur Zeit des Anfalles dieser Erbschaft noch in seiner Gewalt ist, also selbst dieselbe, mit dem Rechte des Nießbrauches für seinen Vater, erwerben würde, falls es die väterliche Erbschaft angenommen hätte; außerdem kann der Vater desselben auf keinen Fall anstatt seiner die Pupillarerbschaft erwerben, das eingesetzte Kind aber nur, sofern es ihm noch freisteht, obgleich es als instituirt des Testators eigene Erbschaft nicht angenommen hat⁸².

Hat der Vater seinen eingesetzten Erben ohne nähere Bestimmung noch einen anderen nicht eingesetzten als Pupillarsubstituten des Kindes hinzugefügt, so ist nach der Entscheidung Justinian's⁸³ der letzte im Zweifel als auf einen Kopftheil der Kindeserbschaft eingesetzt anzusehen, der übrige Theil dieser Erbschaft aber ist dann unter die zugleich instituirten Pupillarsubstituten nach Verhältniß ihrer Antheile an der väterlichen Erbschaft zu vertheilen⁸⁴. Uebrigens gilt von der Pupillarsubstitution im Ganzen dasselbe, was in Ansehung der Einsetzung eigener Erben Rechtens ist. So kann die Pupillarsubstitution auch unter Bedingungen stattfinden. Insbesondere ist in Ansehung derselben auch wieder eine Vulgarsubstitution statthaft⁸⁵: z. B. Titius filio meo, si intra pubertatem decesserit, heres esto; si Titius heres non erit (sc. filio intra pubertatem defuncto), Gaius heres esto. Der Pupillarsubstitut eines Kindes aber, das selbst einem anderen Kinde pupillariter substituirt ist, gilt nicht deßhalb auch als Pupillarsubstitut des letzten⁸⁶.

⁸¹ L. 3. 8. §. 1. eod.

⁸² Vgl. oben Anm. 10—16.

⁸³ L. 11. Cod. h. t.

⁸⁴ L. 9. D. h. t. Diese Stelle gibt im Widerspruch mit L. 41. C. cit. (v. S. 531.) dem beigelegten Substituten die Hälfte und theilt die andere Hälfte unter die übrigen nach Verhältniß ihrer Institutionserbtheile. Nach L. 19. cit. kann nur der letzte Noment, den Theilungsmaßstab betreffend, aus L. 9. cit. noch festgehalten werden, und so ergibt sich denn für die Pupillarsubstitution dasselbe, was nach L. 32. D. h. t. für die Vulgarsubstitution gilt. Anm. 41.

⁸⁵ L. 13. 25. D. h. t.

⁸⁶ L. 47. eod. Vgl. darüber Böhr, im Archiv für civ. Prag. IX. S. 115 fig. Wangerow, Pand. §. 453. Anm. 2. Ein eigenthümlicher Fall dieser Art ist der, wenn zwei unmündige Kinder einander wechselseitig pupillariter substituirt sind und demjenigen von beiden, welches zuletzt intra pubertatem sterben werde, ein Dritter. Wenn hier die beiden Kinder gleichzeitig sterben oder wegen Ungewißheit

In Ansehung der Voraussetzungen einer gültigen Pupillarsubstitution ist endlich noch zu bemerken, daß bei derselben der Vater weder seine eigenen noch des Kindes Notherben oder Pflichttheilsberechtigten zu berücksichtigen braucht und diese wegen Verletzung ihrer Erbansprüche die Pupillarsubstitution anzufechten nicht berechtigt sind. Von der Nothwendigkeit der Einsetzung oder Enterbung gewisser Personen konnte nach älterem Rechte bei der Pupillarsubstitution keine Rede sein, weil solche nur in Ansehung der sui heredes bestand, der Pupill aber keine sui heredes hinterlassen konnte, während dagegen die gehörige Berücksichtigung der sui heredes des Vaters in Beziehung auf dessen eigene Erbschaft zu den Voraussetzungen der Gültigkeit des väterlichen Testamentes, also auch der Pupillarsubstitution gehörte. Das Pflichttheilsrecht aber der Verwandten des Pupillen kam nicht in Betracht, weil die Beschwerde über Pflichtwidrigkeit des Testamentes in der Lieblosigkeit gegen den nächsten Angehörigen ihren Grund hatte, hier aber nicht des Kindes, sondern des Vaters Wille es war, der sie ausschloß; und das Pflichttheilsrecht der Verwandten des Vaters nicht, weil es nicht seine, sondern des Kindes Erbschaft war, in Ansehung deren er sie zurücksetzte⁸⁷. Diese Ansicht aber muß nun auch in gleicher Beziehung auf die neueren Bestimmungen der Novelle 115 noch als entscheidend festgehalten werden⁸⁸.

Was sodann die Wirkungen der Pupillarsubstitution betrifft, so ist vor allem festzuhalten, daß der Pupillarsubstitut als solcher zum Erben des Pupillen ernannt ist. Des Kindes Erbschaft wird ihm deferirt, wenn der Substitutionsfall eintritt, d. h. wenn jenes vor Erreichung der Testamentsmündigkeit oder vor dem bestimmten Alter innerhalb der Mündigkeit stirbt⁸⁹. Ist der Pupillarsubstitut ein necessarius heres des Vaters, d. i. eine Person, welche zum Erben des Vaters eingesetzt, die anfallende Erbschaft von selbst erwerben würde, so ist er eintretenden Falles auch von selbst Erbe des Kindes⁹⁰; aber es versteht sich auch von selbst, daß der suus des Vaters als Pupillarsubstitut ebenfalls das Recht hat, sich der ihm angefallenen Erbschaft zu enthalten, wie er sich der väterlichen Erbschaft enthalten könnte. Ist aber das Kind

der Priorität des Todes als Commorienten zu betrachten sind, so beerbt der Dritte beide direct als Pupillarsubstitut. quasi utriusque ultimi decessisse videantur. L. 9. pr. D. de reb. dub. 34. 5. Vgl. Mühlenschub Bd. 40, S. 462 fg. Arndts, Pand. §. 27. Anm. 2.

⁸⁷ L. 8. §. 5. D. de inoff. test. 5. 2. cf. cap. 4. de testam. in 6to. 3. 11.

⁸⁸ Dieß ist freilich bestritten: Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtlichen Unterf. S. 83 fg. Franke, Recht der Notherben §. 36.; aber vgl. dagegen Mühlenschub Bd. 40, S. 391 fg. Bangerow, Pand. §. 153. Anm. 3.

⁸⁹ §. 4. I. h. t. L. 10. §. 5. D. h. t.

⁹⁰ L. 2. §. 4. L. 40. §. 1. D. h. t.

Erbe des Vaters geworden, so erhält der Substitut in dessen Erbschaft zugleich auch und nothwendig die Erbschaft des Vaters, nicht als besondere Erbschaft, sondern als Bestandtheil der Erbschaft des Kindes, so zwar, daß selbst durch ausdrückliche Bestimmung des Vaters derselbe nicht auf das eine oder andere Vermögen allein beschränkt werden kann, ausgenommen, wenn jener als Soldat testirt, für welchen auch in Ansehung seines eigenen Nachlasses die Regel: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* nicht Anwendung findet⁹¹. Könnte jedoch der Substitut aus besonderem Grunde von dem Vermögen des Vaters als dessen unmittelbarer Erbe nichts oder nur einen gewissen Theil erwerben, so tritt diese Beschränkung auch bei der Pupillarerb- schaft insoweit ein, als ihm durch dieselbe zugleich die väterliche Erbschaft zukommen würde⁹². Andererseits kann der Pupillarsubstitut eines ar- rogirten Kindes nur dasjenige Vermögen erhalten, was diesem von dem substituierenden Arrogator her oder sonst in Folge der Arrogation, z. B. von Freunden oder Verwandten des Arrogirten, in Rücksicht des durch die Arrogation begründeten Verwandtschaftsverhältnisses, zugekommen ist, da alles übrige Vermögen desselben, wenn es in der Unmündigkeit stirbt, denjenigen gebührt, welchen ohne Dazwischenkunft der Arrogation dessen Nachlaß zugefallen sein würde⁹³.

Hat sich das zum Erben eingesetzte Kind der väterlichen Erbschaft enthalten, so ist folgerichtig anzunehmen, daß auch den Pupillarsubstituten als Erben desselben die väterliche Erbschaft nichts angehe, daß er somit auch, bloß des Pupillen Vermögen in Anspruch nehmend, für die Schulden des Vaters nicht einzustehen brauche. Diese Consequenz wird denn auch in einer Stelle gegen die abweichende Meinung einiger Ju- risten ausdrücklich und unzweifelhaft anerkannt, unter Hinzufügung des Grundes, daß es gegen das Interesse des Pupillen sei, wenn der Pu- pillarsubstitut aus Furcht vor Ueberschuldung des väterlichen Vermögens, die Erbschaft des Pupillen abzulehnen sich veranlaßt finden sollte⁹⁴; sie ist auch als richtige Folgerung festzuhalten, ungeachtet eine andere Stelle derselben zu widersprechen scheint⁹⁵.

⁹¹ L. 10. §. 2. 5. eod.

⁹² L. 6. 11. eod.

⁹³ L. 10. §. 6. eod. L. 22. §. 1. D. de adopt. 1. 7. cf. L. 40. D. h. t. Ueber die Frage, ob diese das fragliche Vermögen als Erbschaft in Anspruch nehmen können oder als Schuld vom Pupillar- substituten zu fordern haben? vgl. Mühlensbruch a. a. D. S. 409 ff. Sintonis, Civilrecht III. §. 176. Anm. 7.

⁹⁴ L. 42. pr. D. de acquir. hered. 29. 2. (Ulpian.)

⁹⁵ L. 28. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. (Iavolen.) Ueber die verschiedenen Erklärungs-, beziehungsweise Emendationsversuche vgl. Mühlensbruch a. a. D. S. 419 ff. Huschke, in der Zeitschr. für Civilt. u. Proc. N. F. S. 100. Vangerow, Pand. §. 454. Anm. 2. Sintonis a. a. D. Anm. 20.

Ist der Pupillarsubstitut zugleich zum Erben des Vaters eingesetzt, so kann er in jener Eigenschaft immer noch Erbe des Kindes werden, wengleich er die Erbschaft des Vaters als Institutus abgelehnt hat, vorausgesetzt nur, daß dadurch nicht das Testament des Vaters, und somit auch die Pupillarsubstitution, ganz unwirksam geworden ist⁹⁶. Nur der zugleich zum Miterben des Kindes eingesetzte Pupillarsubstitut wird durch Ablehnung der väterlichen Erbschaft schlechthin auch von der Erbschaft des Kindes ausgeschlossen, damit er nicht durch diese mittelbar wieder zu der bereits verschmähten väterlichen Erbschaft gelange⁹⁷. Andererseits hat die Antretung der väterlichen Erbschaft von Seiten eines zugleich dem Kinde substituirteten Institutus stets die Folge, daß dieser alsdann auch die ihm deferirte Erbschaft des Pupillen nicht mehr ablehnen kann⁹⁸; ja, dieselbe fällt sogar, wenn er selbst den Anfall der Pupillarerbbschaft nicht mehr erlebt, von selbst auch seinen Erben zu, gleichsam als ein Bestandtheil der väterlichen Erbschaft, kraft Anwachsungsrechtes, wofern nicht andere mit ihm zu Erben des Kindes eingesetzte Personen, diesen Erbanfall erlebend, durch ihren Erwerb der Pupillarerbbschaft das Anwachsen verhindern⁹⁹.

Der Pupillarsubstitut kann übrigens auch mit Vermächtnissen beschwert werden: inwiefern? das ist im Artikel Legat (unten Nr. 50.) bestimmt und daselbst auch die Frage, wie dabei die quarta Falcidia zu berechnen sei, beantwortet worden¹⁰⁰.

Es bleibt noch übrig, die Gründe anzugeben, aus welchen die anfangs gültige Pupillarsubstitution ihre Kraft verlieren kann. In dieser Beziehung ist vorerst im Allgemeinen zu bemerken, daß alle diejenigen Gründe, aus welchen überhaupt eine Erbeinsetzung ihre Kraft verlieren mag, auch in Ansehung der durch den Vater für das Kind vorgenommenen Erbeinsetzung stattfinden können. Außerdem erlischt die Pupillarsubstitution:

⁹⁶ L. 10. §. 4. L. 12. D. h. t. L. 40. 41. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 27. §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 4.

⁹⁷ L. 10. §. 3. D. h. t.

⁹⁸ L. 20. Cod. de iure delib. 6. 30.

⁹⁹ L. 59. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. pr. D. h. t. Gegen die Meinung, daß die Accrescenz nur dann eintrete, wenn der Pupill Miterbe des Substituten war (Warnkönig, in der Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. XVIII. 10.), vgl. Mühlendruck a. a. D. S. 432 fg. Wangerow, §. 454. Anm. 1. Sintenis, Civilt. §. 175. Anm. 28.

¹⁰⁰ Vgl. Rechtslegikon Bd. VI. S. 284. 317 fg. (wo S. 318 statt „überlassen“ zu lesen ist „überlasten“ und S. 319 „beides“ statt „bereits“); dazu jetzt noch Sigmund, über die Berechnung der quarta Falcidia, wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält (München 1846) S. 22 fg. Guschke, über die Prästation der Legate in Doppeltestamenten, in der Zeitschr. für Civilt. u. Proc. N. F. VI. 11. VII. 2. 6. Herrmann das. VIII. S. 394 fg. Wangerow, von der Berechnung der Falcid. Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten, im Archiv für civ. Praxis XXXVI. 10. 12. XXXVII. 13.

1) wenn das Kind vor dem Vater, der ihr Urheber ist, stirbt oder sonst aus anderem Grunde noch bei dessen Lebenszeit aus der väterlichen Gewalt desselben austritt ¹⁰¹;

2) wenn dasselbe durch den Tod des Testators nicht *sui iuris*, sondern der Gewalt eines Anderen unterworfen wird ¹⁰². Tritt dieser Fall erst später ein, nämlich dadurch, daß ein Dritter das unmündige Kind arrogirt, so erlischt zwar streng genommen die Pupillarsubstitution ebenfalls und es kann nun der Arrogator dem Kinde einen anderen Erben ernennen; allein dennoch bleibt jene in der That wirksam, in Ansehung nämlich alles desjenigen Vermögens, welches dem Kinde nicht in Folge der Arrogation erworben ist, indem dieses nun *ex rescripto Divi Pii* dem Pupillarsubstituten, als demjenigen, welcher in Ermangelung der Arrogation zur Erbschaft des Kindes berufen sein würde, herauszugeben ist ¹⁰³;

3) wenn das Kind die Mündigkeit oder, falls die Pupillarsubstitution auf kürzere Zeit beschränkt ist, die bezeichnete jüngere Altersstufe erreicht. Auch wenn die Pupillarsubstitution ausdrücklich über das Alter der Mündigkeit hinaus erstreckt ist, erlischt sie doch von selbst durch die Mündigkeit des Kindes; nur die im Soldatentestament angeordnete bleibt in Ansehung des eigenen auf das Kind vererbten Vermögens des Testators noch ferner wirksam ¹⁰⁴;

4) wenn das Testament des Vaters aus irgend einem Grunde völlig nichtig wird, es wäre denn ein Soldatentestament, als in welchem auch anfangs ohne gültige Erbernennung für die Erbschaft des Testators selbst gleichwohl eine gültige Pupillarsubstitution angeordnet werden kann ¹⁰⁵. Ohne Einfluß auf den Bestand der Pupillarsubstitution ist die *agnition* der *honorum possessio contra tabulas*, soweit eine solche noch vorkommen kann ¹⁰⁶, desgleichen eine bloß theilweise *Rescission* des väterlichen Testamentes wegen Pflichtwidrigkeit desselben ¹⁰⁷, sowie die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen wegen Verletzung der Vorschriften der *Nov. 115* ¹⁰⁸. Auch bleibt dieselbe in Kraft, wenngleich der als einziger

¹⁰¹ L. 41. §. 2. D. h. t. Ueber die eigenthümlichen Verwickelungen, welche sich ergeben konnten, wenn Vater oder Kind in feindliche Gefangenschaft gerietthen, vgl. L. 28. 29. D. h. t. L. 10. 11. 22. pr. D. de captiv. 49. 15. L. 1. Cod. de posthumio 8. 50. Mühlenbruch a. a. O. S. 447 flg.

¹⁰² L. 2. pr. D. h. t. Vgl. Anm. 66

¹⁰³ L. 17. §. 1. L. 18—20. D. de adopt. 1. 7. Vgl. Anm. 93.

¹⁰⁴ §. 8 I. h. t. L. 44. 21. 38. §. 1. L. 43. §. 1. D. h. t. Vgl. Anm. 63—65.

¹⁰⁵ L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. L. 16. §. 1. D. h. t. L. 41. §. 5. D. de testam. mil. 29. 1. Vgl.

Anm. 68—70.

¹⁰⁶ L. 34. §. 2. L. 35. D. h. t. cf. L. 22. eod.

¹⁰⁷ L. 8. §. 5. D. de inoff. testam. 5. 2.

¹⁰⁸ Vgl. Anm. 88. 89. und Rechtslegikon Bb. VIII. S. 152.

Erbe des Vaters eingesezte suus der väterlichen Erbschaft sich enthält oder der eingesezte Erbe gegen den Erwerb derselben Wiedereinsezung in den vorigen Stand erlangt ¹⁰⁹, und sie wird, wie der übrige Inhalt des Testaments, aufrecht erhalten, wenn der eingesezte Erbe nur zum Zwecke der Vereitelung der Vermächtnisse die Erbschaft abgelehnt hat, um doch auf anderem Wege dieselben zu gewinnen ¹¹⁰.

Endlich wird der Pupillarsubstitut durch Creption der Pupillarerbschaft verlustig, wenn er nach dem Tode des Kindes die Mutter der Unterchiebung desselben angeklagt hat ¹¹¹, und wenn er es veräußert hat, dem Pupillen einen Vormund zu erbitten ¹¹².

III. Quasipupillarsubstitution. Wenn ein Kind zwar schon mündig, aber wegen eines natürlichen Fehlers, z. B. wegen Stummheit oder auch wegen Geisteskrankheit, unfähig war, ein Testament zu errichten, so konnte nach älterem Rechte nur durch besondere Gestattung des Regenten dem Vater die Befugniß gegeben werden, für jenes ein Testament nach Analogie der Pupillarsubstitution zu errichten, und dieß ist dann auch im Justinianischen Rechte noch als zulässig aufgenommen, mit der Wirkung, daß dadurch die Erbfolge in das Vermögen des Kindes bestimmt wird, falls dasselbe stirbt, ohne jene Fähigkeit erlangt zu haben und ohne daß ihm ein Notherbe geboren worden ist ¹¹³. Einem wegen Geisteskrankheit zur Testamentserrichtung unfähigen Descendenten aber kann nach einer Justinianischen Constitution ¹¹⁴ auch ohne besondere Concession nicht nur der Vater, sondern überhaupt jeder Ascendent, zu dessen Pflichttheilsberechtigten jener gehört, substituieren. Obwohl Justinian selbst auch diese Substitution als ad exemplum pupillaris substitutionis eingeführt bezeichnet ¹¹⁵ und dieselbe daher auch den technischen Namen „Quasipupillarsubstitution“ erhalten hat, so ist doch in neuerer Zeit sehr streitig geworden, ob dieselbe nach ihres Urhebers wahrer Willensmeinung wirklich als ein Analogon der Pupillarsubstitution betrachtet werden könne. Manche behaupten nämlich, die fragliche

¹⁰⁹ L. 12. D. h. t. L. 42. pr. D. de acquir. hered. 29. 2. Mühlenthal Bd. 42. S. 362. Bd. 43. S. 141. Auf der anderen Seite dagegen macht die Restitution gegen die Ablehnung der testamentarischen Erbschaft die durch diese vereitelte Pupillarsubstitution wieder wirksam. L. 2. §. 3. D. h. t.

¹¹⁰ L. 2. §. 1. in f. D. h. t.

¹¹¹ L. 16. pr. D. de his quae ut indign. 34. 9.

¹¹² L. 10. Cod. de legit. hered. 6. 58.

¹¹³ L. 43. pr. D. h. t. Mühlenthal Bd. 40, S. 478 ff. In dieser Stelle ist speciell vom mutus und vom furiosus die Rede; dem letzten stellen auch hier Manche den erklärten Verzichtwender gleich, der freilich ebenfalls, obwohl nicht wegen eines natürlichen Fehlers, testirunfähig ist. Sententia, C. iur. §. 176.

¹¹⁴ L. 9. Cod. h. t. cf. L. 7. §. 1. 8. Cod. de curat. sur. 5. 70.

¹¹⁵ §. 1. I. h. t. II. 16.

Constitution gebe den Ascendenten gar nicht das Recht, dem geisteskranken Descendenten einen Erben zu ernennen, wie der Vater dem Pupillen, sondern nur die Befugniß, demselben in Ansehung des ihm von ihnen hinterlassenen Vermögens (Erbchaft oder Vermächtniß), auch wenn dieses nicht mehr als der Pflichttheil betrage, fideicommissarisch zu substituiren¹¹⁶. Allein nicht nur war von jeher die erste Auslegung die allgemein anerkannte und herrschende, so zwar, daß selbst ein Vertheidiger der neuen Auslegung die Quasipupillarsubstitution in jenem Sinne als ein durch Gewohnheitsrecht begründetes Rechtsinstitut anerkennt¹¹⁷, wenngleich ein einzelner Schriftsteller bezeugt, daß es in seiner Heimath in diesem Sinne nicht praktisch sei¹¹⁸, sondern es ist auch diese gemeine Meinung von Mehreren als die theoretisch richtige gegen die neuere Auslegung mit Erfolg vertheidigt worden¹¹⁹, und bemerkt deßhalb auch ein anderer Vertheidiger der letzten, es sei kaum zu billigen, wenn ein einzelner Richter seine individuelle Meinung einer so entschiedenen communis opinio entgegenstellen wollte¹²⁰.

Von der eigentlichen Pupillarsubstitution unterscheidet sich jedoch diese Quasipupillarsubstitution nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes dadurch, daß der Ascendent dem geisteskranken Descendenten wenigstens den Pflichttheil hinterlassen muß, daß er bei der Substitution zunächst die nicht geisteskranken Nachkommen jenes Descendenten oder wenigstens einen von ihnen, und, wenn solche nicht vorhanden sind, seine eigenen anderen nicht ebenfalls geisteskranken Descendenten, namentlich die Geschwister des wahnsinnigen, oder wenigstens einen von diesen bedenken muß¹²¹. Außerdem ist noch Manches unklar und streitig: namentlich, ob der Ascendent auch für sich selbst Erben ernennen müsse? und vorzüglich, was Rechtens sei, wenn mehrere Ascendenten mit einander concurriren¹²².

¹¹⁶ Diese Ansicht wird namentlich vertheidigt von Unterholzner, im Archiv für civ. Prag. II. 5. S. 259 das. V. 3. IX. 7. Fuchta, Pand. §. 479. Fuhr in seinen und Hoffmann's civ. Verf. I. S. 84 flg. Bangerow, Pand. §. 456 u. a.

¹¹⁷ Fuchta a. a. O. und in dessen Gewohnheitsrecht II. S. 68 flg.

¹¹⁸ Voet. ad pand. tit. 28. cap. 6. §. 33 a. C.

¹¹⁹ So namentlich von Thibaut, im Arch. f. civ. Prag. V. S. 337 flg. X. S. 217 flg. Francke, Nothenverrecht S. 463 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41. S. 8 flg. Rosshirt, testament. Erbr. I. S. 869 flg. Mayer, Erbr. I. §. 41. Düsler, diss. inaug. ad const. 9. C. de impub. et al. subst. Hall's Sax. 1848. Sintenis, Civilr. §. 176 u. a.

¹²⁰ Bangerow §. 456. a. C.

¹²¹ Die L. 9. cit. gestattet zu Anfang den Ascendenten nur dann quos voluerint substituere, wenn nicht alia proles descendantium eis sit, was auch ein Oheim des wahnsinnigen Descendenten sein könnte, gebietet aber am Ende: sin . . . liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum vel unum vel certos vel omnes fieri substitutionem.

¹²² Vgl. darüber noch Haimberger, im Archiv f. civ. Prag. XII. 13. mit Mühlenbruch Bd. 40, S. 465 flg. Bd. 41, S. 1 flg. und Düsler I. c.

Die Quasipupillarsubstitution erlischt, wenn der wahnsinnige Descendent willensfähig wird, indem er dann selbst ein Testament errichten kann¹²³. Auch versteht sich wohl von selbst, daß ein vor Eintritt des Wahnsinns gültig errichtetes und durch diesen nicht aufgehobenes Testament auch durch eine nachfolgende Quasipupillarsubstitution nicht in seiner Wirksamkeit geschmälert werden kann¹²⁴. *

41.

Zur Lehre von den Erbverträgen. **

Die Lehre von den Erbverträgen nach gemeinem Rechte ist bekanntlich in unserer Zeit der Gegenstand vielfacher und gründlicher Bearbeitung von Seiten angesehener Rechtsgelehrten gewesen. Es war namentlich vor Andern Joh. Chr. Haffe, welcher die Theorie des Erbvertrags einer gründlichen Revision unterzog, indem er zugleich deren Beziehungen zu der Lehre vom Vertrag über eine fremde Erbschaft, von gemeinschaftlichen Testamenten und von der Schenkung auf den Todesfall beleuchtete¹. Mit dem ihm in seltenem Grade eigenen juristischen Scharfsinne und praktischen Takte hat dieser die neuere gemeinrechtliche Doktrin über den eigentlichen Erbvertrag, man kann wohl sagen, erst begründet, und Mehrere schon haben es ausgesprochen, daß die heutige gemeinrechtliche Geltung des Erbvertrags, als einer besondern Delationsart der direkten Erbfolge, in der That erst durch die Autorität und das Gewicht seiner Ausführung entschieden worden sei. Aber er hatte es vorzüglich nur auf Sichtung und Feststellung der Begriffe und die Darlegung der wesentlichen Consequenzen daraus, nicht auf eine vollständige Ausführung der Lehre abgesehen. Diese unternahm nach ihm Georg Beseler in einem Werke, das zu den bedeutendsten Monographien im Gebiete des deutschen Privatrechts gehört². Auf

¹²³ §. 4. in f. l. h. t. L. 9. Cod. cit.: ita tamen, ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset.

¹²⁴ Sintenis §. 176 a. C.

* Rechtslexikon X. S. 654—674. (1856.)

** Lehrb. §. 501. Anm. 5. vgl. §. 470. Anm. 3.

¹ Vgl. rheinisches Museum für Jurisprudenz II. S. 149—241, 300—366; III. S. 1—22, 239—278, 490—558.

² Die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil. Die Vergabungen von Todeswegen nach dem älteren deutschen Rechte. Göttingen 1835. — Zweiter Theil, I. allgemeiner Theil; der Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen. 1837. II. besondere Arten des Erbeinsetzungsvertrages; der Erbverzicht; Anhang 1840.

den von Haffe gewonnenen Grundlagen fortbauend, hat dieses mit jenem auf die betreffende Doctrin und Praxis entscheidenden Einfluß geübt. Gleichwohl fehlte es nicht nur in dieser an erheblichen Meinungsverschiedenheiten sowohl in Ansehung der principiellen Auffassung, als in Ansehung einzelner Folgesätze, sondern es ist sogar noch ein Angriff gegen die Existenz, ja gegen die Möglichkeit des Erbeinsetzungsvertrags in der gemeinhin angenommenen Bedeutung und Wirksamkeit versucht, es ist behauptet worden, daß es unmöglich sei, die Repräsentation eines Verstorbenen auf einen von seinem letzten Willen verschiedenen Willen zu gründen, daß das Recht durch die Anerkennung einer unwiderruflichen Erbeinsetzung sich selbst widersprechen würde³. Konnte nun auch dieser Beweis nicht gelingen, so lag doch in jenen Meinungsverschiedenheiten Anlaß genug, die Grundlagen der Theorie der Erbverträge und die daraus abzuleitenden einzelnen Rechtsätze einer neuen Prüfung zu unterwerfen. Dieß hat nun ein junger Rechtsgelehrter in einer sehr beachtenswerthen Weise versucht⁴. Wie mir scheint, ist dieser Versuch als ein im Wesentlichen wohlgelungener anzuerkennen, und den Resultaten der Erörterung des Verfassers meistens beizustimmen. Ich halte es daher für ein dankbares Beginnen, den Lesern der österreichischen Vierteljahrsschrift die Theorie des Verfassers in ihren Grundzügen darzulegen, daran aber sofort eine Besprechung darüber anzuknüpfen, wie sich diese Theorie zu den Bestimmungen des österreichischen Rechts verhalte, und welcher Gewinn daraus für die Lehre vom Erbvertrage nach österreichischem Rechte zu ziehen sei.

Die fragliche Abhandlung zerfällt in zwei Hauptabschnitte: I. Der Erbeinsetzungsvertrag (§§. 1—9, S. 1—72), II. Der Vermächtnißvertrag (§§. 10. 11. S. 73—84).

I. „Erbeinsetzungsvertrag“ ist die seit dem Erscheinen von Beseler's Werk beliebte Benennung eines Vertrages, durch welchen einem der Vertragsschließenden ein Erbe ernannt, und diesem somit nach dem Tode des ersten dessen Erbschaft, wie sonst durch Testament oder Gesetz, deferirt wird. Haffe hatte dafür den weniger passenden Ausdruck „Vererbungsvertrag“ gewählt. — Daß ein solcher Vertrag wirklich gemeinrechtliche Geltung habe, die jedoch, wie auch Beseler annimmt, erst durch die neuere Doctrin seit Haffe entschieden sei, wird von Hartmann in den §§. 2. 3 seiner Abhandlung dargethan. Es fragt sich aber vor

³ Kraus in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. XIII. S. 134—139.

⁴ Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Zwei Abhandlungen aus dem gemeinen Rechte von Dr. Gustav Hartmann, Privatdocenten in Göttingen. Braunschweig 1860. I. Abth. S. 1—84.

allem: Wird durch solchen Vertrag dem andern Contrahenten (dem Erbvertragsacceptanten) sofort ein festes Recht erworben? und welchen Inhalts ist dieses Recht?

Daß daselbe nicht ein Obligatio sei, darüber ist man einig; in der positiven Bezeichnung aber dessen, was es denn eigentlich sei, begegnet man großer Unsicherheit und Verschiedenheit. In der That muß die Existenz eines solchen angeblichen Rechts ganz in Abrede gestellt werden. Wie sollte es realisirt werden? durch welche Klage oder Einrede geschützt sein? Man sage nicht: durch die hereditatis petitio; denn diese setzt die Delation und Acquisition der Erbschaft schon voraus, durch deren Eintritt jenes Recht seinen Zweck erfüllt und zugleich sein Ende erreicht haben würde. Was für eine Pflicht ferner sollte jenem angeblichen Rechte entsprechen? Wie wäre eine Verletzung desselben überall nur denkbar? Man möchte vielleicht sagen: Verletzt werde es durch den Widerruf der Erbeinsetzung; diesen zu unterlassen sei die dem Rechte des einen entsprechende Pflicht des andern. Allein wenn der Widerruf das Recht des Acceptanten irgendwie afficirte oder alterirte, so könnte sich das doch nur in der Aufhebung dieses Rechts äußern; wäre dieß aber einmal aufgehoben, so könnte es auch nicht mehr einen Zwang zur Zurücknahme des geschehenen Widerrufs zu wirken; und an präventiven Zwang zur Abwendung des Widerrufs denken, kann schon deshalb Niemanden einfallen, weil er offenbar nicht durchführbar wäre. Diese Einwendungen gegen die herrschende Theorie erhebt Hartmann im §. 1. seiner Schrift und faßt dann seinerseits die Sache in folgender Weise an:

Damit Jemand, ohne durch das Gesetz zur Erbschaft berufen zu sein (ein Extraneus), Erbe werde, sind regelmäßig drei Thatsachen erforderlich: Tod des Erblassers, vorher die Erbeinsetzung, nachher die Erbantrittung. Legt man nun dem Eingesezten nach der Delation schon vor der Antretung ein Recht bei (das Recht anzutreten), so heißt dieß nichts anderes, als das Recht, daß ihn seine demnächstige Antretung zum Erben mache. Denn erklären, daß er Erbe sein wolle, kann jeder; die Antretung Unberufener ist nur wirkungslos. Tritt aber ein Berufener an, so hat dieß die damit rechtlich verbundene Folge; ein Eingriff darin ist absolut undenkbar; was könnte also den Inhalt des angeblichen Rechts bilden? Der Berufene ist rechtlich in der Lage, durch seine Willenserklärung Erbe zu werden. Das ist eine rechtliche Möglichkeit für ihn, kein eigenes, selbständiges Recht. Noch weniger aber kann hiernach von einem Recht desjenigen die Rede sein, für welchen

von den die Erbfolge bedingenden Thatsachen erst eine, die Erbeinsetzung, nicht auch schon die zweite, der Tod des Erblassers, eingetreten ist.

Zu den drei positiven Voraussetzungen der Erbfolge gesellt sich aber regelmäßig noch eine vierte negative: die, daß der Erblasser die Erbeinsetzung nicht in rechtlich wirksamer Weise widerrufen habe. Die Differenz zwischen der vertragsmäßigen und testamentarischen Erbeinsetzung kann nun wesentlich keine andere sein, als die, daß bei jener die letzte negative Voraussetzung wegfällt. Deshalb hat hier der Eingesezte schon bei Lebzeiten des Erblassers eine mehr gesicherte Aussicht auf die Erbschaft, vergleichbar dem nächsten Intestaterben eines taubstumm Geborenen, oder dem testamentarisch Eingesezten, wenn der Testator nachher in unheilbaren Wahnsinn verfällt. Dort wird durch ein rechtliches, hier durch ein natürliches Hinderniß die Aufhebung der Erbeinsetzung ausgeschlossen. Vergleichbar ist auch die Lage des Eingesezten, wenn der Testator als erklärter Verschwender die Fähigkeit zur Testamentserrichtung verliert, in welchem Falle ebenfalls durch ein rechtliches Hinderniß die Aufhebung des Testaments ausgeschlossen ist, so lange nicht die Prodigalitätserklärung wieder aufgehoben wird. Demnach kann man sagen, durch den Erbeinsetzungsvertrag werde der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Instituenten nach einer Seite hin eine Grenze gesetzt, seine Testirfreiheit, nicht, wie man wohl gesagt hat, indirect, sondern direct beschränkt: durch den Erbeinsetzungsvertrag; nicht durch die Erbeinsetzung an sich, sondern durch den damit verbundenen Verzicht auf die Testirfreiheit, durch welchen erst die sogenannte vertragsmäßige Erbeinsetzung zu einer unwiderruflichen, zum Erbvertrage wird. Dieser besteht also aus zwei Elementen: aus der Erbeinsetzung und dem Verzicht auf den Widerruf. Nur der letzte ist das vertragsmäßige Element, dem die Erbeinsetzung nur als rechtliche Basis dient, und aus dem allein die Beschränkung der Testirfreiheit hervorgeht.

Demnach ist die vertragsmäßige Erbfolge gar nicht eine selbstständige dritte Art neben der testamentarischen und gesetzlichen; vielmehr ist der Erbeinsetzungsvertrag seinem Hauptbestandtheile nach nichts anderes, als eben ein Testament, d. i. gültige Ernennung eines directen Erben. Diese konnte auch schon nach römischem Rechte (bei Soldaten nämlich) durch einen Vertrag (ein acceptirtes Versprechen) geschehen (L. 19. Cod. de pactis. 2. 3.). Selbst die Widerruflichkeit liegt keineswegs im Begriffe des Testaments. Keinem römischen Juristen ist es je eingefallen, auch nur hypothetisch dasjenige Rechtsgeschäft, das die Neuern Erbeinsetzungsvertrag nennen, als begrifflich verschieden dem

Testamente gegenüber zu stellen oder gar ein „unwiderrufliches Testament“ für einen innern Widerspruch zu erklären. Die Widerruflichkeit des Testaments beruht nur auf dem besondern Satze des römischen Rechts, daß der Verzicht auf den Widerruf keine Wirkung hat. Nur dieser letzte Satz hat durch das geltende Recht der Erbverträge eine Beschränkung erlitten; daher gehört der sogenannte Erbeinsetzungsvertrag zunächst in die Lehre vom testamentarischen Erbrechte; der damit verbundene Verzicht aber, so weit er wirksam ist, in die Lehre von den Gründen mangelnder Testamentsfähigkeit, oder in die Lehre von der Aufhebung der Testamente durch den Willen des Testators, als beschränkend diese willkürliche Aufhebung.

Dies ist das Resultat der Begriffsörterung im §. 1. der genannten Abhandlung. Unseres Erachtens ist nichts dagegen einzuwenden. Wir erkennen darin eine klare und überzeugende Ausführung dessen, was schon Andere, z. B. Walter und Abrecht, herausgeföhlt und in einzelnen Bemerkungen angedeutet haben, ohne davon in der Darstellung der ganzen Lehre durchgreifenden Gebrauch zu machen. Der Verfasser sagt selbst (S. 10), daß darin weniger ein neues Princip aufgestellt, als vielmehr ein älteres bloß schärfer formulirt sei. Er aber unternimmt es auch, dasselbe im Einzelnen durchzuführen (§§. 4 bis 9). Sehen wir also, welchen Gewinn der Verfasser aus seiner Grundansicht des Erbeinsetzungsvertrages zieht.

Wer ist fähig zur Eingehung des Erbeinsetzungsvertrages? Das ist die erste Frage, der wir begegnen (§. 4). Die herrschende Lehre antwortet: Erforderlich ist testamenti factio (activa, beziehungsweise passiva) und Vertragsfähigkeit beider Contrahenten; ohne diese ist das ganze Geschäft nichtig. Hartmann antwortet: Ohne jene beiden Erfordernisse ist zwar keine unwiderrufliche Erbeinsetzung vorhanden; es kann aber gleichwohl eine giltige (widerrufliche) Erbeinsetzung vorliegen, wenn nur deren Erfordernisse gegeben sind. Wenn z. B. der Promittent zwar testaments- und vertragsfähig, der Acceptant aber furiosus oder infans, und darum nicht vertragsfähig ist, und nun der erste ohne Aenderung des Willens stirbt, soll nicht dem letzten die Erbschaft deferirt sein? Dergleichen wenn der Promittent ein mündiger Minderjähriger, und deshalb der Vertrag als solcher ohne vormundschaftliche Zustimmung als ungiltig anzusehen ist, soll die darin enthaltene Erbeinsetzung als solche unwirksam sein, obwohl doch der Minderjährige testamentsfähig ist? Das D.-A.-Gericht zu Oldenburg hat sich für die Wirksamkeit ausgesprochen. Das ist inconsequent nach der

reinen Vertragstheorie. Nach gehöriger Scheidung des testamentarischen und des vertragsmäßigen Elements beantworten sich beide Fragen consequent bejahend: die Erbeinsetzung ist gültig, der Verzicht auf die Testirfreiheit ungültig, also die Erbeinsetzung wie gewöhnlich widerruflich. Selbst die Einwilligung des Vormundes zu dem Erbvertrage kann sie nicht unwiderruflich machen. Denn, „wenn der Vormund Schenkungen und sonstige Freigebigkeiten des Mündels durch seine Bestimmung nicht zu heilen vermag, so muß noch mehr ein solcher Vertrag außerhalb seines Ressorts liegen, durch welchen, rein zu Gunsten eines Andern, die dem Mündel wirklich zustehende Handlungsfähigkeit beschränkt würde“. Ist aber dieses richtig, so kann auch durch vormundtschaftliche Genehmigung der Vertrag keine höhere Kraft gewinnen. Der Erbvertrag des *filiusfamilias*, der ein *Peculium* hat, ist, wie dessen Testament, selbst mit Einwilligung des Vaters, nichtig. Es ist inconsequent und zugleich „höchst sonderbar“, wenn Beseler u. A. die unwiderrufliche Erbeinsetzung mit Einwilligung des Vaters gestatten, die widerrufliche versagen. Der Grund, den Beseler dafür anführt, daß die eigenthümliche Natur des Testaments jenen Ausweg den Römern nicht gestattet habe, ist unzutreffend; auch *Fideicommissa* des *Haussohnes*, obwohl ganz formlos, waren schlechthin ungültig. Consequent ist nur, zu sagen: der *Haussohn* (abgesehen vom *peculium castrense* und *quasi castrense*) kann nicht gültig einen Erben ernennen, nicht widerruflich, also auch nicht unwiderruflich.

An die Frage nach der persönlichen Fähigkeit der Vertragsschließenden knüpft sich die Frage an: welche Kraft ein Erbeinsetzungsvertrag in Beziehung auf Dritte habe? Consequent wird behauptet: der Institutent kann durch Vertrag wie durch Testament nur selbst, in eigener Person, einen Erben einsetzen, nicht durch einen Stellvertreter. Wer das Gegentheil behauptet, kann consequent auch nicht das Erforderniß der *testamenti factio* des Institutenten festhalten. Dagegen steht nichts im Wege, in Ansehung der *Acceptation* des vertragsmäßigen Verzichts auf den Widerruf eine Stellvertretung zuzulassen. Wenn aber ein Dritter durch Vertrag mit einem Andern, der sich nicht als Stellvertreter des Ersten gerirt, zum Erben ernannt ist, so kann zwar diese Erbeinsetzung als solche zu Recht bestehen, aber der Dritte hat aus dem Verzicht kein Recht erworben, sofern er nicht nachträglich mit Einwilligung der Vertragsschließenden dem Vertrage beigetreten ist; er kann daher, wenn die Erbeinsetzung widerrufen ist, die Erbschaft nicht in Anspruch nehmen, wie dieß auch das preussische Landrecht bestimmt.

Anderß verhält es sich, wenn der Acceptant, obwohl ohne Auftrag, doch im Namen des Dritten den Vertrag geschlossen hat. Dann kann dieser durch Ratihabition des Vertrags die Verzichtleistung auch für sich wirksam machen, und diese Ratihabition ist an keine Form gebunden, kann also auch selbst durch die hereditatis petitio nach dem Tode des Insituenten erklärt werden. Dieß führt Hartmann S. 35—44 gegen abweichende Meinungen, wie es scheint, überzeugend aus.

Ein zweiter Hauptpunkt ist die Form. Von der Ansicht ausgehend, daß im heutigen Rechte jeder formlose Vertrag Geltung habe, der Erbeinsetzungsvertrag aber eben unter dem Principe des Vertrags stehe, sieht sich Beseler „zu seinem Bedauern“ genöthigt, den Satz aufzustellen, daß der Erbeinsetzungsvertrag als formloser wegen der natten Thatsache des Consensus rechtsbeständig und klagbar sei. „Monströs“ hat das Hassé genannt, der glaubte, daß sich ein allgemeiner Gebrauch für die Formlosigkeit entschieden habe. Andere verlangen wenigstens schriftliche Abfassung. Nur Bluntzschli fordert gerichtliche Errichtung oder Beobachtung einer der andern Testamentsformen, mit eben so gutem Recht, als womit Alle testamenti factio voraussetzen. Ganz consequent ergibt sich die letzte Ansicht aus Hartmann's Auffassung. Die vertragsmäßige Erbeinsetzung erfordert als Erbeinsetzung die Formlichkeit der Erbeinsetzung. Der vertragsmäßige Zusatz, der sie unwiderruflich macht, kann keine Minderung der Formlichkeit motiviren, eber das Gegentheil. Ein Gewohnheitsrecht wird dagegen nicht aufzubringen sein, da die meisten Erbverträge ohnehin gerichtlich abgeschlossen werden, die ältere Doctrin aber keinen eigentlichen Erbeinsetzungsvertrag, sondern obligatorische Verträge über den künftigen Nachlaß vor Augen hatte.

Was ferner den Inhalt betrifft (§. 6), so entgeht man nach jener Auffassung ganz der Frage, ob im Erbeinsetzungsvertrage auch eine Enterbung zulässig sei?

An die vertragsmäßige Erbeinsetzung kann sich, wie an die gewöhnliche testamentarische Erbeinsetzung, Alles anschließen, was überhaupt Inhalt eines Testaments sein kann, sofern es nur nicht mit dem Verzicht auf die Testirfreiheit im Widerspruch steht. Die Wirkung dieses Verzichts aber ist nicht ohneweiters auf allen jenen Inhalt zu erstrecken. Bezüglich der Enterbung würde selbst die ausdrückliche Erstreckung des Verzichts auf dieselbe den Testator nicht hindern, sie wieder aufzuheben. „Ein entgegengesetztes Gewohnheitsrecht ist zum Glück nicht nachzuweisen“.

Welchen Einfluß hat die Hinzufügung einer unmöglichen oder

unfittlichen Bedingung auf den Erbeinsetzungsvertrag? Man antwortet: sie macht ihn nichtig, während sie bei der testamentarischen Erbeinsetzung für nicht geschehen zu achten wäre. Aber das Richtige ist: Als der Erbeinsetzung beigelegt ist die Bedingung als nicht beigelegt zu betrachten; sofern sie zugleich dem vertragsmäßigen Element, dem Verzicht auf Widerruf inhärent, ist der Verzicht ungiltig. Also der Testator kann die so bedingte Erbeinsetzung abändern; thut er's nicht, so wirkt sie als unbedingte. So hat auch das preussische Landrecht (I. 12. §. 647) anerkannt in Ansehung unfittlicher Bedingungen, für welche allein es den sabinianisch-römischen Grundsatz adoptirt hat.

Soll nun ferner von der Wirkung des Erbeinsetzungsvertrags die Rede sein, so muß man unterscheiden die Wirkung des Verzichts (§. 7) und die Wirkung der Erbeinsetzung (§. 8). Zufolge des Verzichts ist jeder einfache Widerruf der vertragsmäßigen Erbeinsetzung nichtig, jedoch nicht eben so der Widerruf anderer damit verbundener Verfügungen zu Gunsten Dritter, die aus dem Vertrage kein Recht ableiten können. Eben so kann auch ein neues Testament oder ein neuer Erbeinsetzungsvertrag dem Verzicht gegenüber nichts wirken. Wohl aber können diese noch wirksam werden, wenn der ältere Erbeinsetzungsvertrag aus anderem Grunde zusammenfällt; dem Verzichtenden ist nicht zu Gunsten Dritter die testamenti factio abzuspochen. Auch spätere Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall können als dem Verzicht widerstreitend angesehen werden, während sich eine anderweitige Beschränkung der Veräußerungsbefugniß weder durch die Natur der Sache begründen, noch als gewohnheitsrechtlich festgestellt behaupten läßt, obwohl der vertragsmäßig Instituirte allerdings eine Prodigalitäts-erklärung veranlassen mag und dadurch mittelbar seine Erbschaftshoffnung sichern kann, jedoch nicht kraft besondern Rechts, sondern nicht anders, wie der präsumtive Intestaterbe oder der testamentarisch ernannte Erbe des Verschwenders. Abgesehen von diesen Modificationen, welche der Verzicht auf Widerruf bewirkt, sind die Wirkungen der Erbeinsetzung ganz dieselben, wie die einer gewöhnlichen testamentarischen Erbeinsetzung.

Nach der herrschenden Lehre werden zwar noch manche Modificationen behauptet, aber es „existiren darüber durchaus abweichende Ansichten, und Niemanden ist es doch möglich, seine Gegner mit Gründen zu widerlegen“. Nur über einen Punkt scheint man einig: daß die Doppelregel „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus*“, und „*nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest*“

mit ihren Consequenzen beim Erbeinsetzungsvertrage nicht anwendbar sei. Aber wenn diese Regel, wie zu behaupten ist, noch als ein Satz des gemeinen Rechts besteht, so ist nach Hartmann's Ansicht auch kein Grund vorhanden, sie bei der vertragsmäßigen Erbeinsetzung auszuschließen. Jedoch, wenn auch theilweise Widerrufsentzagung möglich sein soll, so kann doch das Anwachsungsrecht des vertragsmäßig Instituirten einem späteren Geschäft, welches vermöge der theilweise reservirten Testirfreiheit vorgenommen wird, gegenüber nicht Platz greifen. Vielmehr muß hier das neuere Geschäft, sei es bloßer Widerruf, sei es neue Erbeinsetzung, zu Gunsten der gesetzlichen, beziehungsweise der zuletzt eingesetzten Erben als gültig erachtet, ihnen gegenüber jedoch dem früher vertragsmäßig Instituirten gestattet werden, unter Berufung auf den frühern Verzicht des Erblassers durch eine qualificirte Erbschaftsklage sein Theilerbrecht — vermitteltst theilweiser Rejiccion der letzten Willensordnung — geltend zu machen.

Schließlich kommt nun (§. 9) noch die Aufhebung des Erbeinsetzungsvertrags in Betracht. Auch in dieser Beziehung sind die beiden Elemente desselben zu unterscheiden. Es kann ein Aufhebungsgrund bloß den Verzicht betreffen, ohne die Erbeinsetzung zu berühren. Als einen solchen Aufhebungsgrund könnte man die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anführen. Die herrschende Lehre läßt diese gegen die vertragsmäßige Erbeinsetzung überhaupt zu. „Aber wie ist es möglich, in der Erbeinsetzung eine Läsion des Institutenten zu erblicken?“ Nur durch die Ausschließung des Widerrufs ist er verletzt, und nur dagegen kann er der Restitution bedürfen. Diese kann aber kaum in Betracht kommen, wenn Minderjährige selbst mit Consens des Vormundes der Testirfreiheit nicht entsagen können, also der wichtigste Restitutionsgrund keine Anwendung findet. Daß ferner der Verzicht, und bloß dieser, durch entgegengesetzten Vertrag aufgehoben werden könne, ist unbestreitbar, dagegen die Revocation wegen Undankbarkeit unbegründet. Was endlich diejenigen Aufhebungsgründe angeht, welche direct nur die Erbeinsetzung und nur folgeweise auch den Verzicht auf Widerruf betreffen, so sind nur zwei Punkte hervorzuheben: die Vererblichkeit des Rechts aus dem Erbvertrage und dessen Verhältniß zum Notherbrecht. Manche haben behauptet, wenn der Instituirte vor dem Institutenten sterbe, so vererbe sich das „aus dem Erbvertrage entspringende Recht“ des ersten, wie jedes andere Vermögensrecht, auf dessen Erben. Daß dieß nicht zugegeben werden kann, ist nach obiger Auffassung einleuchtend. Selbst eine ausdrückliche Substitution der Erben des Institutenten könnte nur

giltig sein, wenn unter den „Erben“ bestimmte Personen gedacht werden; denn sonst würde sie eine, in die Willkür eines Andern gestellte, daher ungiltige, Erbeinsetzung sein. Sollte aber einmal die auf die Erben schlechthin sich erstreckende Absicht der Contrahenten klar vorliegen, so wäre das Geschäft nur als ein obligatorischer Vertrag aufzufassen und nach der Theorie der Schenkungen zu beurtheilen. Streitiger ist das Verhältniß zum Notherbrecht. Neuere Germanisten behaupten die Unanwendbarkeit der Vorschriften der Nov. 115, wollen aber doch den Notherben durch eine querela inofficiosae donationis oder eine Art von querela inofficiosi testamenti helfen, um ihnen den Pflichttheil zu verschaffen. Eine solche Aushilfe wäre unentbehrlich; die angegebene aber ist durchaus unpassend, daher die noch fortwährende Uneinigkeit der Doctrin über diesen Punkt erklärlich. Nach der obigen Entwicklung stellt sich von selbst die auch von Andern vertheidigte Ansicht, daß in dieser Beziehung die vertragmäßige Erbeinsetzung nicht anders wie die gewöhnliche testamentarische zu behandeln sei, als die richtige dar. So muß denn auch jene gegenüber den später geborenen Kindern als rumpirt gelten, falls diese den Testator überleben und ihr gesetzliches Erbrecht geltend machen. Das Gegentheil würde zu den allerunbilligsten Resultaten führen, denen man nach der entgegengesetzten Theorie durch ein für diesen Fall reservirtes Revocationsrecht in unhaltbarer Weise zu entgehen sucht.

Dies ist in nuce die Theorie Hartmann's über den Erbeinsetzungsvertrag. Es scheint uns nichts Wesentliches dagegen vorgebracht werden zu können. Nur in dieser Weise scheint uns eine befriedigende Construction desselben möglich, nur so die „aus Rand und Band gewichene“ Doctrin rectificirt und von zum Theil an's Absurde streifenden Resultaten gereinigt werden zu können. In einem erheblichen Punkte jedoch scheint mir die Ausführung des Verfassers nicht haltbar, nämlich in Ansehung des Verhältnisses des Erbeinsetzungsvertrags zu der Regel, daß die directe Erbfolge nicht zugleich eine gewillkürte und gesetzliche sein, noch auf zwei zeitlich verschiedenen Erbeinsetzungen beruhen könne (S. 63).

Wenn auch diese Regel sonst noch im gemeinen Rechte anerkannt werden muß, so glaube ich doch nicht, daß man dieselbe auf die vertragmäßige Erbeinsetzung, so wie der Verfasser will, anwenden und somit behaupten kann, derjenige, welcher einen Andern nur pro parte vertragsmäßig instituirte, habe dadurch in der That die Intestaterben, beziehungsweise die von ihm früher eingesetzten Erben, doch ganz von

der Erbfolge ausgeschlossen, und müsse jenem der vacante Erbtheil von selbst anwachsen. Der Verfasser selbst räumt ein, daß unzweifelhaft im Erbvertrage theilweise die Testirfreiheit vorbehalten werden könne, und sucht diesem Vorbehalt auch gegenüber späteren letztwilligen Anordnungen durch eine ziemlich künstliche Theorie seine Wirksamkeit zu erhalten. Wie sonderbar! Wer zur Hälfte einen Erben vertragsmäßig ernennt, soll, damit seine Intestaterben zur andern Hälfte erben können, den Erbvertrag ganz widerrufen müssen, obwohl er weiß, daß er das nicht wirksam vermag, und wer von der zum Theil vorbehaltenen Testirfreiheit später Gebrauch machen und Erben ernennen will, beruft diese nothwendig zu der ganzen Erbschaft, obwohl er doch den vertragsmäßigen Eingesezten ihren Theil nicht entziehen kann. Dieser bedenklichen Aushilfe, in der Mancher eine verwundbare Fersle der ganzen Theorie des Verfassers erkennen möchte, hätte derselbe entbehren können, wenn er nicht die Consequenz seiner Grundansicht zu sehr auf die Spitze getrieben hätte. Ist es nämlich richtig, daß der Erbvertrag sich auf einen Theil der Erbschaft beschränken kann, und muß man unzweifelhaft schon darin, daß es geschieht, theilweise die Testirfreiheit vorbehalten erkennen, so erscheint es gewaltsam und der Intention der Vertragsschließenden widersprechend, dennoch der mit so beschränktem Verzicht verbundenen Erbeinsetzung auf einen Theil eine darüber hinausgehende Wirkung beizulegen. Wenn jene Beschränkung in die Zukunft wirkt, so daß der Institutent später neue pro parte wirksame letztwillige Anordnungen, ohne Beeinträchtigung der vorhergehenden vertragsmäßigen Erbeinsetzung, vornehmen kann, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht eben so für die Vergangenheit pro parte erhaltend bezüglich der frühern Erbeinsetzungen wirken solle. Meines Erachtens hätte also der Verfasser einfach zugeben sollen, daß die fragliche Regel des römischen Rechts mit dem Rechte der Erbverträge nicht verträglich sei. Nur das ist andererseits ihm zuzugeben, daß, wenn die vertragsmäßige Erbeinsetzung ohne Beschränkung auf das Ganze geht, und ausdrücklich nur der Verzicht durch Vorbehalt theilweiser Testirfreiheit beschränkt ist, alsdann allerdings früher Eingesezte und Intestaterben ganz ausgeschlossen sind und dem Institutenten nur zusteht, durch neue Willensordnung Andere neben dem Vertragserben zur Erbschaft zu berufen, beziehungsweise durch theilweisen Widerruf den gesetzlichen Erben pro parte den Zugang zur Erbschaft zu eröffnen.

II. „Vermächtnißvertrag“ hat Haffe passend den Vertrag genannt, durch welchen ein Vermächtniß errichtet wird, wie durch den Erb-

einsetzungsvertrag eine Erbeinsetzung geschehe. Andere nennen solchen Vertrag weniger passend einen singulären oder partikularen Erbvertrag. Der wesentliche Unterschied von einem gewöhnlichen Vermächtniß wird auch hier in die Unwiderruflichkeit gesetzt. Der Vermächtnißvertrag schließt sich daher, nach Albrecht's Ausdruck, in eben dem Maße und mit eben den Modificationen den Vermächtnissen an, wie der Universalerbvertrag den Testamenten. Er ist, nach Hartmann's richtiger Auffassung, ein Vermächtniß, verbunden mit dem Verzicht auf Widerruf, wie der Erbeinsetzungsvertrag aus einer Erbeinsetzung und dem gleichen Verzicht zusammengesetzt ist. Indessen hat Beseler und mit ihm Gerber diesen Vermächtnißvertrag für eine unpraktische Erfindung der Theorie erklärt, unpraktisch und entbehrlich, weil für das, was dadurch erreicht werden solle, ohnehin im gemeinen Recht ein anderes Institut ausreiche, die *mortis causa donatio*. Mit Recht aber wird dagegen von Hartmann S. 74 bemerkt: in der Giltigkeit des Erbeinsetzungsvertrags sei auch schon die des Vermächtnißvertrags enthalten, und es bedürfe nicht erst des Beweises seiner Geltung, wenn die gewohnheitsrechtliche Geltung des ersten feststehe; sei der Verzicht auf Widerruf in Beziehung auf Erbeinsetzung gewohnheitsrechtlich bestätigt, so sei er es damit von selbst auch bei dem Vermächtnisse; es würde an jedem triftigen Grunde eines Unterschiedes in diesem Punkte zwischen beiden fehlen. Nach römischem Rechte war beides, Erbeinsetzung und Vermächtniß, schlechthin widerruflich; in der That wäre es nun doch sonderbar, wenn diese Widerruflichkeit bezüglich der ersten durch Vertrag beschränkt werden könnte, bezüglich der letzten nicht. Wenn Beseler bemerkt (I. 2. S. 117), der Vermächtnißvertrag in dem oben bezeichneten Sinne sei erst von Hässe in die Theorie eingeführt, so ist ja nach seiner eigenen Ansicht (II. 1. S. 18 fg.) auch der Erbeinsetzungsvertrag in seiner wahren Bedeutung erst durch Hässe in der gemeinrechtlichen Theorie zur Anerkennung gebracht worden. Ein Hauptbedenken Beseler's rührt daher, daß das römische Vermächtniß, wo es sich an eine letzte Willensordnung über die directe Erbfolge angeschlossen, doch durch die Codicillform gehalten sei, der Vermächtnißvertrag aber für formlos erklärt werden müßte, selbst ohne eine solche relative Beschränkung, wie sie bei großen Schenkungen vorkommt (II. 2. S. 121). Dagegen könnte man nun schon einwenden: diese Ungeheuerlichkeit sei doch jedenfalls nicht größer, als die, daß die vertragsmäßige Erbeinsetzung zu der ganzen Erbschaft, wie Beseler behauptet, an gar keine Form gebunden ist. Aber das Bedenken fällt ganz hinweg, wenn richtig

ist, was oben ausgeführt wurde, daß die letzte nicht giltig sei ohne die Testamentsform; natürlich ist dann eben so das vertragsmäßige Vermächtniß nur wirksam unter Voraussetzung der Vermächtnißform. Endlich ist es zwar richtig, daß die *mortis causa donatio* mit ausdrücklicher Ausschließung des Widerrufs meistens den Zweck eines unwiderruflichen Vermächtnisses erfüllen kann, daß es häufig, auch wenn man den Vermächtnißvertrag als geltend anerkennt, von gar keinem praktischen Interesse sein wird, ob man das Geschäft als *mortis causa donatio* oder als Vermächtnißvertrag ansehe, und seinem Stoffe nach wird dieses leicht eben so gut unter den einen wie unter den andern Begriff zu subsumiren sein, namentlich wenn die Zuwendung nicht durch sofortige Hingabe des Gegenstandes erfolgt. Allein es kann doch leicht eine Verabredung so beschaffen sein, daß sie wenigstens nicht ohne Zwang unter den Begriff einer *donatio* gestellt werden kann; z. B. „ich vermache dir unwiderruflich“, oder wie Hartmann S. 76 anführt: „Mein Erbe soll dir aus der Erbschaft geben, und ich sage dir zu, ihn von dieser Auflage nicht zu befreien“. Sodann aber stehen auch Vermächtniß, selbst als unwiderrufliches gedacht, und Schenkung auf den Todesfall nicht in jeder Beziehung einander gleich, und kann ein Rechtsgeschäft sehr wohl nach der Regel von Vermächtnissen giltig, als Schenkung ungiltig sein; z. B. wenn der Vermächtnißgeber ein mündiger Minderjähriger ist, der wohl ein Vermächtniß, wenn gleich nicht unwiderruflich, hinterlassen, aber keine Schenkung vornehmen kann. Aus diesen Gründen wird die Möglichkeit eines Vermächtnißvertrages, sowohl ohne Beziehung auf einen Erbeinsetzungsvertrag, als neben demselben, verschieden von der Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall, mit Recht von Hartmann vertheidigt, worin außer Haffe auch Albrecht, Bluntschli, Walter und Andere mit ihm übereinstimmen.

Was nun die diesen Vermächtnißvertrag betreffenden einzelnen Grundfätze betrifft, so werden dieselben im §. 11 der oft genannten Schrift recht gut, analog den vom Erbeinsetzungsvertrag geltenden, entwickelt, worin ihr am meisten Bluntschli (deutsches Privatrecht, §. 196) vorgearbeitet hatte, dessen Darstellung jedoch noch die Spuren der mangelhaften Auffassung des Beerbungsvertrags an sich trägt. Das Vermächtniß, das in dem Vermächtnißvertrage enthalten ist, unterliegt im Allgemeinen den für Vermächtnisse geltenden Grundfätzen; es setzt z. B. voraus die Form des Vermächtnisses (Beziehung von wenigstens fünf Zeugen); es gilt dafür die Regel: *dies legati cedit mortis testatoris tempore*, und muß daher diesen Zeitpunkt der Vermächtniß-

nehmer erleben, um das Vermächtnisrecht zu erwerben u. s. w. Besonderer Erörterung bedürfen nur einige Punkte, die mit der Unwideruflichkeit des vertragsmäßigen Vermächtnisses zusammenhängen. Im Allgemeinen ist auch hier als Regel festzuhalten, daß der Widerruf nichtig ist, das Vermächtnis ungeachtet desselben zu Recht besteht. Aber auch durch eine positive anderweitige Willensverfügung kann das Vermächtnis nicht beseitigt werden. Wenn der Vermächtnisgeber später ein Testament errichtet, worin jenes Vermächtnisses nicht gedacht wird, so ist dieß vom Testamentsserben nichtsdestoweniger anzuerkennen. Ein dem Vertragslegatar nachträglich auferlegtes Fideicommiss verpflichtet jenen nicht. Wenn der Erblasser die vermachte Sache nachher inter vivos veräußert, so kann zwar diese Veräußerung nicht als nichtig angesehen werden, aber die Ademption des Vermächtnisses, die sonst darin liegt, kann doch auch nicht zu Recht bestehen, wie Walter und Bluntschli annehmen; der Verzicht im Vermächtnisvertrage wäre ganz nutzlos, wenn jede beliebige Veräußerung das Vermächtnis aufhobe. Daß der Erbeinsetzungsvertrag die Veräußerungsbefugniß des Institutenten inter vivos nicht aufhebt, kann nicht als Analogie dafür angeführt werden. Andererseits läßt sich auch nicht behaupten, daß ein späteres Vermächtnis derselben bereits vertragsmäßig vermachten Sache im Conflict mit dem Vertragsvermächtnisse schlechthin wirkungslos sein müsse, wie gegenüber dem Vertragserben jede spätere Erbeinsetzung, die dessen univertellem Erbrecht widerspricht. Dieselbe Sache kann ja Mehreren giltig vermacht sein. Nur dann ist jenes zu behaupten, wenn der Erblasser das spätere Vermächtnis bloß bedingt, für den Fall, daß das vertragsmäßige nicht bestehen bleibe, anordnen wollte, oder wenn er durch jenes bloß eine Translation des letzten beabsichtigte, die nicht stattfinden kann, wenn die darin liegende Ademption nicht wirksam ist.

Eine andere Frage ist, welchen Einfluß die spätere Anordnung anderer Vermächtnisse auf das Vertragsvermächtnis habe, sei es, daß dadurch der Gesamtwert der Erbschaft überschritten oder die dem Erben gebührende quarta Falcidia verletzt wird? Unbedenklich ist zu behaupten, daß dadurch das Vertragsvermächtnis eine Verkürzung nicht erleiden könne; denn sonst wäre diese gegen die Natur des Vermächtnisvertrages in die Willkür des Erblassers gelegt. Daraus folgt aber nicht, daß dasselbe überall nicht der Beschränkung mit Rücksicht auf die quarta Falcidia und auf den Activbestand der Erbschaft unterliege. Nur durch spätere Vermächtnisse kann es nicht verkürzt werden; als Vermächtnis unterliegt es den für Vermächtnisse sonst

geltenden Rechtsvorschriften. So gehen also insbesondere auch alle Forderungen der Erbschaftsgläubiger demselben vor; es begründet nicht eine Schuld des Erblassers (*debitum hereditarium*), sondern erst eine Schuld des Erben (*debitum heredis quasi ex contractu*).

Wir wollen nunmehr auf die Frage eingehen, wie sich zu der oben angedeuteten Theorie des Erbvertrags das österreichische bürgerliche Recht verhalte.

Bekanntlich sind nach dem bürgerlichen Gesetzbuche Erbverträge nur unter Ehegatten gültig (§. 602), wenn sie auch schon im Voraus mit Aussicht auf die künftige Ehe geschlossen werden können. Darnach sind nun die Erbverträge auf einen kleinern Umfang eingeschränkt; in diesem Umfange aber kann obige Theorie, wenn sie richtig ist, auch darauf Anwendung finden, sofern nicht positive gesetzliche Vorschriften eine Abweichung davon begründen. In der That nun finden wir, daß der Erbvertrag des bürgerlichen Gesetzbuches im Wesentlichen jener Theorie sehr wohl entspricht. Nach §. 1249 ist der Erbvertrag, „wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben (d. i. nach §. 602 ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil) versprochen und das Versprochene angenommen wird“, in der That nichts anderes, als ein Testament, mit dem vertragsmäßigen Element der Unwiderruflichkeit versehen. Zu seiner Gültigkeit wird ausdrücklich erfordert, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werde. Dieß stimmt ganz überein mit Hartmann's Theorie, von der einzigen Abweichung abgesehen, daß schriftliche Errichtung kategorisch vorgeschrieben ist, während ein gewöhnliches Testament auch mündlich errichtet werden kann. Man hat die Frage aufgeworfen, ob hiernach ein Erbvertrag auch durch eine olographe Urkunde (nach §. 557) errichtet werden könne? Hartmann würde die Frage wohl bejahend beantworten, und mit Recht, nicht nur nach der Consequenz seiner Theorie, sondern, wie mir scheint, auch nach dem Wortlaute des §. 1249. Wenn der Testator den ganzen Inhalt des Erbvertrags, also auch die Erbeinsetzung, eigenhändig schreibt und unterschreibt, aldann der andere Ehegatte mit seiner Unterschrift die Annahme erklärt, so fehlt nichts an den Erfordernissen eines schriftlichen Testaments, und es kann zugleich die Existenz eines schriftlichen Vertrags nicht geleugnet werden. Man hat dagegen gesagt: Der Erbvertrag, aus Versprechen und Annahme bestehend, sei ein Ganzes, könne aber nicht ganz von beiden Theilen geschrieben sein (Stubenrauch III. S. 448). Allein dieser Grund zerfällt, sobald man sich des zweifachen Elements im

Erbverträge, des testamentarischen und des vertragsmäßigen, bewußt wird. Das Hofdecret aber, auf welches sich Stubenrauch a. a. D. bezieht, kann nicht als Autorität angezogen werden; denn es bezieht sich auf den Fall gegenseitiger vertragsmäßiger Erbeinsetzung, die natürlich nicht durch olographe Urkunde des einen Ehegatten möglich ist. Daß übrigens auch mündlich vor Gericht oder vor einem Notar ein Erbvertrag gültig geschlossen werden könne, wird gewiß mit Recht angenommen. Eine andere Frage ist, ob auch die nach §§. 597—601 in gewissen Fällen zugelassenen Erleichterungen der Testamentsform beim Erbvertrage statthaben? Man kann nicht dagegen anführen, daß jene als Ausnahmen überhaupt keiner Ausdehnung fähig seien; denn nicht das Vertragselement ist es, was das Requisite der Testamentsform beim Erbvertrage motivirt. Nach dem Wortlaute des §. 1249 wäre die Frage vielmehr zu bejahen; denn der Erbvertrag ist mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet, wenn nur die gesetzlich vorgeschriebene Form eines schriftlichen Testaments dieser Person oder unter diesen Umständen beobachtet ist; nichts berechtigt, zu dem §. 1249 absolut nur die Form der §§. 577, 579—581 heranzuziehen. Ein positiver Grund aber für die Verneinung ist es allerdings, daß nach ausdrücklicher Verordnung die Begünstigungen des Soldatenstandes bei Erbverträgen nicht stattfinden sollen.

Was die subjective Fähigkeit zum Erbvertrage betrifft, so bestimmt §. 1250, wieder ganz übereinstimmend mit dem genannten Verf., daß ein pflegebefohlener Ehegatte zwar die ihm versprochene unnachtheilige Verlassenschaft annehmen, die Verfügung über seine Erbschaft aber nur in so fern, als sie ein gültiges Testament ist, also auch nur in dieser Eigenschaft, als widerrufliche letzte Willensordnung, bestehen könne. Aber darin weicht er von jener Theorie ab, daß durch hinzukommende Genehmigung des Gerichts der Erbvertrag auch für den Pflegebefohlenen volle Kraft erlangen soll. Wie aber ist es, wenn ein pflegebefohlener Ehegatte mit einem selbständigen einen gegenseitigen Erbvertrag eingeht, ohne Genehmigung des Gerichts? Unzweifelhaft muß auch hier der Erbvertrag beiderseitig zu Recht bestehen, in so fern er ein gültiges Testament des einen und des andern Ehegatten enthält (§. 1248). Aber ist er für den andern Ehegatten auch als Erbvertrag bindend, also unwiderruflich? Man antwortet: Nein (Stubenrauch III. S. 449), weil derselbe nur unter Voraussetzung eines vollkommenen Rechts auf die gegenseitige Verlassenschaft die seinige zusagte. Dieß ist gewiß richtig für den Fall, daß der Erbvertrag nur mit Aussicht auf die noch zu

erhaltende nachträgliche Genehmigung des Gerichts abgeschlossen wurde, und nun diese Genehmigung nicht erfolgt. Im andern Falle aber läßt sich nicht dasselbe behaupten; denn der selbständige Contrahent konnte sich binden und hat sich gebunden, da er ja wissen mußte, daß der andere als pflegebefohlener nicht gebunden sei. Nur im Falle eines Irrthums über die persönliche Qualification des letzten könnte man etwa den obigen Grund gegen die Unwiderruflichkeit geltend machen. Indessen wird im Zweifel wohl eher anzunehmen sein, daß für den Erbvertrag mit dem pflegebefohlenen Ehegatten nach der Absicht der Parteien die gerichtliche Genehmigung noch eingeholt werden und erst dadurch jener die beiderseitig bindende Kraft als Erbvertrag erhalten sollte.

Eine wesentlichere Differenz scheint der §. 1251 zu ergeben. „Was von Bedingungen bei Verträgen überhaupt gesagt worden ist, muß auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten angewendet werden“. Stubenrauch glaubt, dieß würde sich nach der Natur des Erbvertrags wohl von selbst ergeben; es sei nur deßhalb besonders hervorgehoben, weil Mancher glauben könnte, daß die dem Erbvertrage beigedrungenen Bedingungen nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen seien, wie bei letzten Willenserklärungen. Daß das erste unrichtig sei, ergibt eben die Erörterung Hartmann's und das von ihm angeführte Beispiel des preussischen Landrechts (I. 12. §. 647). Stellte das österreichische bürgerliche Gesetzbuch denselben Grundsatz auf, wie jenes, so würde man ohne den §. 1251 consequent behaupten müssen: die vertragsmäßige Erbeinsetzung unter einer unsittlichen Bedingung sei als unbedingte wirksam, der Verzicht auf den Widerruf ungiltig. Unser Gesetzbuch macht nun zwar überhaupt nicht jenen Unterschied zwischen letztwilligen Verfügungen und Verträgen, sondern verweist bei diesen bezüglich der Bedingungen auf jene (§. 897). Es kennt aber doch einige Fälle, in denen eine Bedingung, die einer letztwilligen Verordnung beigefügt ist, als nicht beigefügt anzusehen sein soll (§§. 697, 690, 700); Verabredungen aber unter solchen Bedingungen sollen nach §. 898 ungiltig sein. Für diese Fälle also könnte es bedeutend werden, wenn nach §. 1251 der Erbvertrag schlechthin nur nach der Regel von Verträgen, nicht nach der von letzten Willenserklärungen zu beurtheilen wäre. So in dem Falle des §. 700. Würde durch Vertrag ein Ehegatte unter der Bedingung, daß er, auch wenn keine Kinder da sind, im Witwenstande verharre, eingesetzt, so wäre der Erbvertrag nach §. 898 schlechthin ungiltig, während man nach Hartmann's Theorie sagen müßte, die Erbeinsetzung sei zwar giltig, und zwar als unbedingte, aber nicht

unwiderruflich. Eben so im Falle des §. 697, wenn der Erbeinsetzung eine ganz unverständliche Bedingung beigelegt wäre. Gewiß aber wäre es in beiden Fällen angemessener und consequenter, der Theorie Hartmann's zu folgen. Der Ehegatte ist durch einen Akt, der allen Erfordernissen eines Testaments entspricht, in einer nach §§. 697 u. 700 giltigen und wirksamen Weise zum Erben eingesetzt. So wie nun nach §. 1250 die vertragsmäßige Erbeinsetzung durch den Pfllegebefohlenen als gewöhnliche testamentarische Erbeinsetzung zu Recht besteht, obwohl das Geschäft als Vertrag ungiltig ist, so müßte man auch dort die Erbeinsetzung für giltig ansehen, nur den Vertrag als solchen, d. h. die Zusage der Unwiderruflichkeit, für ungiltig. Man könnte dabei auch immer noch behaupten: es sei, wie der §. 1251 verlangt, was von Bedingungen bei Verträgen gesetzt ist, auf den Erbvertrag angewendet worden, freilich *cum grano salis*, wovon ich nicht zu behaupten wage, daß es auch in die Erwägung der Gesetzgeber mit Bewußtsein eingemischt worden sei.

Noch in einer andern Beziehung könnte man eine Differenz zwischen der letzten Willensordnung und dem Vertrage in unsere Frage hineinziehen. Nach §. 701 muß, wenn die Bedingung in einer willkürlich zu wiederholenden Handlung des Bedachten besteht, diese Handlung nach dem Tode des Erblassers wiederholt werden; nach §. 899 wird in gleichem Falle die Wiederholung nur nach dem Vertrags-Abschlusse gefordert. Allein der fragliche Rechtsatz ist überall nur dispositiver Natur, beruhend auf der Erwägung, daß in solchem Falle die zur Bedingung gesetzte Handlung nach der Intention ihrer Festsetzung in der Absicht, die Bedingung zu erfüllen, geschehen sein müsse. Dieß ist aber beim Erbvertrage überall schon dann anzunehmen, wenn die Handlung nur nach dem Vertrage vorgenommen worden ist.

In den weitem Bestimmungen über den Erbvertrag stimmt das bürgerliche Gesetzbuch wieder mit unserer Theorie überein. Der Erbvertrag hindert nach §. 1252 den Erblasser nicht, bei seinen Lebzeiten mit seinem Vermögen nach Belieben zu schalten, selbst dann, wenn der Erbvertrag den öffentlichen Büchern einverleibt ist⁵. „Das Recht,

⁵ Der §. 1252 hat eine lebhaftere Streitfrage hervorgerufen, welche Wirkung denn die Einverleibung des Erbvertrages hervorbringe? Ich stimme der Ansicht von Stubenrauch III. S. 453. bei, daß sie gar keine Wirkung habe. Das Gesetzbuch legt ihr keine bei; es sagt nur, daß nicht einmal, wenn sie stattgefunden habe, eine Beschränkung des Erblassers in seiner Veräußerungsbefugniß eintrete. Es ist daher auch unrichtig, wenn Beseler II. 1. S. 250. sagt, daß Gesetzbuch gestatte die Einverleibung des Erbvertrags; es setzt nur die Möglichkeit, daß sie vorkommen könnte, und daß daraus Jemand eine Beschränkung der Veräußerungsbefugniß ableiten könnte; und dem soll eben der §. 1252. entgegenstehen.

welches daraus hervorgeht, setzt den Tod des Erblassers voraus“, so sagt das Gesetzbuch weiter, und dieses Recht kann von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, nicht auf Andere übertragen, noch der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung gefordert werden. Den Motherben bleiben ihre Rechte nach §. 1254, „wie gegen eine andere letzte Anordnung“⁶, vorbehalten. Daß die vertragsmäßige Willensordnung auch noch anderweitige Verfügungen auf den Todesfall zu Gunsten anderer Personen enthalten könne, sagt zwar das Gesetzbuch nicht ausdrücklich; es wird aber mit Recht nicht bezweifelt, jedoch nur in so weit, als darin eine widerrufliche letzte Willensordnung anzuerkennen sei (Stubenrauch III. S. 447).

Die Erörterung Hartmann's über die Abschließung eines Erbvertrags durch Stellvertreter ist für das österreichische Recht von geringerer praktischer Bedeutung, weil darnach nur zu Gunsten des Ehegatten der Erbvertrag wirksam ist. Allein daß eben zu Gunsten eines Ehegatten mit dem andern ein Erbvertrag auch durch einen Stellvertreter des ersten gültig abgeschlossen werden könne, ist nach den allgemeinen Grundsätzen (Unger's System II. §. 90) nicht zu beanstanden. Auch kann ein Erbvertrag, den ein Anderer im Namen des Ehegatten, wenn gleich ohne Auftrag, abgeschlossen hat, durch nachfolgende Genehmigung bindend werden (Unger II. §. 92). Auf Seiten des Instituenten dagegen ist eine Stellvertretung beim Erbvertrage so wenig, wie bei der gewöhnlichen Testamenterrichtung zulässig. Die Frage in Betreff des Anwachsungsrechts fällt nach österreichischem Rechte von selbst weg, weil dieses den römischen Rechtsatz: *Nemo pro parte testatus etc.* mit seinen Consequenzen nicht aufgenommen hat (§. 554). Dagegen enthält dieses noch die eigenthümliche rein positive Bestimmung (§. 1253), daß selbst durch den ausdrücklich auf das Ganze lautenden Erbvertrag dem Erblasser doch nicht das Recht zu testiren ganz genommen wird, vielmehr demselben immer „ein reiner Vierteltheil kraft des Gesetzes zur freien letzten Anordnung vorbehalten“ bleibt, so zwar, daß dieser Vierteltheil, wenn der Erblasser nicht darüber verfügt, doch nicht dem Vertragserben als solchen, sondern den gesetzlichen Erben zufallen soll.

Schließlich entsteht nun noch die Frage, ob denn auch ein Vermächtnißvertrag nach österreichischem Rechte unter Ehegatten anzuerkennen

⁶ Der Ausdruck: „andere letzte Anordnung“ ist getadelt worden, weil der Erbvertrag von einer letztwilligen Anordnung wesentlich verschieden sei (Stubenrauch III. S. 457). Wir erkennen darin vielmehr eine Aeußerung des richtigen Gefühls, daß der Erbvertrag, obwohl Vertrag, doch auch zugleich „eine letzte Anordnung“ enthält.

sei? Wo das Gesetzbuch vom Erbvertrage spricht, setzt es als Gegenstand desselben die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben voraus (§. 602). Von Vermächtnissen ist nur als widerruflichen letztwilligen Verfügungen, nirgends von einem vertragmäßigen Vermächtnisse die Rede. Nur über eine besondere Anordnung auf den Todesfall, die man unter diesen Gesichtspunkt stellen könnte, enthält es besondere Bestimmungen, nämlich über Hinterlassung der Fruchtnießung an den überlebenden Ehegatten (§§. 2155 bis 1258). Man betrachtet diese wohl nicht mit Unrecht als eine Art von Erbvertrag (im weitern Sinne). Da aber dieselbe, wenn sie auch die ganze Verlassenschaft oder einen aliquoten Theil derselben zum Gegenstande hat, doch keine Erbeinsetzung ist, so fällt sie in der That unter den Begriff des Vermächtnißvertrags im Gegensatze des Erbeinsetzungsvertrags. Zudem braucht sie nicht nothwendig auf das ganze Vermögen oder einen aliquoten Theil gerichtet zu sein; sie kann auch ein einzelnes Gut zum Gegenstande haben. Denn nach §. 1256 kann die dem überlebenden Ehegatten zugestandene „Fruchtnießung eines unbeweglichen Gutes“ mit Einwilligung des Verleiher's den öffentlichen Büchern einverleibt werden, mit der Wirkung, daß dieselbe alsdann in Hinsicht dieses Gutes nicht mehr verkürzt werden kann. Man hat zwar dagegen erinnert, auch beim Erbvertrage (im engeren Sinne), der doch nicht auf einzelne Sachen gerichtet sein könne, werde der Einverleibung erwähnt, also lasse sich aus §. 1256 nicht folgern, daß der Gegenstand des Advaliditätsvertrages auch ein einzelnes unbewegliches Gut sein könne (Stubenrauch III. S. 460). Und allerdings könnte §. 1256 allenfalls auch so ausgelegt werden, daß er sich nur auf ein zu dem Vermögen, an welchem die Fruchtnießung hinterlassen werde, gehöriges unbewegliches Gut beziehe, also die Fruchtnießung an jenem oder einem aliquoten Theile desselben voraussetze; man könnte sich dafür noch etwa auf die Worte „in Hinsicht dieses Gutes“ berufen, als welche noch auf andere der Fruchtnießung unterworfenen Güter außer dem einverlebten unbeweglichen Gute hindeuten. Allein der Ausdruck: „die Fruchtnießung eines unbeweglichen Gutes“ deutet doch zunächst auf nichts anderes, als das Recht an dem einzelnen Gute ohne Beziehung zu dem Vermögens-Ganzen. Sodann ist es nicht ohne Bedeutung, daß bezüglich des Erbvertrags der Einverleibung gar keine Wirkung beigelegt, und dieselbe nur erwähnt wird, um zu sagen, daß sie keine Beschränkung der Veräußerungsbefugniß des Erblassers bewirke, während sie bezüglich der Fruchtnießung an unbeweglichem Gute allerdings die

Sicherung des Rechts gegen Verkürzung gewährt. Nun nimmt aber eben dadurch dieses Recht schon einen andern Charakter an, den Charakter eines Einzelrechts im Gegensatz gegen die Fruchtnießung an dem wandelbaren Vermögen als intellektuellem Ganzen; es ist als eine ex die incerto beginnende, schon im Voraus dem öffentlichen Buche einverleibte Fruchtnießung an diesem bestimmten unbeweglichen Gute aufzufassen, und die rechtlichen Folgen der Einverleibung können nur in Beschränkung auf dieses einzelne Gut eintreten. Wenn der Erblasser das fragliche Gut bei Lebzeiten veräußert hat, so bildet es nicht mehr einen Bestandtheil seiner Verlassenschaft, also auch nicht mehr einen Gegenstand der dem überlebenden Ehegatten hinterlassenen Fruchtnießung an der Verlassenschaft. Gleichwohl kann dieser zufolge der Einverleibung die Fruchtnießung als singuläres dingliches Recht an dem veräußerten Gute noch gegen den dormaligen Besitzer geltend machen. Diese durch die Einverleibung bewirkte Singular-Ausscheidung der fraglichen Fruchtnießung aus der univervellen Fruchtnießung kann aber nicht verfehlen, zu bewirken, daß auch in anderer Beziehung das rechtliche Schicksal der ersten von dem der letzten unabhängig werde. Man setze z. B. den Fall, es würde späterhin unter den Ehegatten eine Aufhebung oder Abänderung des Vertrags über die Fruchtnießung an dem ganzen Vermögen beliebt, aber mit Vorbehalt der einmal einverleibten Fruchtnießung an dem unbeweglichen Gute. Ich denke, es könnte Niemanden einfallen, nun die Geltendmachung der letzten durch den überlebenden Ehegatten zu beanstanden. So könnte also der Erfolg sein, daß der überlebende Ehegatte doch nur die Fruchtnießung an der res singula aus dem Vertrage in Anspruch nehmen könnte. Wenn nun das in solchem Falle eintreten kann, so ist schwer zu begreifen, warum nicht schon von vornherein eine Beschränkung des Vertrags auf ein bestimmtes Gut mit gleicher Wirksamkeit möglich sein sollte, und darin liegt meines Erachtens ein entscheidender Grund gegen die von Stubenrauch vertheidigte Auslegung des §. 1256, die denn auch von andern Autoritäten der österreichischen Jurisprudenz mißbilligt ist.

Dieser Ausführung gemäß dürften wir also gewisse Fälle eines Vermächtnißvertrags unter Ehegatten im bürgerl. Gesetzbuche Oesterreichs anerkannt finden. Aber müssen wir bei diesen Fällen stehen bleiben? Dürfen wir nicht auch hier sagen, wie Hartmann, in der Anerkennung des Erbeinsetzungsvertrags unter Ehegatten sei von selbst auch die Anerkennung des Vermächtnißvertrags unter denselben enthalten? in dem Mehr das Minder? In der That, es scheint eine Verkehrtheit

zu sein, wenn ein Ehegatte den andern zu drei Viertheilen des ganzen Vermögens unwiderruflich zum Erben einsetzen, eine einzelne Sache aber demselben nicht unwiderruflich vermachen kann. Wenn in einer allen Erfordernissen eines giltigen Testaments genügenden schriftlichen Urkunde der eine Ehegatte dem andern ein einzelnes Gut vertragsmäßig als Vermächtniß zusagt und seine Kinder zu Erben einsetzt, so könnte dieses nur als widerrufliche letzte Willensordnung gelten, und sowohl Vermächtniß wie Erbeinsetzung zurückgenommen werden; wenn er dagegen eben so den Kindern ein Vermächtniß aussetzte, den andern Ehegatten vertragsmäßig zum Erben einsetzte, so wäre diese Erbeinsetzung unwiderruflich, das Vermächtniß allein, freilich ohne Gefährdung des Pflichttheilrechts, widerruflich. Gewiß ist darin keine Consequenz zu finden. Gleichwohl wage ich nicht zu behaupten, daß man nach dem bürgerlichen Gesetzbuche unter Ehegatten, wie nach gemeinem Rechte unter allen, den Vermächtnißvertrag jeden möglichen Inhalts als giltig anerkennen müsse. Denn nach demselben ist der Erbvertrag überhaupt nur ausnahmsweise, nämlich unter Ehegatten, anerkannt, die Ausnahme aber kann nicht eben so, wie eine gemeine Regel, bloß aus Gründen der Consequenz über die im Gesetzbuche positiv gegebenen Schranken hinaus ausgedehnt werden. Demnach scheint also, um den materiellen Zweck des Vermächtnißvertrages so viel möglich zu erreichen, auch unter Ehegatten kein anderes Mittel gegeben zu sein, als die Anwendung des leider wenig glücklichen §. 956, nämlich eine mortis causa donatio mit ausdrücklicher Verzichtleistung auf den Widerruf, worüber eine schriftliche Urkunde dem acceptirenden Beschenkten eingehändigt wird.*

Mit der oben beifällig besprochenen Theorie Hartmann's erklärt sich auch Unger im österreich. Erbrecht §. 26 Anm. 3, 4 fg. ganz einverstanden, stellt aber in §. 61 Anm. 4. für das österreich. Recht den Vermächtnißvertrag auch unter Ehegatten ganz in Abrede, spricht auch dem sog. Advitalitätsvertrage den Charakter sowohl des Erbvertrages als des Vermächtnißvertrages ab, da er nichts anderes sei, als die alte deutschrechtliche Leibzucht. — Von anderen Seiten ist gegen Hartmann's Theorie entschieden Widerspruch erhoben worden. Vgl. vorzüglich Gerber, deutsches Privatrecht §. 257. Beseler, deutsches Privatrecht §. 157, Note 4. Windscheid Band. §. 529 Anm. 3. Der letzte adoptirt jedoch gleichwohl die wesentlichen Consequenzen, welche Hartmann aus seiner Auffassung

* Gaimer's Vierteljahrschr. VII. S. 269—290. (1861.)

ableitet und sieht, in dem Erbvertrag, wie dieser, nur eine durch den Vertrag unwiderruflich gemachte Erbeinsetzung. Vgl. §. 541, Anm. 4. Auch Hartmann kann sagen: durch die Annahme der als unwiderruflich angebotenen Erbernennung wird dem ernannten Erben die Aussicht auf künftige Delation der Erbschaft gewonnen, so daß sie ihm durch Willkür des Erblassers nicht mehr verkümmert werden kann. Immer aber liegt in jenem Anerbieten der Verzicht des Erblassers auf Willensänderung, und durch Acceptation desselben wird die Erbeinsetzung unwiderruflich. Ganz unbedeutend scheint mir die von Gerber billigend angeführte Bemerkung Gruchot's: man könne nach Hartmann's Vorgang auch die Testamentseinsetzung in zwei Theile scheiden, die Einsetzung und den Vorbehalt der Testirfreiheit. Was sich von selbst versteht, braucht man sich nicht vorzubehalten; und wenn der Testator auch ausdrücklich seine jetzige Verfügung für unabänderlich erklärt, so bleibt ihm doch die Willensänderung vorbehalten. Wenn er aber demjenigen, den er zu seinem Erben bestimmt, gegenüber auf jenen Vorbehalt verzichtet und dieser das acceptirt, dann ist nach heutigem Recht des Erblassers Wille gebunden.

Als ein Nachtrag zu obigem Aufsätze möge hier noch folgende Recension einer bald nachher erschienenen Schrift Platz finden: *

Der letzte Wille und der Erbvertrag, eine civilistische theoretisch-praktische Abhandlung mit besonderer Berücksichtigung der Bedingung der Ehelosigkeit u. s. w. Von Friedrich Scharnweber, Stadtgerichtsrath. Potsdam 1861. (120 S.)

Zwei unverheirathete Frauen, die seit Jahren ein gemeinschaftliches Geschäft betrieben hatten, schlossen einen Erbvertrag folgenden Inhalts ab: Die Ueberlebende sollte als Universalerin der Zuerstversterbenden gesamntes Vermögen erben, behalten, und darüber unter Lebendigen frei zu verfügen berechtigt sein, der gesammte dereinstige Nachlaß der Zuleztversterbenden aber sollte in zwei gleiche Theile getheilt werden, und davon die eine Hälfte den alsdann am Leben befindlichen gesetzlichen oder testamentarischen Erben der Zuerstverstorbenen, die andere Hälfte denen der Zuleztsterbenden zufallen. Falls jedoch die Ueberlebende sich verheirathen würde, sollte sie (gemäß §. 4 des Erbvertrags) die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens, so wie es zur Zeit des Todes der Verstorbenen gewesen, den Erben derselben sofort herausgeben, und falls eine der Vertragsschließenden noch beim Leben der andern sich verheirathen würde, sollte (gemäß §. 6 des Vertrags) der ganze Erbvertrag aufgehoben werden.

* Aus Gaimeri's Vierteljahrscr. VIII. Lit. S. 64—70.

Auf Grund dieses Erbvertrags hat die überlebende Contrahentin sich in den Besitz des Nachlasses der erstverstorbenen A. S. gesetzt. Sie wurde aber alsbald durch mehrfältige Prozesse heimgesucht. Vorerst klagten Geschwister der A. S. als nächste gesetzliche Erben, dann, als diese wegen mangelnder Legitimation abgewiesen worden, ein für die zur Zeit noch unbekanntem Erben bestellter Curator, auf Vorlegung eines ordnungsmäßigen Inventars des Nachlasses der A. S. und zugleich des eigenen Vermögens der Beklagten, wie Beide am Todestage der A. S. beschaffen gewesen. Weiterhin aber klagten zwei Brüder der A. S. auf sofortige Herausgabe des ihnen als gesetzlichen Erben gebührenden Antheils an dem Nachlasse der verstorbenen Schwester, behauptend, daß der von dieser geschlossene Erbvertrag wegen der hinzugefügten unerlaubten Bedingung nichtig sei. Alle diese Prozesse sind in verschiedenen Instanzen, jedoch mit erheblichen Abweichungen in den Entscheidungsgründen, zu Gunsten der Beklagten entschieden worden. Die betreffenden Urtheile und Entscheidungsgründe haben nun den Verfasser der vorliegenden Schrift, der dieselben für unrichtig hält, zu einer Reihe von ausführlichen und gründlichen Erörterungen veranlaßt, welche, obwohl zunächst vom preußischen Recht ausgehend, doch auch vom allgemein-rechtswissenschaftlichen Standpunkt die Beachtung der Kritik verdienen.

Die Schrift zerfällt in zwei Theile. Der erste Theil, welcher sich auf den Streit über Vorlegung eines Inventars bezieht, beantwortet

- I. die Frage: „Ist der auf den Ueberrest des Nachlasses substituirte Erbe berechtigt, vom heres fiduciarius die Offenlegung eines Inventars zu fordern?“

Das Obertribunal in Berlin hat die Frage verneint. Das Landrecht I. 12. §. 471 sagt nämlich: wenn der Testator dem Substituten verboten habe, auf dergleichen Vorlegung anzutragen, so sei anzunehmen, daß er diesen nur auf das, was beim Ableben des Eingesezten vorhanden sein wird, habe substituiren wollen. Also, schließt man, kann derjenige, welcher in der letzten Art substituiert ist, die Vorlegung nicht fordern. Der Verfasser bestreitet die Bündigkeit dieses Schlusses und hält ihm gegenüber die allgemeine Bestimmung des §. 470, welche dem Substituten jene Berechtigung beilegt, auch in Beziehung auf das fideicommissum ejus quod supererit aufrecht. Ich glaube, mit Unrecht. Freilich ist es nicht ein richtiges *argumentum a contrario*, worauf jener Schluß beruht; es ist gar kein *argumentum a contrario*; wohl aber ist es ein *argumentum ex ratione legis* oder, wenn man

will, ab absurdo, das, wie mir scheint, zu demselben Ergebniß führt. Offenbar geht §. 471 davon aus, daß das Verbot des Testators wirksam sei, daß nicht trotz demselben der Eingesezte zur Vorlegung eines Inventars angehalten werden könne, und, wie auch der Verfasser S. 11 annimmt, eben, weil durch das wirksame Verbot praktisch die Sache doch meist auf dasselbe hinauskommt, wird ein stillschweigend angeordnetes Fideicommiß des Ueberrestes darin gefunden. Wenn nun wegen des Verbots anzunehmen ist, daß der Testator nur ein solches Fideicommiß beabsichtigt habe, für dieses aber dennoch wie für andere Fälle die Vorschrift des §. 470 gelten soll, so ergibt sich ja, daß das Verbot nun doch nicht wirksam ist. Also kann der Gesetzgeber nicht der Meinung gewesen sein, daß §. 470 auch auf Substitutionen dieser Art Anwendung finden solle. Das österreichische Gesetzbuch enthält keine besondere Bestimmung über dergleichen fideicommissariische Substitutionen und stellt keine Regel auf, wie §. 471; daher fehlt es nach diesem an jedem Grunde, von der Inventarserrichtung zu befreien. Zweckmäßigkeitsgründe aber sprechen für deren Nothwendigkeit auch in diesem Falle allerdings; denn sonst wird es dem Substituten oft thatächlich unmöglich sein, sein Recht selbst in Ansehung dessen, was wirklich ex hereditate superest, geltend zu machen.

Mit Rücksicht auf den Fall der Verheirathung der Beklagten hatte das Kammergericht das Begehren der Inventarserrichtung deshalb für unstatthaft erklärt, weil die betreffende Bedingung als unerlaubte für nicht beigelegt zu halten sei. Das Obertribunal dagegen hat diese Bedingung nicht als unerlaubte angesehen und nur aus anderem Grunde jenes Begehren abgewiesen. Daher erörtert der Verfasser

II. „Begriff und Bedeutung der unerlaubten Bedingung der Ehelosigkeit“.

Das Landrecht I. 4. §. 10 verordnet: „Zusagen, wodurch eine Mannsperion bis über das dreißigste, und eine Frauensperion bis über das zwanzigste Jahr hinaus, zum ehelosen Stande verpflichtet werden soll, sind ungiltig.“

Daselbe sagt weiter in §. 136: „Was selbst kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann (§. 7—14), das kann auch Niemanden als eine Bedingung aufgelegt werden.“ Das Obertribunal ist nun der Ansicht, durch diese §§. sei lediglich die Uebernahme und das Auslegen der Verpflichtung, sich gar nicht zu verheirathen, verboten, damit aber verträge es sich ganz wohl, daß für den Fall seiner Verheirathung Jemand gewisse Verpflichtungen gegen Dritte übernehme oder ihm

bewilligte Vortheile wieder aufgeben; denn, wenn auch darin ein indirecter Zwang sich nicht zu verheirathen gefunden werden könnte, so bleibe doch sein Entschluß ganz frei und werde ihm keine Verpflichtung, sich nicht zu verheirathen, aufgelegt. Diese Ansicht wird vom Verfasser S. 14—30 vollkommen überzeugend widerlegt und dagegen dargethan, daß die Bedingung der Nichtverheirathung in obigem Erbvertrage allerdings als unerlaubte sich darstelle. Dasjenige, dessen Zusage nach §. 10 ungiltig sein soll, ist das Nichtheirathen, und dieses eben ist es auch, was nach §. 136 nicht als Bedingung des Erhaltens oder Behaltens eines Vortheils aufgelegt werden kann. Daß auch nach römischem Recht die Bedingung der Ehelosigkeit in diesem Sinn als unerlaubte anzusehen, ist unzweifelhaft. Und eben so ist auch der §. 700 des österreichischen Gesetzbuches in gleichem Sinn zu verstehen.

Im zweiten Theil nun, der sich auf den Streit über die Giltigkeit des angeführten Erbvertrags bezieht, befaßt sich der Verfasser mit folgenden Erörterungen:

I. In welchem Verhältniß stehen der Erbvertrag und die letztwillige Verordnung zu einander? Ist insbesondere der Erbvertrag eine Species der letztwilligen Verordnungen oder sind beide Rechtsinstitute Geschäfte von verschiedener Gattung, Natur und Charakter?

Von der Beantwortung dieser Frage wird es abhängen, ob die unerlaubte Bedingung den Erbvertrag nichtig mache oder als nicht beigelegt zu behandeln sei? Das letzte war vom Kammergericht angenommen; das erste behauptet unser Verfasser. Von der nach Hartmann entwickelten Ansicht über die Natur des Erbvertrags hat der Verfasser noch keine Kunde. Nach dieser sind im Erbvertrag zwei Elemente, das letztwillige, nämlich die Erbeinsetzung, und das vertragsmäßige, nämlich der Verzicht auf den Widerruf, zu unterscheiden; bezüglich des ersten ist die unerlaubte Bedingung als nicht hinzugesügt anzusehen, das letzte ist durch diese nichtig, und daher ein bindender Erbvertrag freilich nicht vorhanden. Dort ist auch S. 276 (oben S. 193) erwähnt worden, daß das preussische Landrecht jenes anerkenne. Indessen ist das keineswegs so klar, wie ich dort mit Hartmann angenommen habe. Zwar sagt das Landrecht I. 12. §. 647, daß Erbverträge eben so wie Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen und wegen gewisser anderer Umstände entkräftet werden; aber von dem Einfluß unerlaubter Bedingungen ist daselbst keine Rede, und auch die in §. 647 angezogenen §§. 478—518, 599, 600, 601, 563 sprechen nicht von diesen. Vielmehr ist es ein anderer §., I. 12. §. 63, welcher ausspricht, daß, was nach den Gesetzen einer Willens-

erklärung als gültige Bedingung nicht beigelegt werden könne, für nicht beigelegt angesehen werde, wenn es in letztwilligen Verordnungen einem Erben oder Legatario gleichwohl auferlegt worden sei, und auf diesen §. wird in §. 647 nicht zurückverwiesen. Eben in Rücksicht auf §. 63 fragt nun unser Verfasser, ob Erbverträge zu den letztwilligen Verordnungen zu zählen seien? Sich stützend auf die Aussprüche angesehener wissenschaftlicher Autoritäten und auf den Sprachgebrauch der preussischen Gesetzgebung beantwortet er diese Frage mit Nein (S. 35—58). Als wesentliche Merkmale des Begriffs: letztwillige Verordnung stellt er auf: Einseitigkeit und Widerruflichkeit der Willenserklärung. Beide Merkmale fehlen dem Erbvertrage; also gehört dieser nicht zu den letztwilligen Verordnungen, bildet vielmehr einen Gegensatz gegen diese. In diesem Gegensatze erscheinen auch die Erbverträge im Landrecht. Zwar werden sie mit Testamenten und Codicillen zusammen in einem Titel (I. 12.) als Verordnungen von Todeswegen abgehandelt, aber dennoch im Gegensatze gegen jene, die allein letztwillige Verordnungen heißen (§. 3—616), in einem besondern Abschnitt (§. 617—656). In §. 627, 630 steht der Erbvertrag geradezu im Gegensatze gegen letztwillige Verordnungen; eben so in II. 1. §. 438, 481, 495, II. 2. §. 271, II. 3. §. 32. Dagegen sind zwar in den Entscheidungsgründen der Urtheile einige Gesetzesstellen angeführt worden, aus denen sich ergeben soll, daß die Erbverträge zu den letztwilligen Verordnungen gezählt werden, namentlich Th. II. Tit. 4. §. 15 der allgemeinen Gerichtsordnung, und das Publikationspatent des Landrechts, Art. XII. Aber in der That geben diese Stellen, wie der Verfasser S. 46 fg. nachweist, keinen Beleg dafür; vielmehr tritt der letzte sogleich Art. XIV. des Patents entgegen, wo als Successionstitel der Ehegatten Verträge und letztwillige Verordnungen entgegengesetzt werden. Zwei Stellen jedoch möchten jene Annahme zu begründen scheinen, indem sie die Erbverträge einseitigen letztwilligen Verordnungen gegenüberstellen, also dieselben unter den Begriff zweiseitiger letztwilligen Verordnungen zu subsumiren scheinen: II. 12. §. 619 und §. 646. Die erste Stelle spricht aus, daß der Erbvertrag, wenn dem Versprechenden die zum gültigen Contrahiren erforderlichen Eigenschaften mangeln, auch nicht als einseitige letztwillige Verordnung gelte, wenn gleich zu dieser letzteren der Contrahent an sich nach den Gesetzen fähig wäre. Allein vorerst ist es nicht nöthig, das Adjectiv „einseitige“ als Apposition zu „letztwillige Verordnung“ aufzufassen; es kann auch coordinirt mit dem Adjectiv „letztwillige“ zu „Verordnung“ gezogen werden. Sodann aber

gibt dieser §. gerade recht bestimmt zu erkennen, daß das Landrecht in dem Erbvertrage das Vertragselement als das überwiegende betrachtet, indem es denselben aus dieser Rücksicht für ganz wirkungslos erklärt in einem Falle, in welchem nach Hartmann's Theorie, wie auch nach österreichischem Recht, die darin enthaltene Verfügung auf den Todesfall allerdings noch als widerrufliche letztwillige Verordnung zu Recht bestehen müßte. Der §. 646 sodann erklärt, daß Erbverträge nur unter den Contrahenten als Verträge gelten, in Ansehung eines Dritten aber, dem dadurch etwas zugedacht worden, nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen haben. Aus diesem §. hat man ableiten wollen, daß jedenfalls den Klägern als Nichtcontrahenten gegenüber der streitige Erbvertrag nur als einseitige letztwillige Verfügung zu betrachten und daher auch die Giltigkeit desselben nach den für diese geltenden Regeln zu beurtheilen sei. Daher erörtert der Verfasser in besonderem Abschnitt

II. die Frage, wie der eigentliche Sinn der in diesem §. 646 enthaltenen Bestimmung aufzufassen sei? Er beantwortet diese meines Erachtens richtig dahin, daß durch den Erbvertrag nur dem Contrahenten ein vertragsmäßiges Recht erworben werde, nicht auch dem Dritten, der in dem Erbvertrage bedacht ist, daß dieser vielmehr auf den ihm zugedachten Vortheil wie aus einer letztwilligen Verordnung erst durch den Tod des Contrahenten, der ihn so bedacht hat, ein Recht erwerbe. Er weist mit Recht die Bemerkung des Kammergerichts ab, daß nach §. 646 Erbverträge nur unter den Contrahenten als Verträge, jedem Andern gegenüber als letztwillige Verordnungen anzusehen seien: denn, wenn nach dem Landr. II. 3. §. 32 Seitenverwandte durch Vertrag und letztwillige Verprdnung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden können, so kann doch unmöglich die Meinung sein, daß auch der Vertrag ihnen gegenüber nur letztwillige Verordnung sei. Ist der vorliegende Erbvertrag unter den Contrahenten ungiltig, so ist eben kein Vertrag vorhanden, wodurch ihr gesetzliches Erbrecht ausgeschlossen würde. Hieran schließt sich nun

III. die Erörterung „über den Einfluß der in einem Erbvertrage vorkommenden unerlaubten Bedingung auf denselben“ (S. 62—86). Es versteht sich nach dem Bisherigen von selbst, daß der Verfasser für Nichtigkeit des Erbvertrags plaidirt, welchem eine unerlaubte Bedingung hinzugefügt worden. Nur das gibt er consequent zu, daß die unerlaubte Bedingung, von welcher die im Erbvertrage zu Gunsten eines Dritten getroffene Verfügung abhängig gemacht ist, als nicht hinzugefügt zu betrachten sei. Können wir nun auch nach unserer Ausführung in Bd. VII.

§. 276 dieser Zeitschrift (oben S. 193) von dem Verfasser für seine Ansicht angeführten gemeinrechtlichen Autoritäten kein Gewicht beilegen, so müssen wir doch gestehen, daß nach preussischem Recht uns derselbe seine Theseis allerdings bewiesen zu haben scheint. Mit Recht macht auch er geltend, daß der §. 63. I. 12 in dem §. 647 desselben Titels nicht erwähnt sei, und tadelt es, daß das k. Stadtgericht dieß für unerheblich erkläre, behauptend, daß demnach auch für Erbverträge einfach die Bestimmung des §. 227. I. 5 zur Anwendung kommen müsse, nach welcher unerlaubte Bedingungen den Vertrag, dem sie beigelegt worden, entkräften. Andererseits aber kann auch gerade der oben mitgetheilte Erbvertrag zum Beweise dienen, wie unangemessen jene Theorie ist, wie vielmehr der Natur der Sache die Theorie Hartmann's entspricht, und wir dürfen wohl darin, daß trotz den im preussischen Recht entgegenstehenden positiven Gründen mehrere preussische Gerichtshöfe in der Beurtheilung unseres Rechtsfalles unbewußt der Hartmann'schen Theorie gehuldigt haben, ein Symptom der praktischen Angemessenheit dieser letzten erkennen. Die erstverstorbene Contrahentin ist bis zu ihrem Tode bei den im Erbvertrage getroffenen Verfügungen beharrt; war sie auch bis zu ihrem Tode wegen der unerlaubten Vertragsbedingung nicht daran gebunden, so ist es doch nun wirklich ihr letzter Wille und es ist consequent, daß man seine Wirksamkeit nach den für letztwillige Verordnungen geltenden Grundsätzen beurtheile. Freilich, wenn sich die andere Contrahentin schon bei Lebzeiten der ersteren verheirathet hätte, so würde man die Verfügungen des Erbvertrags auch ohne ausdrücklichen Widerruf für unwirksam anzusehen haben, weil für diesen Fall schon im Voraus erklärt war, daß derselbe nicht mehr gelten solle, also nunmehr auch dessen Inhalt in keinem Falle mehr als einseitige letzte Willensordnung betrachtet werden könnte.

Den Schluß der angezeigten Schrift macht endlich

IV. eine Erörterung über den Begriff von Haupt- und Nebenbestimmungen eines Vertrages, in specie des Erbvertrages. Die Abweisung der Kläger in dem fraglichen Rechtsstreit war unter anderen auch dadurch motivirt, daß die §§. 4 und 6 des bestrittenen Erbvertrags nur eine gewisse Nebenbestimmung oder Abrede zu dem Hauptvertrage enthielten, demnach jedenfalls nur die in diesen §§. enthaltenen Bestimmungen des Erbvertrags als durch die beigelegte unerlaubte Bedingung entkräftet angesehen werden könnten, gemäß A. L. R. I. 5. §. 228, wo es heißt: „Ist nicht der Hauptvertrag selbst, sondern nur eine gewisse Nebenbestimmung oder Abrede an eine solche unerlaubte Bedingung

gebunden, so wird auch nur diese dadurch entkräftet“. Dieser Entscheidungsgrund hat den Anlaß zu der letzten Erörterung gegeben. Dieselbe ist darauf gerichtet, darzuthun, daß die §§. 4 und 6 des Erbvertrages nicht als Nebenbestimmung im Sinne des §. 228 cit. angesehen werden können, und sie führt dieses Thema gegen die Entscheidungsgründe des Kammergerichtes und des Obertribunals nach unserem Erachten siegreich durch. Vorerst ist klar, daß durch die in §. 6 festgesetzte auflösende Bedingung der rechtliche Bestand des Erbvertrages selbst von der Nichtverheirathung beider Contrahentinnen bei Lebzeiten der anderen abhängig gemacht wird. Das ist aber offenbar in dem concreten Inhalt dieses Erbvertrages nichts Nebensächliches, sondern ein sehr wesentliches Element desselben. Sodann ist auch von der Bestimmung in §. 4 des Vertrages dasselbe zu behaupten; denn in der That enthält diese nichts anderes als ebenfalls eine auflösende Bedingung in Ansehung der Hauptbestimmung des Erbvertrages, nämlich der Erbeinsetzung der Ueberlebenden, deren durch diesen Erbvertrag begründetes Erbrecht rücksichtlich des Nachlasses der Erstverstorbenen erlöschen soll, wenn sie sich nach dem Tode der letzten verheirathet. Bekanntlich hat in neuester Zeit Zitting es für verkehrt erklärt, daß man die Bedingungen unter den Begriff von Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte stelle. Nach dem, was unser Verfasser aus den fraglichen Entscheidungsgründen mittheilt, könnte man sich wohl bestimmt fühlen, ihm vollständig Recht zu geben; denn diese scheinen sich in der That des Mißgriffs schuldig gemacht zu haben, als ob „die Bedingung in einem concreten Rechtsgeschäft etwas bloß Nebensächliches von untergeordneter Bedeutung sei, das man wegdenken könne, ohne dieses concrete Rechtsgeschäft wesentlich zu alteriren“. (Vgl. meine Band. §. 65 Anm.) Wenn man mit Rücksicht darauf, daß das Landrecht (I. 5. §. 226) die Bedingungen unter dem Marginale „Nebenbestimmungen bei Verträgen“ aufführt, den §. 228 erklären und unter der hier genannten „gewissen Nebenbestimmung“ eben auch die Bedingung verstanden wissen will, so würde, wie der Verfasser S. 88, 89 bemerkt, der unmittelbar vorhergehende §. 227, welcher die Regel aufstellt, daß die unerlaubte Bedingung jeden Vertrag entkräfte, alle und jede Bedeutung verlieren. Es ist aber auch eine solche Auslegung des §. 228 schon nach dessen Worten schlechterdings unmöglich; denn es kann unmöglich von der Bedingung gesagt werden, daß sie „an eine solche unerlaubte Bedingung gebunden“ sei.

Wir nehmen von dem Verfasser Abschied mit dem Ausdruck des Dankes für die Belehrung, die uns seine gründliche und scharfsinnige

Ausführung gewährt hat. Nach österreichischem Recht würde ein gleicher Rechtsfall nur vorkommen können, wenn kinderlose Ehegatten einen Erbvertrag gleichen Inhalts geschlossen hätten. Alsdann würde es vorerst darauf ankommen, ob man in Betreff der unerlaubten Bedingung der Nichtverheirathung die Regel von Verträgen (§. 898) oder vom letzten Willen (§. 700) anzuwenden habe. (Vgl. diese Zeitschr. VII. S. 286., oben S. 202.) Es könnte aber im ersten Falle nach §. 898 ebenso wenig zweifelhaft sein, daß der ganze Erbvertrag ungiltig sei, als im zweiten Falle nach §. 698, 700, daß das Erbrecht des Ueberlebenden durch Verheirathung nicht alterirt werde, sofern nur der eine Contrahent ohne Widerruf der im Erbvertrage enthaltenen Erbeinsetzung gestorben wäre.

42.

Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft.*

Robert Döring: Die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft nach heutigem römischem Rechte. Zerbst 1839.

Wenn die Jahrbücher es nicht verschmähen, dieser Schrift einen Artikel zu widmen, so mag es nur geschehen, um dieselbe mit wenigen Worten als eine höchst unbedeutende Arbeit zu bezeichnen, die besser niemals aus dem Pult ihres Verfassers herausgekommen wäre, und nun, einmal gedruckt, an jedem andern Orte eher, als in der Bibliothek eines wissenschaftlich gebildeten Juristen, ihren Platz zu finden verdient. Mit Begierde zog Rec. dieses Buch aus einem Ballen ihm zur Ansicht zugesandter Druckschriften hervor; er freute sich, vielleicht eine gründliche Behandlung der wichtigen und schwierigen Lehre durch einen tüchtigen praktischen Juristen zu finden. Aber wie fand er sich getäuscht! Eine schülerhaftere Production ist ihm in der juristischen Literatur kaum vorgekommen. Zwar gibt der Verfasser gewissermaßen mehr, als der Titel verspricht, indem er nicht nur die Lehre von dem Erwerbe der Erbschaft, sondern auch die Lehre von den Wirkungen des Erwerbes, also eigentlich von dem Inhalt des Erbrechts, abhandelt. Aber wie auch handelt er Beides ab! Die größte Stümperhaftigkeit gibt sich sogleich in den wenigen Worten der Einleitung kund. Da lesen wir: „Das Erbrecht wurde im Römischen Rechte theils durch *honorum possessio edictalis*, theils durch die Bestimmungen, welche im älteren Römischen Rechte unter dem

* Lehrb. §. 506—511.

Begriffe der hereditas angewendet wurden, ertheilt“. Also nur bonorum possessio edictalis, nicht auch decretalis, gab Erbrecht? Und nur im älteren Römischen Rechte wurden Bestimmungen unter dem Begriffe der hereditas (!) angewendet, durch welche das Erbrecht ertheilt wurde? Ferner: „Beide Arten beriefen solche, welche durch ein Verhältniß mit dem Erblasser verbunden waren“. Etwa durch ein Schuldverhältniß, obligati? Oder durch ein Staatsverhältniß? Dann hat der Verf. nicht ganz Unrecht, insofern nur cives Romani erben konnten, welchen aber doch in Rücksicht der testamentarischen Erbfolge die Latini gleichstanden (ob auch wohl in Rücksicht der auf Cognation beruhenden prätorischen Erbfolge?). Durch welches Verhältniß sonst der eingesetzte Erbe dem Testator verbunden sein mußte, wüßten wir nicht zu sagen, der Verf. möchte denn eben dieses, daß der Erbe vom Testator zum Erben eingesetzt war, sehr geistreich, etwa mit Rücksicht auf den alten familiae emtor, oder mit Rücksicht auf die philosophische Idee, wornach die Erbsetzung als Ausnahme in die Familie aufzufassen ist, ein Verhältniß genannt haben, wodurch die Berufenen (nämlich die eben durch die Erbsetzung Berufenen) mit dem Erblasser verbunden waren. Doch es kommt noch besser! „Bei der legitima hereditas, d. i. der Erbfolge, wenn kein Testament oder andere letztwillige Disposition vorhanden war im Gegensatz der hereditas (hier möchten wir gern voraussetzen, daß dem Verf. das Wort „testamentaria“ wider Willen ausgeblieben sei, wenn es nicht, zumal bei der ungemainen Kürze, deren er sich beleißigt, kaum glaublich wäre, daß er dann noch hinzugesetzt hätte:), d. i. der testamentarischen Erbfolge, waren keine Erbfolge-Classen, welche erst der Prätor einführte, bestimmt“. Die sui heredes, agnati, gentiles bildeten keine Classen, wie man sie verkehrter Weise bisher wohl genannt hat; denn „Es galt vielmehr der Grundsatz: successio non est sowohl in Beziehung der Classen (also es gab wohl Classen, aber es „waren keine Erbfolge-Classen!“), als der in einer Classe stehenden entfernteren Personen“. Den Oedipus möchte ich sehen, der aus dieser Rede überhaupt etwas Verständiges, geschweige das positiv Richtige, entnehmen könnte, wenn er es nicht schon vorher wußte. Und wie belehrend nun der Zusatz! „Dabei waren verschiedene Zeiträume bestimmt“. Wobei? bei der legitima hereditas? bei dem Grundsatz: successio non est? Der Verfasser hat im Sinn: bei den Erbfolge-Classen, „welche erst der Prätor einführte“, wie im zweitvorhergehenden Satze gelegentlich gesagt war. Mit einem andern unklaren Satze schließt die inhaltsschwere Einleitung.

Dieselbe Imbecillität in Gedanken und Ausdruck, die in dieser

Einleitung hervortritt (man kann nicht sagen, sich breit macht), verläugnet sich auf keiner der 71 Seiten des geistvollen Werkchens. Daneben ver-räth sich ein ausgezeichnetes systematisches Talent durch die Anordnung des Ganzen. Es werden zwei Hauptabschnitte gemacht: 1) Grundsätze bei dem Erwerb, 2) Wirkungen des Erwerbes. Im ersten werden als vier coordinirte Abtheilungen aufgestellt: Annahme der Erbschaft, interimistischer Besitz, hereditas iacens, Unterschied zwischen Erwerb nach Civilrecht und durch Agnition bei der bonorum possessio; und nun wird z. B. in der ersten Abtheilung wieder in verschiedenen Titeln besprochen: Bedingung zum Erwerb (nämlich Delation); Erfordernisse zur Erwerbung (Beweis des Todes, Verschollene); Erwerb (von Rechtswegen, durch Antretung); Successionsfähigkeit (Zeit wo sie vorhanden sein muß); Dispositionsfähigkeit; Gründe der Successionsunfähigkeit; nähere Bestimmungen bei der Antretung (Annahme der Erbfolge, Wissenschaft des Erben, Zeit der Antretung, das Vermögen des Erblassers darf nicht confiscirt sein). Noch erbaulicher ist die Verwirrung im zweiten Hauptabschnitt, von den Wirkungen des Erwerbes. Hier findet sich in der ersten Abtheilung unter der Aufschrift „Erbtheilung“ gar Mancherlei, woran bisher wohl noch Niemand bei diesem Ausdruck gedacht hat: nämlich tit. I. allgemeine Grundsätze, über das Rechtsverhältniß des Erben, tit. II. Bestimmung der Erbtheile, tit. III—V. Rechtswohlthat der Ueberlegung (die man also noch brauchen kann, wenn schon von den Wirkungen des Erwerbes die Rede ist), beneficium inventarii, beneficium separationis; aber es fehlt auch nicht unter der Abtheilung „Erbtheilung“ tit. VI. „Theilung der Erbschaft“, woran sich noch VII. actio familiae herciscundae und VIII. Collation anschließt. Hat man diese drei Titel passiren lassen, so stellt sich alsbald wieder ein neues Monstrum der Logik ein. Als zweite Abtheilung der Lehre „von den Wirkungen des Erwerbes“ erscheint „Verzicht und Ausschlagung der Erbschaft“, und zwar nicht bloß „beneficium abstinendi“, als Aufhebung des von Rechtswegen eingetretenen Erwerbes, sondern auch „Ausschlagung, omissio im weitern Sinn. B. (?) Repudiatio“. Noch folgen in besonderen Abtheilungen: Accrescenzrecht, Befugnisse des Erben, Klagen und possessorijsche Rechtsmittel, Verjährung.

Nicht minder stark als in logischer Anordnung des Stoffes zeigt sich der Verfasser in Benutzung der Literatur und der Quellen. Ist doch Thibaut's System auf 71 Seiten etwa vierzimal angeführt, etwa halb so oft Glück's Commentar, und zehnmal Glück's Intestaterbfolge! Außerdem auch einigemal Hommel's Rhapsodie, und einmal Walch's Näher-

recht, Feuerbach's Lehrbuch, Martin's Rechtsgutachten, Thibaut's Ver-
 führung; eine ganze Bibliothek von 52—54 Bänden, ohne die Register,
 die der Bequemlichkeit wegen auch einmal citirt werden. Ob in derselben
 Bibliothek auch ein corpus iuris civilis sich vorfinde, sollte man fast
 in Zweifel ziehen. Zwar werden achtmal Stellen aus den Novellen an-
 geführt, vier Stellen aus den Pandekten, und zweimal L. 3. Cod.
 comm. utr. iud., auch L. 32. Cod. de iure delib. 6. 30., ja sogar
 „ob celeritatem“ Cod. Theod. 11. 36. const. 22., die Stelle, welche
 in einem bekannten wissenschaftlichen Streite des Hauptgewährsmannes
 unseres Verf. mit Savigny eine wichtige Rolle spielt. Aber unter den
 Citaten aus den Novellen findet sich (abgesehen von der in den Berich-
 tigungen corrigirten „No. 118., No. 159.“) eins: „nov. 1. §. 33.“,
 von dem man kaum glauben sollte, daß der Fehler darin dem Verfasser,
 der ein corpus iuris besitzt und dasselbe auch wohl einmal nachschlägt,
 habe entgehen können; und von den vier Citaten aus den Pandekten
 enthalten drei ebenfalls einen auffallenden Fehler. „L. 6. §. 5. D. de
 Carb. edicto. 2. L. 1. §. 19. D. 1.“ Sic! „L. 32. D. de locati.“, und
 „L. 5. §. 21. D. de heredit. pet. 5. 3.“, die nicht existirt.

Nach diesen Andeutungen möchte den Leser kaum noch gelüsten, ein
 Mehreres über den Inhalt des Buches zu vernehmen. Doch wollen wir
 zum Beleg des strengen Urtheils, das wir darüber gefällt haben, einige
 Proben geben, wie sie uns ohne viel Suchen gerade in's Auge fallen.

§. 3. „Der Beweis desselben (des Todes) wird durch Todtenscheine
 geführt, oder nach der Praxis, welche die Vorschrift über Beweisraft
 eines Zeugnisses über Amtsgeschäfte auch auf den Fall, wenn der Tod
 eines Abwesenden durch einen Zeugen dargethan werden soll, ausdehnt“.
 Klar und deutlich!

§. 4. „Die Versuche, diese Vorschriften zu umgehen, dadurch, daß
 man auch dem bis zu einem gewissen Tage (183sten Tage) existirenden
 abortus Kindesrechte beilegte, sind bis jetzt nicht mit Beifall der Gesetze
 befolgt worden“. Gewiß wird diesen Gedanken kein Jurist für einen
 perfectus partus gelten lassen und wollen wir daher nach L. 12. D.
 de statu hom. lieber glauben, daß er nicht schon 182 Tage im Kopfe
 des Verf. concipirt gewesen, ehe er als solch unreifer abortus zu Tage
 gefördert wurde. Wehe dem Verfasser, wenn auch für seine Gedanken
 „wird vollkommene Vitalität erfordert“, damit er länger als Regierungs-
 advokat fungiren könne.

Ebendasselbst erhalten wir auch Kunde von einer höchst merkwürdigen
 Rechtsvorschrift; denn „es gilt — die positive Vorschrift, daß Keiner der

zugleich Umgekommenen den Andern überlebt habe“. Ein Glück, daß sie zugleich umgekommen sind, sonst wäre es eine grausame Rechtsvorschrift! „Als entscheidend wird folgender Fall für die obige Vorschrift angeführt“, und nun folgt ein Meisterstück von absurdem Raisonnement über den Fall der L. 9. pr. D. de rebus dubiis (doch ohne sie zu nennen), woraus man z. B. folgern soll, daß der ungewisse Zeitpunkt des Todes derselben (der beiden unmündigen Geschwister) als leitender Grundsatz für die Ungewißheit des Todes von mehreren commorientes anzusehen sei“.

§. 10. „Dieselben (die Erbschaftsgläubiger) hatten nicht einmal eine Klage gegen den Fideicommissar. Dieß Verhältniß änderte sich dadurch, daß der Fiduciar gezwungen werden kann, die auch nicht angetretene Erbschaft dem Fideicommissar zu restituiren“. (Also war es sehr überflüssig, daß das Senatusconsultum Pegasianum den Zwang zur Ansetzung der Erbschaft gegen den Fiduciar gestattete.) „Nur in einiger Rücksicht hört die Qualität desselben nach der Restitution der universitas oder des Theils als heres directus nicht auf, dagegen der Fiduciar dasjenige, was er behält, wenn er eine universitas herauszugeben hat, titulo singulari besitzt; übrigens aber nun in totum oder tantum Erbe bleibt“. Dieser wunderliche Satz verdankt seine Entstehung nach beigefügtem Allegat Thibaut's System, 6te Aufl. §. 779, wo es heißt: „Hiernach muß nun also der Fideicommissar, je nachdem ihm das Ganze (wohin auch der Fall gehört, wenn der Fiduciar nur einzelne Sachen zurückbehält) oder ein Theil restituirt ist, die Erbschaftslasten ganz oder zum Theil über sich nehmen“.

§. 10. „Obgleich die bonorum possessio im Gegensatze der hereditas eine schriftliche Erben-Einsetzung nicht kennt“. Was denkt sich denn wohl der Verf. unter der bald nachher von ihm selbst erwähnten secundum tabulas bonorum possessio? Wahrscheinlich wollte er sagen, was nach neuerem Rechte richtig wäre, daß es keine von der civilrechtlichen verschiedene prätorische Erbeinsetzung mehr gebe.

Nach §. 13. betrifft „die sogenannte transmissio ex capite infantiae die Vererbung der dem Suus angefallenen Erbschaft, wenn der Sohn in infantia stirbt, und der Vater noch vorher die Erbschaft antritt“.

§. 20. „Wenn keine Miterben da sind, erhält der (unter negativer Potestativbedingung eingesetzte) Erbe die Erbschaft gegen Bestellung der Mucianischen Caution“. Bekanntlich wird gerade für diesen Fall von Mehreren die Erbeinsetzung als unbedingte betrachtet. (Vgl. meine Beitr. I. S. 183. fg., oben S. 151. fg. Nr. 39.)

§. 32. „Durch die Rechtswohlthat des Inventarium ist dem Erben die ihm ohne dasselbe nicht zustehende Befugniß ertheilt, die Erbschaft ohne Nachtheil zu erwerben“. Hat er diese Befugniß etwa auch dann nicht, wenn die Erbschaft doppelt so viel Vermögen als Schulden enthält?

§. 46. „Der Enkel conferirt Alles, was er von dem Großvater vor dem Tode seines Vaters erhielt, nicht aber, was er nachher von dem Vermögen des Großvaters erhalten hat“. Der verstorbene Glück hat wohl einmal wunderliche Behauptungen aufgestellt; diesen Satz aber hätte er schwerlich vertreten mögen, obgleich dabei auf seine Autorität Bezug genommen wird.

Doch genug! Der kundige Leser wird nach diesen Proben dem Rec. auf's Wort glauben, daß sich die Beispiele ähnlicher mehr oder minder arger Verkehrtheiten im Ausdruck und Unrichtigkeiten im Gedanken mit Leichtigkeit noch sehr vermehren ließen, vielleicht bis zur Zahl der Seiten des Büchleins; und gerne wird er ihm weitere Anführungen erlassen.

Wahrlich, der Verf. hätte sich ersparen können, zu versichern, wie es in der Vorrede geschieht, „daß es nicht seine Absicht sei, die betreffenden Lehren kritisch zu durchdringen“. Aber eben so wenig ist es ihm gelungen, sie „von einer praktischen Seite darzustellen“, und wenn er sagt: „Diese Auffassung ist scheinbar die schwierigste, wenn man solche aus einem höhern Gesichtspunkte betrachten wollte“, so hat er einen mehr als scheinbaren Beweis geliefert, daß sie wenigstens für ihn viel zu schwierig war. Man weiß nicht, ob man zürnend schelten, oder mit-leidig lächeln, oder erröthen soll im Gefühl der Beschämung für die deutsche Rechtswissenschaft, wenn ein deutscher Advocat, indem er solch ein Product in die Welt schickt, noch sagen kann: „Wenn bei dieser Auffassung den Ansichten der mehrsten Rechtsgelehrten nachgekommen sein sollte, so hätte der Verf. seinem Zwecke — entsprochen“. — Dem Zwecke dieser Jahrbücher entspricht es, das wissenschaftlich Nichtige und der Regel nach eben deshalb auch praktisch Unbrauchbare vom literarischen Markte ohne Rücksicht zurückzuweisen, auf dem, wie es scheint, in dem Maße, als unsere Meßkataloge anschwellen, mehr und mehr taubes Korn soll eingeschwärzt werden.*

* Richter's und Schneider's Jahrbücher, Jahrg. IV. S. 500—505. (1839.)

Ueber gesetzliche Deliberationsfrist.*

v. Bangerow's Revision der Theorien darüber im Archiv für civ. Prag. XXII. 7.

Man braucht nur einen Blick in die betreffenden §§. der verschiedenen Ausgaben eines unserer vorzüglichsten Lehrbücher (Mühlenbruch's doctrina pandectarum) zu werfen, um sich zu überzeugen, wie schwankend die in dem oben bezeichneten Aussage von dem rühmlichst bekannten Verf. behandelte Lehre noch sei, und wie namentlich in der jüngsten Zeit noch höchst einflussreiche neue Ansichten darüber geltend gemacht worden. Es fühlt sich aber Rec. nicht dadurch zu einer besonderen Anzeige dieses Aussages angetrieben, weil er, wie der Verf. desselben in dem unten (Anm. 1) erwähnten Fall, von der Unhaltbarkeit seiner Resultate überzeugt, es für Pflicht gehalten, bald und ernstlich dagegen aufzutreten. Vielmehr hat Rec. nicht nur in seinen Vorträgen über römisches Erbrecht immer die hier wieder vertheidigten Ansichten festgehalten, sondern war auch schon in Ausarbeitung einer Abhandlung über Deliberationsfrist und Inventarserrichtung begriffen, welche im Wesentlichen vollkommene Uebereinstimmung mit dem Inhalte der hier zu besprechenden Abhandlung gezeigt haben würde, und er freut sich auf diese Weise in kurzer Zeit ohne irgend welchen persönlichen Verkehr zweimal¹ den Ansichten eines Mannes mit ganz entsprechenden zu begegnen, dessen Leistungen ihm große Achtung vor dessen wissenschaftlicher Tüchtigkeit einflößen.

Daß vor Justinian die Anerkennung einer allgemeinen gesetzlichen Frist für Antretung von Erbschaften, abgesehen von den Fristen für Agnition der bonorum possessio², dem römischen Rechte überall nicht

* Lehrb. §. 509. Anm. 2.

¹ Ehe noch mir die vorläufige Ankündigung der (im Juliheft 1839. S. 571 ff. mitgetheilten) Recension des Verfassers über Gutsch's Abhandlung zur Lehre von den bedingten Erbesetzungen (in der Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. Bd. XII. S. 375 ff.), von Seiten der Redaction dieser Jahrb. im Juniheft, zu Gesicht gekommen, hatte ich schon einen Aufsatz über denselben Gegenstand an die Redaction der Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. abgeschickt, welcher vielleicht auch jetzt noch der Veröffentlichung würdig befunden wird. (Vgl. oben Nr. 38.)

² Beiläufig gibt der Verf. in Anm. 5. eine unzweifelhaft richtige Emendation zur Collat. XVI. 3. §. 5., indem er aus dem handschriftlichen »quibus bonorum possessionis propter praetoriam actionem non erit necessaria« herausliest: quib. bon. possessio nisi propt. etc., und er würde sich mit Recht wundern, daß Blume, und Rec. in seiner Ausg. des Paulus, noch die Lesart bon. possessio propter etc. beibehalten haben, wenn es nicht mit solchen Emendationen häufig ginge, wie mit dem Ei des Columbus. Uebrigens ließ sich auch nach der letzten Lesart die Stelle noch wohl erklären, ohne mit Gai. III. 34. in Widerspruch zu kommen; und andererseits bleibt es nach der neuen Lesart auffallend, daß ipsecll von den suis heredibus gesagt wird, was von allen Cibilern galt.

nachzuweisen sei, ist bekannt. Erst in Justinianischen Constitutionen hat man eine solche zu finden geglaubt, und zwar theils in L. 19., theils in L. 22. Cod. de iure delib., in jener eine Frist von einem Jahre seit Kundbarwerden der Delation, in dieser eine Frist von drei Monaten. In Ansehung beider treten sich aber zwei Ansichten gerade entgegen; nach der einen soll die eine, beziehungsweise die andere Frist eine Antrittungsfrist sein, also der Berufene, der sie versäumt, von der Erbschaft ausgeschlossen sein; nach der andern soll der Berufene in der einen, beziehungsweise der andern Frist die Erbschaft ablehnen müssen, widrigenfalls von derselben sich nicht mehr lossagen können. Unser Verf. legt sich nun diese beiden Fragen zur Beantwortung vor: 1) Gibt es eine gesetzliche Antrittungs- oder Ausschlagungs-Frist von einem Jahre? 2) Gibt es eine gesetzliche Antrittungs- oder Ausschlagungs-Frist von drei Monaten? — Beide Fragen beantwortet er verneinend, und rechtfertigt diese Beantwortung durch eine so gründliche Erörterung, daß wir die Hoffnung hegen dürfen, es werde dadurch diese Controverse gänzlich beseitigt werden — eine Hoffnung freilich, in welcher dennoch getäuscht zu werden sich nicht verwundern wird, wer in unserer Controversen-Literatur etwas bewandert ist. — Was nämlich

1) die erste Frage angeht, so war die bedeutendere unter den beiden hier in Betracht kommenden Meinungen, theils wegen der Autoritäten, welche ihr angehangen haben oder noch anhängen, theils wegen des stärkern Anstriches von Begründung, den man ihr zu geben versucht hat, die: daß durch L. 19. cit. eine ipso iure eintretende einjährige Antrittungsfrist eingeführt worden sei, deren Versäumung die Folge habe, daß nun der Berufene von der Erbschaft ohneweiters ausgeschlossen werde: eine Meinung, die namentlich Thibaut in seinen Versuchen verfochten, obwohl später nach Schoemann's Handbuch II. 12. verworfen, die aber Mühlenbruch seitdem noch festgehalten hat. Diese Meinung sucht daher unser Verf. zunächst zu bekämpfen, wie sie schon Schoemann bekämpft hatte. Es kommt dabei nur auf richtige Interpretation des Gesetzes an. Liest man aber dieses „ohne vorgefaßte Meinung, so kann man in der That kaum begreifen, wie daraus der Satz hat abgeleitet werden können, daß der berufene Erbe nur ein Jahr lang freies Wahlrecht haben solle“. Die Constitution führt nur eine neue Transmission des Erwerbrechts auf die Erben des Berufenen ein, welche auf den Zeitraum eines Jahres beschränkt sein soll; sie gibt aber keine Veranlassung zu der Annahme, daß nun derjenige, dem die Erbschaft deferirt ist, selbst auch jedenfalls binnen Jahresfrist sich über die Annahme erklären müsse

und somit dem Erben die ihm bis dahin zugestandene Unbeschränktheit rücksichtlich der Zeit genommen sein solle; eine Neuerung, die auch, wie der Verfasser richtig bemerkt, gewiß nicht so bloß gelegentlich und beiläufig ohne eclat von Justinian eingeführt worden wäre. Wenn die Constitution von Deliberiren des Erben spricht, so ist dabei keineswegs sofort an eine Deliberations-Frist zu denken, deren Versäumung eine so wichtige Folge hätte. Justinian sagt nur: „derjenige, welcher entweder eine Deliberationsfrist erbeten (also dadurch offen ausgesprochen hat, daß er die Sache noch in Ueberlegung nehmen will), oder welcher doch wenigstens nicht ausdrücklich der Erbschaft entsagt hat und in so fern noch zu überlegen scheint, ob er dieselbe annehme (vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac causa deliberare videatur), solle das Recht, die Erbschaft zu erwerben (oder abzulehnen) auf seine Erben übertragen, welche so denn auch noch eine gewisse Zeit deliberiren können (praedictum arbitrium, d. i. was im Eingange deliberatio genannt ist, in successione suam transmittat); diese Transmission aber soll auf ein Jahr beschränkt sein (ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa). Mehr oder Anderes ist auch aus den Worten nicht zu entnehmen, auf welche Thibaut und Mühlbruch vorzüglich sich berufen haben. Denn (so hat Rec. schon in seinem ersten betreffenden Vortrage erklärt) wenn gesagt wird: Si enim ipse... annali tempore nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiamdam hereditatem manifestaverit, is cum sua successione ab huiusmodi beneficio excludatur: so ist dabei (was der Verf. nicht so hervorgehoben hat) nach dem ganzen Zusammenhange (vgl. das vorhergehende: si quidem... decesserit, hoc ius ad suam successione intra annale tempus extendat, was durch das folgende nur näher erklärt werden soll) offenbar noch vorauszusetzen, daß der Berufene selbst gestorben sei sc. post annale tempus, und es kann also Jenes nicht anders verstanden werden, als: in diesem Falle soll die Transmission auf die Erben nicht eintreten, für diese soll hier die Vergünstigung des Gesetzes nicht mehr Statt haben. Die Worte „is cum sua successione“ kann man füglich als eine lebhaftere Bezeichnung für eius successio, eius heredes auslegen, die sich durch den Gedanken der Einheit zwischen Erblasser und Erben und dadurch, daß, wie der Verf. andeutet, die Möglichkeit der Transmission auch als eine dem Delaten verliehene Gunst aufgefaßt wird, genügend erklärt. Daß der Delat selbst sowohl als dessen Erben post annale tempus von der Antretung der

Erbschaft ausgeschlossen seien, kann durch jene Worte durchaus nicht ausgedrückt sein sollen. *Huiusmodi beneficium* (vgl. L. 22. pr. h. t.) kann unmöglich auf die deferirte Erbschaft bezogen, es kann nur von der Vergünstigung dieses Gesetzes verstanden werden, die aber nur darin besteht, daß die Erben des Verufenen noch eine Zeitlang nach dem Tode dieses Erblassers anstatt desselben die ihm deferirte Erbschaft sollen erwerben können. Wie nun endlich noch viel weniger aus den Schlußworten: *nec heredibus eius alius regressus servabitur*, ein Argument für die gegenseitige Meinung gewonnen werden könne, hat der Verf. noch S. 163. kurz und schlagend bemerkt. Sie sagen in ihrem Zusammenhange nichts anderes, als: In diesem Fall können denn auch die Erben des Verufenen die Erbschaft nicht mehr erwerben, anstatt ihres Erblassers, der selbst natürlich nicht mehr erwerben kann, weil er nicht mehr am Leben ist. So leuchtet wohl vollkommen ein, daß Thibaut mit Recht seine frühere Meinung aufgegeben habe, und darf erwartet werden, daß nunmehr auch „einer unserer größten Civilisten“, welcher „noch bis auf den heutigen Tag der falschen Theorie huldigt“, nach der Willkürigkeit, womit er frühere Sätze seines Lehrbuchs gegen gewonnene bessere Ueberzeugung aufgibt, jener Meinung entsagen und dadurch den Schwierigkeiten entgehen werde, welche nach derselben das Verhältniß der L. 19. cit. zu L. 22. eodem ihm verursachte.

Weniger bedeutend, als die bisher besprochene, weil noch leichter deren Unhaltbarkeit zu erkennen, ist die andere Meinung, welche namentlich Höpfner und Konopak vertreten haben, wornach aus L. 19. cit. ebenfalls eine gesetzliche Deliberationsfrist von einem Jahre abgeleitet wird, welche dann gleich einer erbetenen die Wirkung haben soll, daß der Deliberant, falls er von Gläubigern gedrängt worden und die Frist ohne Erklärung hat vorübergehen lassen, als Erbe zu behandeln sei, während er im gleichen Falle des Erbrechts verlustig werde, wenn er von nachfolgenden Erben gedrängt worden sei. Wie grundlos diese Theorie sei, hat unser Verf. S. 164—168 so überzeugend dargethan, daß man wohl demjenigen, der sie darnach noch behaupten wollte, das Wort im Rathe der Rechtsverständigen ganz verbieten dürfte. Dieß dem Leser überlassend wenden wir uns

2) zu der andern Frage, betreffend die angebliche Deliberationsfrist von drei Monaten, die manche nach L. 22. §. 1. Cod. de iure delib. behauptet haben. Auf diese Stelle hat nämlich

a) Marezoll, welchem Mühlenbruch früher beistimmte, den Satz gegründet, daß derjenige, welcher binnen drei Monaten nach erlangter

Wissenschaft von der Delation der Erbschaft diese weder unumwunden ablehne noch eine längere Deliberationsfrist sich erbitte, nach Ablauf jener Frist ohne seinen Willen als Erbe betrachtet werde und den Gläubigern hafte. Indem der Verf. diesen Satz einer nähern Prüfung unterzieht, fragt er sich vorerst, ob derselbe wohl mit den übrigen Bestimmungen der L. 22. in passendem Zusammenhang stehe? Marezoll hatte angenommen, der Erbe, welcher cum beneficio inventarii antrete, könne während der drei Monate der Inventarisirung, aber auch nur so lange, die Erbschaft noch wieder ausschlagen. Dem entspreche nun ganz gut, daß auch jeder andere nur binnen drei Monaten auszuschlagen befugt sein solle. Aber, vorausgesetzt auch die Richtigkeit jener Annahme, kann doch dieses, wie S. 177—179. gezeigt wird, nicht gesagt werden. Daß der Berufene, der gar nichts gethan oder erklärt hat, nach drei Monaten von selbst Erbe werde, wäre ein neuer exorbitanter Satz, von größter Beschwerung für jenen, wenn die Erbschaft überschuldet ist, und ganz unverständlich und unmotivirt zum Nachtheil der Nach-Berufenen jenem gegen seinen Willen die Erbschaft aufdrängend, wenn sie noch einen Ueberschuß des Vermögens enthält, der Erstberufene aber dennoch dieselbe vielleicht als bedenklich abgelehnt hätte. Wer dagegen durch das beneficium inventarii geschützt ist, hat doch jedenfalls keinen Nachtheil von der Erbschaft zu fürchten, und es wäre nur noch eine Begünstigung mehr, daß er nach der geschehenen Antretung innerhalb der drei Monate noch wieder ganz von der Erbschaft zurücktreten könnte, gegen den Grundsatz: semel heres, semper heres. Es ist aber auch, wie S. 173—177. wiederum sehr gut gezeigt wird, die Annahme dieser Begünstigung ganz ungegründet. Daß, wer das beneficium inventarii in Anspruch nehmen will, die Erbschaft alsbald antreten müsse, ist nach §. 2. vgl. mit §. 11. des Gesetzes nicht zu verkennen, und daß nun gegen den erwähnten Grundsatz die angetretene Erbschaft noch wieder ausgeschlagen werden könne, wäre eine ganz zweckwidrige Bestimmung. Daß auch die Argumenten, welche Marezoll aus §. 11., §. 1. 2. der Const. hervorgezogen hat, für dessen Meinung nicht entscheiden, und daß eben so wenig §. 13. vgl. mit §. 14. dieselbe beweise, wird man nach den betreffenden Gegenbemerkungen des Verf. wohl nicht mehr bestreiten. Wenn nun hiernach dem fraglichen von Marezoll aufgestellten Satze nicht das Fürwort der Zweckmäßigkeit und passenden Zusammenhangs zu Statten kommt, so erweisen sich ferner auch die Argumente, welche denselben direct begründen sollen, nach S. 179. fg., als unhaltbar. Die Hauptstütze desselben ist ein argumentum a contrario aus L. 22. §. 1. cit. Wie höchst

bedenklich aber dessen Anwendung namentlich bei einzelnen Aussprüchen Justinianischer Constitutionen ist, zumal wenn dasselbe einen nagelneuen Satz ergibt, den Justinian nicht bloß durch eine Hintertür eingeführt haben würde, muß Jedem nahe liegen, und es zeigt sich z. B. auch an der früher erörterten Bestimmung der L. 19. h. t., aus welcher Jemand durch arg. a contrario den absurden Satz ableiten könnte: si ipse . . . **annali tempore translapso aliquid fecerit, ex quo . . . renunciamdam hereditatem manifestaverit, is cum sua successione ad huiusmodi beneficium admittatur.** Wie in unserm Falle, wenn man alle Worte des Gesetzes erwägt, durch Anwendung des arg. a contrario eben so absurde Resultate gewonnen werden könnten, zeigt der Verf. S. 181. 182. Dem Satze: si apertissime intra trium mensium spatium renunciaret, nullo nec inventario faciundo nec alio circuitu exspectando sit alienus ab huiusmodi hereditate: könnte man diesen entgegenstellen: si non . . . renunciaret, inventario faciundo et (vel) alio circuitu exspectando alienus sit ab hereditate! Die Gegner haben, die nach dem Zusammenhange des ganzen §. viel bedeutenderen Worte nullo nec inv. u. s. w. wenig beachtend, nur auf den Schlußsatz sit alienus ab h. entscheidendes Gewicht gelegt. Aber wenn man dieß auch thut, so erhält man durch Entgegensetzung doch nur den Satz: si non apertissime intra trium mensium spatium renunciaret, non sit alienus ab huiusmodi hereditate, welcher noch nicht sagt, er solle nun unwiderruflich Erbe sein, sondern nur, er solle nicht von der Erbschaft ausgeschlossen sein, er könne sie also noch antreten, wenn er wolle. Das Resultat, welches Marezoll angenommen, gewinnt man auf keine Weise. Gegen dasselbe führt unser Verf. auch noch folgende äußere, wie mir scheint, unwiderlegliche Gegengründe an. 1) Die unveränderte Aufnahme der L. 19. Cod. h. t. in den Codey, da nach jenem die Justinianische Transmission von einem Jahre doch schlechthin nicht mehr vorkommen, sondern nur von einer Transmission innerhalb der drei Monate die Rede sein könnte. 2) Die Aufnahme der L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test., welche nur um weniges älter ist als L. 22. cit., deren Bestimmung aber durch diese nach Marezoll's Ansicht ganz antiquirt wäre. 3) Die im Justinianischen Rechte noch vorkommenden Bestimmungen über die Fristen der bonorum possessio, auf welche doch L. 22. §. 1. consequent auch zu beziehen wäre. 4) Nov. 158., welche, obwohl nicht glossirt, doch als Zeugniß über die Fortdauer der einjährigen Transmissionsfrist entscheidend gegen die fragliche Auslegung der L. 22. §. 1. spricht. Nach diesen Bemerkungen konnte nun der Verf.

auch die Argumente, welche aus der Lesart der Göttinger Handschrift in L. 22. §. 1., und aus den entsprechenden Stellen des sog. Eustathius und der Basiliken zur Unterstützung von Marezoll's Theorie beigebracht werden könnten, als unzureichend zurückweisen, wie es S. 189 fg. geschieht. Die Göttinger Handschrift hat nach der Spangenb. Ausgabe: *ei apertissime intra trium mensium spatium . . . renuntiet nullo nec inventario faciendo . . . et sit alienus ab huiusmodi hereditate.* Darnach wäre demjenigen, der sich der deferirten Erbschaft entschlagen will, geradezu geboten, innerhalb der drei Monate auszuschlagen, und dann sollte er *alienus ab hereditate* sein. Da läge denn sehr nahe die Folgerung: daß nach Ablauf dieser Zeit die Ausschlagnng nicht mehr möglich sei. Mit jener Lesart stimmt aber auch die Uebertragung unseres Gesetzes in den Basiliken (vgl. S. 171.) überein, und nach derselben Auffassung sagt Eustathius, der Berufene könne innerhalb der Zeit von drei Monaten ausschlagen. Allein unser Verf. gibt dennoch der gewöhnlichen Lesart den Vorzug, und zwar, abgesehen von den aus der bisherigen Ausführung sich ergebenden sachlichen Gegengründen gegen die Göttinger Lesart, insbesondere auch schon deßhalb, weil nach dieser aller wahre Zusammenhang zwischen den beiden Sätzen des §. 1., die doch durch die Worte *simili modo* in nahe Beziehung zu einander gesetzt werden, wegfallt, und der unter ihnen sonst so scharf hervortretende Parallelismus gänzlich verwischt werde, weil darnach der Superlativ *apertissime* fast unerträglich erscheine, und auch statt *crediderit* vielmehr *credet* zu erwarten wäre. Und Rec. kann nicht umhin, diese Gründe, zumal da sie mit Anderem zusammentreffen, für höchst bedeutend zu erkennen, wenn er auch nicht gerade behaupten möchte, daß es nothwendig *credet* hätte heißen müssen. Etwas zuviel behauptet auch der Verf., wenn er S. 192. noch wesentlich in Betracht gezogen haben will, daß die abweichende Lesart des Gött. Ms. völlig isolirt dastehe. Denn er selbst gibt ja S. 172. an, daß nach dem Zeugniß von Spangenberg auch noch in andern Handschriften *ei vor apertissime* stehe, was auch Charondas als Variante anführe; und dagegen fehlt auch bei Hal. Cont. Russ. das *ei vor renuntiet*, so daß nur noch das *et vor sit* einzuschieben wäre, um für die ganze Göttinger Lesart auch andere Autoritäten anführen zu können. Mit mehr Recht provocirt der Verf. auch noch auf die bekannte Regel, daß unter verschiedenen Lesarten eher für die schwerere als für die leichtere zu entscheiden sei. Rec. möchte auch dieses noch geltend machen, daß es seinem Gefühl sehr anstößig erscheint, *ei vor apertissime* so an die Spitze des Nachsatzes zu

stellen, während das bezügliche Zeitwort *renuntiet* erst so weit hinten nach folgte, auch noch mit jener Schleppe in den Worten *nullo nec etc.*, die nicht sehr schön angehängt wäre. Nach Allem diesem kann man mit dem Verf. keinen Anstand nehmen, die Annahme einer gesetzlichen Deliberationsfrist von drei Monaten, nach deren Ablauf der Delat von selbst Erbe werde, gänzlich zu verwerfen. Es hat aber

b) im geraden Gegensatz dieser Annahme Buchholz die Behauptung aufgestellt, daß nach Ablauf der drei Monate der Berufene von der Erbschaft regelmäßig ganz ausgeschlossen sei: eine Regel, wovon nur im Fall der L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. eine Ausnahme stattfinde, und welche auch auf den Fall nicht mitzubeziehen sei, wenn der Berufene zwar ein solennes Inventar errichtet, aber doch nicht angetreten habe. Die Regel soll ebenfalls hervorgehen aus L. 22. §. 1. cit., in welcher nur die Worte *nullo nec . . . exspectando* noch unmittelbar zu *renuntiet* zu ziehen und erst mit *sit alienus* der Nachsatz zu beginnen sei. So interpungirt spreche die Stelle klar aus, daß wer innerhalb dreimonatlicher Frist weder ein Inventar errichte noch um Deliberation gebeten (noch auch sofort angetreten) habe, eben dadurch deutlich an den Tag lege, daß er die Erbschaft nicht haben wolle, und deßhalb von derselben ausgeschlossen sein solle. Aber „es ist mir unmöglich“, sagt unser Verf., „in dieser ganzen Ausführung auch nur ein einziges gesundes Element zu finden“, und ich stehe nicht an, diesen Ausspruch zu unterschreiben, wie ich auch schon bald nach Erscheinen des Buchholz'schen Aufsatzes Gelegenheit hatte, mündlich auszusprechen: „Jene Behauptung sei so ungegründet als neu, und beruhe auf einer ganz sprachwidrigen Erklärung; *apertissime renunciare* könne nicht auf eine durch bloße Unthätigkeit an den Tag gelegte Willensmeinung bezogen werden; zudem heiße es ja „*intra trium mensium spatium renuntiet*“; das könne nur von einer im Laufe dieser Zeitfrist abgegebenen bestimmten Erklärung verstanden werden, nicht von einer nach Ablauf der Zeitfrist wegen Nichtbenutzung derselben erst präsumirten Verzichtleistung, da nicht die Worte „*intra trium mensium spatium*“ mit „*nullo nec inventario faciendo*“ etc. in unmittelbare Verbindung gestellt seien; die Unzulässigkeit jener Erklärung ergebe sich endlich auch aus der Vergleichung mit dem vorhergehenden Satz des §.“ — Mit denselben Gründen wird jene Erklärung jetzt auch von unserem Verf. bestritten (S. 196. 197.). Wenn dieser aber hinzusetzt: Die Worte *nullo nec inv. faciendo n. a. c. exspectando* könnten schon grammatisch, auch unter Voraussetzung ihrer nähern Verbindung mit *i. t. m. spatium*, nicht den

Sinn haben, den ihnen Buchholz beilegt, so hat er darin doch wohl Unrecht. Würde ich auch vorziehen, zu sagen: *nullo inventario facto intra temporis spatium, renuntiasse videtur*: so kann ich es doch nicht widersinnig finden, zu sagen: *non faciendo inventarium intra tempus renunciat*: indem man das *non facere* als Ausdruck des *renuntiare* auffaßt. Uebrigens wird (S. 197 — 202.) noch nachgewiesen, daß auch mehrere Gründe, welche schon gegen die Marezoll'sche Theorie geltend gemacht worden, in gleichem oder sogar höherem Grade der Ansicht von Buchholz entgegenstehen, deren völlige Grundlosigkeit daraus noch bestimmter hervorgehe.

Nachdem nun auf diese Weise die Unhaltbarkeit der Annahme einer gesetzlichen Deliberationsfrist dargethan worden, legt sich der Verf., um seine Ausführung zu vollenden, noch die Frage vor, wie denn L. 22. §. 1. cit. eigentlich zu erklären sei, ohne zu jener Annahme gedrängt zu werden, und doch auch die Zeitbestimmung „*intra trium mensium spatium*“ nicht als einen müßigen Zusatz zu betrachten. Verwerflich scheint ihm die Erklärung: daß, wer innerhalb der drei Monate die Erbschaft entschieden ausschlage, ohne weitem Nachtheil derselben entfremdet sein solle, während nach jener Frist die Nachtheile eintreten, welche die Vernachlässigung des Inventars sonst auch für den Ausschlagenden nach sich ziehe. Diese Nachtheile könnten keine andere sein, als daß der Manifestationseid des §. 14. der L. 22. cit. zulässig wäre. Nun aber setzt §. 14. cit. voraus, daß der Berufene *temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit*, daß er *post deliberationem recusaverit*; — *tunc res hereditarias creditoribus vel his, qui ad hereditatem vocantur legibus, reddere compelletur, quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda*. In diesem Falle war die Gestattung des Eides, um die Gläubiger oder andere Erben gegen Unterschlagung zu sichern, wohl motivirt, weil der Deliberant das Recht hat, sich mit den Erbschaftsachen zum Zweck der Erkundigung zu befassen, und durch Unterlassung der Inventarisirung dann einer begangenen Unterschlagung eben so verdächtig sein mag, als ihm diese leicht gewesen. Dasselbe aber auch gegen denjenigen eintreten zu lassen, welcher *non titubante animo respuendam esse crediderit hereditatem*, und nur versäumt hat, *apertissime intra trium mensium spatium* der Erbschaft zu entsagen, das scheint unserem Verf. an „Absurdität“ zu gränzen.

Derselbe versucht dagegen S. 206 fg. eine neue Erklärung. Die Worte: *nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu expectando*,

sollen nicht so verstanden werden: es sei kein Inventar nöthig und kein anderer circuitus zu fürchten; sondern vielmehr so: der Ausschlagende dürfe nun kein Inventarium mehr machen und habe auch keinen andern Umweg mehr zu hoffen. Der Sinn der Stelle sei daher nur dieser: wer innerhalb dreier Monate unumwunden ausschlage, der habe sogleich allen und jeden Anspruch auf die Erbschaft verloren und könne auf keine Weise mehr dazu gelangen; dadurch habe Justinian der Meinung begegnet wollen, als solle dem berufenen Erben die dreimonatliche Inventarisationszeit ganz freigegeben werden, und ihn daher eine vor Ablauf derselben gegebene Erklärung nicht binden. Es werde also darin für den, welcher innerhalb dreier Monate ausschlägt, nicht etwas Besonderes ausgesprochen, was nicht auch bei demjenigen eintrete, welcher nach dieser Zeit repudiirt, sondern umgekehrt eine völlige Gleichheit beider Fälle angenommen und nur ein möglicher Zweifel gegen diese Gleichheit hinweggeräumt.

Man wird dieser Erklärung das Lob der Scharfsinnigkeit nicht versagen. Doch stehen ihr verschiedene Bedenken entgegen. Eines derselben hat der Verf. selbst nur durch Berufung auf die Ungenauigkeiten in der Abfassung Justinianischer Constitutionen zu beseitigen gewußt (Anm. 64); denn es ist klar, daß dem Gedanken unseres Verfs. gemäß, nach der Bestimmung des §. 2. des Gesetzes, in §. 1. eigentlich die Zeit von 30 Tagen hätte genannt werden müssen. Diese Auskunft ließe jedoch Rec. gerne gelten, wenn nicht noch anderes hinzukäme. Unbefriedigend nämlich scheint ihm, was S. 206. unter 1) über die inneren Motive des dem Gesetze beigelegten Gedankens gesagt wird. Rec. wüßte wahrlich nicht zu begreifen, wie Jemand, wenn auch der fragliche Ausspruch nicht vorläge, nach §. 2. des Gesetzes hätte die dem bisherigen Rechte und den entschiedensten Aussprüchen des Justinianischen Rechts entgegenstehende Meinung fassen mögen, daß, wer einmal die Erbschaft unumwunden ausgeschlagen, doch noch (innerhalb der Inventarisationszeit) auf irgend andere Weise als durch in integrum restitutio zu derselben gelangen könne. Der §. 2. fordert unzweideutig zur Antretung auf, wobei nothwendig vorausgesetzt wird, daß man noch nicht abgelehnt habe. An die Bestimmungen des ältern Rechts über cretio zu denken, konnte hierbei kaum Jemanden in den Sinn kommen, theils weil diese längst antiquirt waren, theils weil es mit diesen in der That eine ganz verschiedenartige Bewandniß hatte. Dem Recensenten scheint ferner jene Erklärung auch grammatisch sehr bedenklich zu sein, obgleich es S. 208. nicht nur als unzweifelhaft bezeichnet ist, daß die betreffenden Worte

den angegebenen Sinn haben können, sondern auch die Ueberzeugung ausgesprochen wird, daß auch rein grammatisch nur dieser Sinn ihnen beigelegt werden dürfe. Die Worte sind: *nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu exspectando sit alienus ab hereditate*. Die ersten Worte bezeichnen näher das Wie des *alienus esse*. Sie können also nicht aufgelöst werden *sit al.*, *nec inv. faciat*, *nec alium circuitum exspectet*, wodurch sie auf eine Linie gestellt würden mit dem durch sie nur näher bestimmten Hauptsatz: *sit alienus*. Vielmehr, sollte jener *ablativus absolutus* aufgelöst werden, so würde es in dieser Art geschehen müssen: *sit al. ab h.*, *dum* (oder *ita ut*, *sc. hoc casu*), *nullum nec inventarium faciendum nec alius circuitus exspectandus est (sit)*. Immerhin könnte man hier noch, der Satzverbindung nicht zuwider, unter *alius circuitus* einen andern Weg zur Erbschaft zu gelangen, verstehen, wenn man dieses dem Worte angemessen findet. Schwerlich aber läßt sich das „*nullum nec inventarium faciendum*“ so erklären: es soll auch nicht mehr durch Inventarserrichtung der Weg zur Erlangung der Erbschaft offen stehen. Wäre dies der Gedanke Justinian's gewesen, so hätte er sagen müssen: *nec inventario faciendo nec alio circuitu exspectando amplius ad hereditatem accedat* oder dergl., nicht aber *alienus sit ab h.*

Wenn gleich nun Rec. diejemnach die eigene Erklärung des Verfs. nicht gelungen finden kann, so stimmt er ungeachtet dessen doch übrigens den Resultaten desselben vollkommen bei. Er theilt mit ihm die Ueberzeugung, daß das *argumentum a contrario* bei unserem §. 1. durchaus unanwendbar sei, man möge durch dasselbe den einen oder den andern der oben angeführten beiden Sätze gewinnen wollen. Ist das *argumentum a contrario* schon überhaupt höchst bedenklich, wo es sich davon handelt, durch dasselbe nicht bloß die Existenz eines andern Rechts-satzes, sondern eben die Einführung einer ganz neuen Bestimmung, die somit nur stillschweigend ausgesprochen wäre, darzuthun, und zwar um so bedenklicher, je wichtiger diese Bestimmung ist, je mehr man also eine directe Festsetzung derselben erwarten müßte, so muß dieß vollends in unserem Falle von dessen Anwendung abhalten, selbst wenn das Gesetz dem Vorwurf ungenauer Abfassung Preis gegeben werden muß. Denn nicht nur ist hier von einer ganz neuen und sehr wichtigen Bestimmung die Rede, von der gar nicht zu denken ist, daß sie Justinian, wenn er sie wirklich gewollt, nicht direct und mit einiger Emphase aufgestellt hätte, er, der gerade in dieser Constitution ein glänzendes Exempel

legislatorischer Prunk- und Redseligkeit darbietet; sondern es führt zudem auch, wie schon früher gezeigt worden, die buchstäbliche Anwendung des arg. a contrario zu absurdem oder zu ganz unbedeutendem Resultate, je nachdem man auf das „nullo nec invent. etc.“ den gebührenden Nachdruck legt, oder nur das „alienus sit ab h.“ wesentlich in Anschlag bringt. Soll nun endlich Rec. noch seine Meinung darüber sagen, was denn der Concipient unseres Gesetzes eigentlich dabei gedacht habe, indem er sagte: si. . . intra trium mensium spatium . . . renunciet nullo nec inv. fac. . . sit alienus ab hered., so ist sie diese: daß derselbe sich nichts Klares dabei gedacht habe, weshalb denn auch nichts Klares daraus abzuleiten ist. Der Gesetzgeber hatte die Absicht, für den Fall, daß Jemand über Ausnahme oder Ablehnung der Erbschaft zweifle, etwas Neues, das beneficium inventarii, einzuführen, welches an eine dreimonatliche Frist gebunden sein sollte, doch aber auch noch dem Bedenklichen, der von jenem beneficium keinen Gebrauch machen möchte, die Möglichkeit nicht abzuschneiden, eine Bedenkfrist zu erlangen. Nun berührt er in §. 1. zuerst den Fall, auf welchen sich dieses Gesetz nicht beziehen sollte, nämlich wenn der Berufene über (unbedingte) Annahme oder Ablehnung der Erbschaft nicht zweifelhaft sei; nicht zweifelhaft über die Annahme, wo er dann durch seine Erklärung unbedingt Erbe werde, und vom beneficium inventarii keine Rede sei; nicht zweifelhaft über die Ablehnung, wo er durch offene Erklärung derselben eben so unbedingt der Erbschaft entfremdet werde, und dann auch keine Rede sei weder von Inventarserrichtung, noch von andern Umständen, d. i. von Deliberationsfrist und was damit zusammenhängt, also von keinem der gemini trames (§. 14. h. l.), welche im Folgenden näher erörtert werden sollten. Indem er aber den letzten Fall berührte, lag ihm schon im Sinn die dreimonatliche Frist, die im folgenden §. für die Inventarserrichtung bestimmt werden sollte. Im Laufe von drei Monaten wird auch gewöhnlich der Berufene, wenn er nicht zur Inventarerrichtung greift, schon durch Gläubiger oder Nach-Erben zur Erklärung gedrängt werden, und so wird in der Regel derjenige, welcher erst später der Erbschaft entsagt, schon in den Fall gesetzt worden sein, um eine Deliberationsfrist zu bitten. Diese Vorstellungen dunkel im Kopfe hegend, ließ der Verfasser des Gesetzes schon in §. 1. die Worte *intra trium mensium spatium* einfließen, ohne denselben wohlbedacht eine wichtigere Bedeutung beizulegen, und ohne namentlich den Gedanken irgend klar gedacht zu haben, daß es sich anders verhalte, wenn der Berufene erst *post trium*

mensium spatium apertissime renunciat, ohne vorher irgend etwas gethan zu haben, ohne namentlich zu Erbittung einer Deliberationsfrist gedrängt worden zu sein.

Die Resultate, welche nach dem Bissherigen Rec. mit dem Verf. der angezeigten Abhandlung gewonnen zu haben glaubt, sind zwar nur negativer Art. Sie sind aber dennoch, wie leicht ersichtlich ist, höchst wichtig, indem sie falsches Neues abwehrend den Boden sichern, auf welchem die Theorie über Antrittungsfristen und beneficium inventarii zu bauen ist. Gern würde Rec. diese Gelegenheit benutzen, um darüber nun noch nähere Andeutungen zu geben, wenn dieses nicht die Grenzen einer Recension zu weit überschritte. Vielleicht wird er bald an einem andern Orte seine Ansichten darüber dem Publikum im Zusammenhange vorlegen.*

44.

Collationsverbindlichkeit.**

Unter mehreren Erben ist regelmäßig das erbchaftliche Vermögen, und nur dieses, nach Verhältniß der Erbtheile zu vertheilen. In gewissen Fällen aber sind einzelne Erben ihren Miterben verpflichtet, zu der Theilungsmasse etwas hinzuzufügen oder auf ihren Antheil sich anrechnen zu lassen, was zu dem erbchaftlichen Vermögen nicht gehört. Dieses Hinzuthun eines an sich ihr fremden Bestandtheiles zu der gemeinschaftlichen Erbchaft ist es, was man unter Einwerfung oder Collation versteht.¹ Von selbst ergibt sich hieraus, daß es nicht unter den Begriff der Collation falle, wenn ein Miterbe dasjenige, was er dem Erblasser schuldig war, etwa an die gemeinschaftliche Masse oder pro rata parte an die einzelnen Miterben herauszahlt; denn dieses war in Wahrheit in dem Vermögen der Erbchaft begriffen. Eben so wenig ist es Collation, wenn Kinder, die der väterlichen Gewalt des Verstorbenen unterworfen waren, den Miterben ihr Peculium (profectitium) herausgeben; denn dieses ist, obwohl faktisch den Kindern überlassen, doch

* Richter's Jahrb. a. a. D. S. 17—29. (1839.)

** Lehrb. §. 528—530.

¹ Die ausführlichste neuere Monographie über diese Lehre ist: R. Pfizer, über die Collation der Descendenten (Stuttgart 1807), S. 632. — Verdienstlicher als diese weitläufige Schrift, worüber zu vergl. Heidelb. Jahrb. für Jurisprudenz, Bd. 1. S. 105—120., sind Franke's Grundzüge der Lehre von der Collation, in dessen civ. Abh. (Göttingen 1826) Nr. 4. — Quellen: Dig. de collatione (honorum). 37. 6. Dig. de dotis collatione. 37. 7. Cod. de collationibus. 6. 20.

Vermögen des Vaters geblieben, und bildet also jetzt einen Bestandtheil der Erbschaft desselben. Eine wahre Collation aber nach dem angegebenen Begriffe kommt im römischen Rechte bei der Erbfolge von Descendenten in drei sehr verschiedenartigen Beziehungen vor, welche gesondert zu betrachten zweckmäßig scheint, um sichere Resultate für das praktische Recht zu gewinnen².

1) Durch das prätorische Edict wurden als *liberi* zur *bonorum possessio contra tabulas* oder *intestati*, gemeinschaftlich mit den *suis heredibus*, welche nach Civilrecht ausschließlich erbten, auch die emancipirten Kinder des Erblassers berufen, oder vielmehr alle diejenigen leiblichen Descendenten desselben, welche vermöge des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses seine *sui heredes* sein würden, und nur in Folge einer Auflösung des in der väterlichen Gewalt beruhenden engeren römischen Familienbandes es nicht wirklich waren³, aber auch zur Zeit nicht etwa einer fremden Familie angehörten⁴; welcher letzte Umstand nur in einem besonderen Fall die Theilnahme an der *bonorum possessio contra tabulas* (*commisso per alios edicto*) nicht hinderte⁵. Der Kürze wegen wollen wir im Folgenden regelmäßig nur die Emancipirten nennen und darunter alle zu jener Kategorie gehörenden Descendenten begreifen. Die Tendenz des prätorischen Edicts war also diese: in Rücksicht der Beerbung des Vaters und väterlicher Ascendenten die Folgen jener Ausscheidung aus der angeborenen Familie aufzuheben und den Getrennten ein Erbrecht zu gewähren, gleich als hätte die Trennung nicht stattgefunden. Dabei konnte nun aber eine wichtige Verschiedenheit zwischen dem Verhältniß der Emancipirten und der *sui heredes* nicht unbeachtet bleiben. Die letzten, als welche bis zum Tode des Erblassers unter dessen Gewalt gestanden, hatten kein eigenes Vermögen erwerben können; was sie irgend erworben, war Bestandtheil des väterlichen Vermögens geworden und was davon zur Zeit des Todes noch vorhanden, war Bestandtheil der väterlichen Erbschaft. Die Emancipirten dagegen konnten seit ihrem Austritt aus der väterlichen Familie eigenes Vermögen erworben haben, welches sie nun unabhängig von der väterlichen Erbschaft besaßen. Hätte nun der Prätor dessen nicht achtend dieselben gleichmäßig mit den *suis heredibus* erben lassen, so wären sie in der That vor diesen auf

² Vergl. über die Geschichte dieses Instituts: Unterholzner, diss. pertractans historiam iur. rom. de collat. Altdrf 1809. Rämmerer, Beiträge, Nr. 7; vorzüglich aber Franke a. a. D.

³ L. 1. §. 6. L. 3. pr. L. 6. 7. 11. §. 1. L. 21. D. de bon. poss. c. t. 37. 4. L. 1. §. 5—7. L. 4—6. D. si tab. test. nullae. 38. 6.

⁴ L. 3. §. 6—9. L. 6. §. 4. D. de b. p. c. tab. L. 4. 9. D. si tab.

⁵ L. 8. §. 11. L. 11. pr. D. de b. p. c. t. Vgl. auch L. 3. §. 9. D. ibid.

eine sehr unbillige Weise bevorzugt worden. Dieser Unbilligkeit zu begegnen, hätte etwa bestimmt werden mögen, es solle auch den suis heredibus der durch sie dem Vater gemachte Erwerb ausschließlich vorbehalten sein. Dadurch aber wäre auf unangemessene Weise in die Consequenz des Rechtes eingeschnitten worden, und in einzelnen Fällen wären unvermeidlich große Schwierigkeiten entstanden, zu ermitteln, was und wie viel denn von der hinterlassenen Erbschaft aus Erwerbungen der Kinder herrühre. Einfacher und consequenter war es, sowie in Rücksicht des Erbrechtes der Emancipirten die nachtheilige Wirkung der Ausscheidung aus der natürlichen Familie durch die Ertheilung der *bonorum possessio* beseitigt wurde, eben so auch in Rücksicht des von denselben erworbenen Vermögens Gleiches zu erzielen, als wenn jene Ausscheidung nicht stattgefunden hätte. Daher wurde denjenigen, welche jenes dem Civilrecht widerstreitende prätorische Erbrecht in Anspruch nahmen, zur Pflicht gemacht, all ihr Vermögen, das, wosfern sie nicht aus der Familie ausgeschieden wären, zur Erbschaft gehören müßte, den miterbenden suis heredibus zu conferiren, d. h. in Beziehung zu ihnen so zu behandeln, als ob es wirklich Theil der gemeinschaftlichen Erbschaft wäre⁶.

Stellen wir uns zu näherer Betrachtung dieser Anordnung zunächst auf den Standpunkt des Rechtes, wie es zur Zeit der classischen Jurisprudenz ausgebildet war und in dem betreffenden Titel der Justinianischen Pandekten noch ungetrübt erscheint, so finden wir folgende Grundsätze anerkannt:

Es kommt nicht darauf an, ob im einzelnen Fall der *suius heres* zur Vermehrung des väterlichen Vermögens durch seinen Erwerb beigetragen. Es soll die juristische Ungleichheit zwischen dem *emancipatus* und *suius*, welche durch des letzten Vermögensunfähigkeit begründet ist, durch den allgemeinen Rechtsfuß ausgeglichen werden. Entspricht dieß dem Vortheil des Emancipirten nicht, dessen Vermögen vielleicht beträchtlicher ist als die Erbschaft, so mag er auf diese verzichten und das nach Civilrecht ausschließliche Erbrecht der *sui heredes* nicht beeinträchtigen⁷.

Aber auch nur den suis heredibus soll der Emancipirte zu conferiren schuldig sein⁸, und nur denjenigen, welche durch seine Concurrrenz in der Beerbung des Vaters beschränkt werden, in dem Verhältniß, in welchem dieß der Fall ist⁹. So hat z. B. ein emancipirter Enkel zunächst nur

⁶ L. 1. pr. D. de collat.

⁷ L. 2. §. 5. in f. D. h. t.

⁸ L. 3. §. 3. D. h. t. L. 11. Cod. h. t.

⁹ L. 1. §. 4. D. h. t.

den gleichstehenden suis heredibus desselben Stammes zu conferiren, da es für die übrigen Stämme völlig gleichgiltig ist, ob als Miterbe in jenem Stamme einer mehr oder weniger auftrate, wenn nur nicht der Emancipirte einen eigenen Stamm bildet¹⁰. Und so auch conferirt der emancipirte Vater, nach dem edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius, zunächst nur den eigenen nicht emancipirten Kindern, mit welchen er zusammen einen Erb Stamm bildet, und zwar so, daß er den Kindern zusammen die Hälfte seines Vermögens mittheilen muß, die Hälfte für sich behält, wie er auch den Stammtheil mit ihnen theilt¹¹. Aus demselben Grunde fällt die Collationsverbindlichkeit ganz weg, wenn der Emancipirte bonorum possessio gegen ein civilrechtlich giltiges Testament erlangt, in welchem der concurrirende suus nicht zu größerem Theile zum Erben eingesetzt ist, als ihm auch bei eintretender bonorum possessio contra tabulas verbleibt; denn alsdann wird ihm durch diese nichts von demjenigen entzogen, was er ohne dieselbe, als eingesetzter Erbe nach dem civilrechtlich giltigen Testament, erhalten haben würde; vielmehr kann ihm hier die Agnition der bonorum possessio von Seiten des präterirten Emancipatus sogar vortheilhaft werden¹². Und eben so findet nur pro parte die Collationsverbindlichkeit statt, wenn der suus zwar auf einen größeren Erbtheil, als er bei der bonorum possessio behält, aber doch nicht auf das Ganze eingesetzt ist; wenn er z. B. auf drei Viertheile der Erbschaft eingesetzt worden, und nun durch das Zutreten des Emancipirten ein Viertel ihm entzogen wird, so braucht dieser auch nur nach gleichem Verhältniß zu conferiren¹³.

Emancipirte unter einander sind nicht zur Collation verpflichtet. Unter ihnen besteht nicht jene Ungleichheit; allen Emancipirten aber ist durch das prätorische Erbrecht ein bisher entbehrter Vortheil gewährt worden; und darin, daß der eine weniger als der andere eigenes Vermögen erworben habe, erkannte der Prätor keinen Grund zur Beschwerde für jenen¹⁴. Selbst wenn mehrere Emancipirte mit suis heredibus concurriren, so kommen doch bei der diesen letzten von einem jeden der ersten zu leistenden Collation auch rücksichtlich der Theilbestimmung die übrigen Emancipirten nicht in Betracht; z. B. wenn zwei Emancipirte und zwei sui heredes vorhanden sind, so hat jeder von

¹⁰ Cf. L. 2. §. 6. 7. L. 7. 9. D. h. t.

¹¹ L. 3. §. 6. D. h. t. L. 1. pr. §. 43—48. D. de coniung. cum emanc. lib. 37. 8. L. 5. pr. D. si tab.

¹² L. 1. §. 4. D. h. t. cf. L. 8. §. 14. D. de b. p. c. t. Vgl. auch L. 20. §. 1. D. ibid.

¹³ L. 1. §. 3. D. h. t.

¹⁴ L. 2 §. 5. D. h. t. L. 9. Cod. h. t.

den Emancipirten drei Theile des der Collation unterworfenen Vermögens zu machen, einen für sich, zwei für die beiden sui heredes, gleich als erbte er mit diesen allein, obwohl doch die väterliche Erbschaft durch die Concurrrenz des zweiten Emancipirten in vier Theile zerfällt¹⁵.

Die Collation beschränkt sich nur auf den Fall der bonorum possessio contra tabulas und unde liberi¹⁶; und zwar fand sie auch hierbei nach dem Edicte nur unter der Voraussetzung statt, daß auch die sui heredes die bonorum possessio agnoscirten, nicht bloß mit ihrem Civilerbrecht sich begnügten, auf welchen Umstand jedoch nach der verständigen Interpretation späterer Juristen kein Gewicht mehr gelegt wurde¹⁷. Die testamentarische Erbfolge war schon nach Civilrecht von jeher den Emancipirten wie den suis heredibus gleich zugänglich, und wenn hier der Testator eine Gleichstellung beider, mit Rücksicht auf die bisherige Vermögensunfähigkeit der letzten, beabsichtigt, so mag er diese durch besondere Verfügungen erwirken¹⁸. Sonst erhält der Emancipirte unverfüzrt den ihm angewiesenen Erbtheil, ex iudicio defuncti, so wie er auch im Fall der bonorum possessio contra tabulas nichts zu conferiren braucht, wenn er durch die Theilnahme an derselben nicht mehr erhält, als ihm in dem angefochtenen Testament durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß zugewendet worden¹⁹.

Die Collation ist aber für die Collationspflichtigen nicht Bedingung der Agnition der bonorum possessio. Sie können diese ohneweiters agnoscircn und so auch ihren Erben sichern. Aber in Folge davon tritt die Verbindlichkeit zur Collation ein²⁰. Wegen Erfüllung derselben soll nach dem Edicte Caution geleistet werden, und zwar mit Bürgen (satisfactio) oder doch durch Pfandbestellung²¹. Doch wird es natürlich genügend gefunden, wenn das fragliche Vermögen sofort zur Theilung hingegeben oder der entsprechende Theil den Berechtigten ausqeantwortet²², oder auch auf andere Weise den Ansprüchen derselben sofort vollkommen

¹⁵ L. 1. §. 24. L. 3. §. 2. D. h. t. Ueber L. 1. §. 16. D. de coniung. cum em. lib. vgl. Cuiac. obs. III. 29. Pfüger §. 10.

¹⁶ L. 1. pr. cit. Cf. L. 20. §. 1. D. de bon. poss. c. tab.

¹⁷ L. 1. §. 1. 2. L. 40. D. h. t.

¹⁸ L. 6. D. de dot. collat. L. 1. cf. L. 7. Cod. h. t.

¹⁹ L. 1. §. 6. 7. D. h. t.

²⁰ L. 3. pr. D. h. t. Vgl. Ulpian. XXVIII. 4. datur b. p. si parati sint cavere etc. Natürlich verweigerte der Prätor lieber gleich die Ertheilung der b. p., wenn die Petenten von vornherein sich widerwillig zeigten.

²¹ L. 1 §. 9. D. h. t. cf. L. 5. §. 1—3. ibid.

²² L. 1 §. 12. ibid. Aut enim re aut cautione facienda collatio est. Vgl. Pauli sent. V. 9. §. 4. Emancipati... de conferendo cavere cum satisfactione debent. Quodsi satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum confusionem... facere cogendi sunt.

Genüge geleistet wird²³; nur können diese, sofern über den Bestand des Vermögens irgend eine Ungewißheit herrscht, jedenfalls noch wegen vollständiger Erfüllung der Verbindlichkeit Sicherheit verlangen²⁴. Diesen Anforderungen nachzukommen, dazu wird der Collationspflichtige indirect dadurch angehalten, daß ihm widrigenfalls der Vortheil der bonorum possessio entzogen werden kann. Es werden ihm die fictitiae actiones, welche sonst dem bonorum possessor zu Gebote stehen²⁵, und natürlich eben so auch die exceptiones, welche er sonst dem als alleiniger Civilerbe klagenden suus heres entgegensetzen könnte²⁶, denegirt, und so wird denn das Civilrecht des suus heres von der beschränkenden Concurrenz des Emancipirten befreit²⁷. Und zwar gewährt es, wenn etwa von mehreren Emancipirten, die bereits bonorum possessio agnosirt haben, der eine oder andere nicht cavirt oder conferirt, nur den Collationsberechtigten einen Zuwachs der Erbschaft²⁸; es tritt nicht für alle Miterben ius accrescendi ein, als hätte jener Emancipirte die bonorum possessio gar nicht erworben²⁹. Dagegen werden dem Emancipirten die Erbschaftsklagen gänzlich denegirt, wenn er auch nur einem von mehreren Collationsberechtigten das Erforderliche nicht leistet³⁰. Jedoch nur dann findet diese Strenge Anwendung, wenn der Collationspflichtige bösslicher ungehorfamer Weise (per contumaciam) die Caution vorenthält³¹, und selbst dann kann er doch durch nachträgliche Cautionleistung seine Erbsprüche wieder zu Kräften bringen³². Wenn er nur aus Unvermögen der Auflage nicht alsbald genügt, so wird jede mögliche schonende Rücksicht für ihn genommen, und nöthigenfalls durch Bestellung eines Curators für seinen Erbtheil geholfen³³. Uebrigens kann die Caution auch schon vor Agnition der bonorum possessio geleistet werden; dann aber ist sie nur bindend, unter der Voraussetzung, daß diese wirklich nachfolge; und wenn der Emancipirte reell conferirt hat, agnosirt aber nachher die bonorum possessio nicht, so steht ihm die *condictio* des

²³ L. 1. §. 12. *ibid.* 3. 2. Si tantum forte ex bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet; ober: si nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

²⁴ L. 1. §. 41. *cit.* Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio; si non constet... tunc propter incertum cautio erit interponenda.

²⁵ Ulp. XXVIII. 12. Gai. IV. 34.

²⁶ L. 15. D. de b. p. c. t. L. 2. D. de except. rei iud.

²⁷ L. 3. pr. in f. D. h. t. L. 41. Cod. h. t. cf. L. 8. D. h. t.

²⁸ L. 2. §. 8. D. h. t.

²⁹ L. 3. §. 9. L. 5. D. de hon. poss. 37. 1.

³⁰ L. 1. §. 13. D. h. t.

³¹ L. 4. §. 13. *cit.*

³² L. 1. §. 10. in f. *ibid.* cf. L. 8. *ibid.*

³³ L. 1. §. 10. 13. L. 2. §. 9. D. h. t.

Gegebenen zu³⁴. Wenn er dagegen einmal die *bonorum possessio* erworben und *Caution* geleistet hat, so kann er nicht mehr willkürlich zurücktreten, sondern es kann nunmehr aus dem *Caution*sversprechen wegen Nichtleistung geklagt werden³⁵.

Die *Collationsverbindlichkeit* geht auf die Erben des *Emancipirten* über, insofern das *Erbrecht* desselben ihnen zu gut kommt, wenn er nach bereits *agnoscirter bonorum possessio* gestorben ist³⁶. Eben so können andererseits auch die Erben des *suus heres* sie noch in Anspruch nehmen³⁷. Es kann aber auch die *Verbindlichkeit* zu conferiren einen Andern treffen, in dessen Gewalt nämlich der zur *bonorum possessio* berufene *Extraneus* sich befindet. Dieß kommt vor, wenn der Vater den Sohn *emancipirt*, den Enkel von diesem Sohne aber in seiner Gewalt zurückbehalten hat, und nun der Sohn mit Hinterlassung von *sui heredes* vor jenen beiden gestorben ist. Hier wird dem Enkel die *bonorum possessio* des natürlichen Vaters sowohl *ex edicto unde liberi* als *contra tabulas* deferirt, weil er, obwohl noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters, doch nicht in *aliena familia* sich befindet³⁸. Er kann aber als *homo alieni iuris* nach classischem Rechte nur dem Großvater auf dessen Geheiß die *bonorum possessio* erwerben, so wie auch, was er bisher erworben, nur in des Großvaters Vermögen gekommen war. Will nun hier der Großvater durch den Enkel an der Erbschaft Theil haben, so muß er auch für denselben conferiren. Indessen steht es ihm frei, den Enkel zu *emancipiren*, damit dieser für sich selbst die Erbschaft annehme³⁹. Ebenso verhält es sich in dem Falle, wenn ein in fremder *Adoptivfamilie* befindlicher Sohn als *eingesetzter Erbe commisso per alios edicto* an der *bonorum possessio contra tabulas* Theil nimmt⁴⁰. Insofern durch ihn der *Adoptivvater* erwirbt, muß dieser auch für ihn conferiren; derselbe kann ihn aber auch *emancipiren* und selbständig die *bonorum possessio agnosciren* lassen; nur darf dieses nicht betrüglicher Weise geschehen⁴¹.

³⁴ L. 3. §. 5. D. h. t.

³⁵ L. 5. §. 1—3. D. h. t.

³⁶ Arg. L. 3. pr. D. h. t.

³⁷ L. 1. §. 8. D. h. t. Diese Stelle erkennt dem Erben des *suus* nur dann den Anspruch auf *Collation* zu, wenn der letzte *bonorum possessio agnoscirt* hatte. Wenn aber anerkannt wird, daß dem *suus* auch ohne *Agnition* der *bon. possessio* der Anspruch auf *Collation* zustehe, so wäre es nicht consequent, dem Erben desselben diesen Anspruch nicht eben so zuzuerkennen, wo der *suus* z. B. in Ermangelung eines *civilrechtlich* gültigen Testaments als *Intestaterbe* die Erbschaft *ipso iure* erworben hätte, und nun darin durch die *Concurrenz* des *Emancipirten* eine Beschränkung erlitt. — Cf. L. 14. Cod. h. t.

³⁸ L. 7. 21. D. de b. p. c. t. L. 6. D. si tab.

³⁹ L. 6. cit. L. 5. pr. D. h. t.

⁴⁰ Vgl. Note 5.

⁴¹ L. 1. §. 14. L. 5. pr. in f. D. h. t. cf. L. 2. D. de dot. collat.

Besonders wichtig ist nun noch, den Gegenstand dieser Collation der Emancipirten genauer zu bestimmen, was von selbst auch in die spätere Gestalt dieser Lehre, nach der Zeit der classischen Jurisprudenz, führen wird. Regel ist: es soll Alles conferirt werden, was der Emancipirte Eigenes hat, was aber, wenn er es als suus heres hätte, Theil der väterlichen Erbschaft und nicht ihm ausschließlich vorbehalten wäre⁴². Daher mußte nun nach älterem Rechte regelmäßig alles Vermögen conferirt werden, was der Emancipirte zur Zeit des Todes des Erblassers hatte⁴³, mit Inbegriff aber auch desjenigen, dessen er dolo malo sich entäußert hatte⁴⁴, dagegen mit Ausschließung alles später Erworbenen, sofern dieses nicht als bloßer Zuwachs von jenem zu betrachten ist⁴⁵. Durch den Tod des Erblassers sind sofort auch die sui heredes selbständig und erwerbsfähig geworden, und es fehlt also in Ansehung späterer Erwerbungen der emancipirten Miterben der Grund der Collation⁴⁶. Darauf kommt es übrigens nicht an, ob durch den Emancipirten das fragliche Vermögen auch, wenn er nicht emancipirt worden wäre, hätte erworben werden können; es wird z. B. auch die quarta, welche ex rescripto D. Pii dem arrogirten Unmündigen erworben wird, als Collationsgegenstand bezeichnet, obwohl doch der Unmündige, ohne vorher aus des natürlichen Vaters Gewalt ausgetreten zu sein, nicht arrogirt werden, also auch jenen Erwerb nicht machen kann⁴⁷.

Ausgenommen von der Collation ist aber gemäß dem angegebenen Princip a) die dem Emancipirten zustehende actio iniuriarum⁴⁸. Obwohl auf Bezahlung einer Geldstrafe gerichtet, wird diese doch nicht als

⁴² L. 52. § 8. D. pro socio. 17. 2.

⁴³ L. 4. pr. L. 3. § 3. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. Ulpian. l. c. — »deducto aere alieno.« L. 2. § 1. D. h. t. cf. L. 4. § 20. ibid. Ueber bedingte Forderungen und Schulden vgl. L. 2. § 1. 3. ibid. Fr. § 3. cit. ist zu interpungiren: Id quoque, quod sub conditione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. Diversum est in legato conditionali, quia etsi in potestate fuisset, et post mortem patris conditio extitisset, ipse actionem haberet. Dagegen ein legatum ex die betreffend vgl. L. 4. § 18. ibid. Si emancipato legatum fuerit, quum pater morietur, etiam hoc conferre debet.

⁴⁴ L. 4. § 23. D. h. t.

⁴⁵ Z. B. insula in flumine nata, alluvio etc., auch Früchte. Dieß folgt von selbst daraus, daß zur Todeszeit vorhandene Vermögen als zur väterlichen Erbschaft gehörend behandelt werden soll. Vgl. oben Note 6. L. 5. § 4. D. de dot. collat. und unten Note 182. Dagegen kommt wie die accessio so auch die decessio in Betracht, sofern sie sine dolo et culpa des Collationspflichtigen eintritt. L. 3. § 2. D. h. t. cf. L. 20. § 3. D. de hered. pet. 5. 3. L. 178. § 4. D. de V. S.

⁴⁶ L. 15. Cod. h. t. Man bemerke jedoch L. 2. pr. D. h. t. . . . nepotem postumum . . . bona sua conferre, licet non potest dici, mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat; und L. 1. § 17. ibid. Qui ab hostibus captus post mortem patris rediit, licet moriente patre nihil habuit, quum apud hostes fuerit, tamen . . . conferet scilicet ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset.

⁴⁷ L. 1. § 21. D. h. t.

⁴⁸ L. 2. § 4. D. h. t.

ein Vermögensobject angesehen, sondern nur als Mittel, für persönliche Kränkung Genugthuung zu erlangen⁴⁹; sie steht deshalb auch dem *suus heres* wegen der schon vor des Vaters Tode erlittenen Ehrenverletzung selbständig und ausschließlich zu⁵⁰, und consequent ist sie denn auch nicht zu conferiren. b) dasjenige, was dem Emancipirten *dignitatis nomine*, d. i. zur Bestreitung des mit Bekleidung einer öffentlichen Würde verbundenen Aufwandes gegeben worden; denn dieses sollte auch dem *suus heres* vorbehalten, ja selbst das noch bloß (vom Vater) Versprochene aus der Erbschaft geleistet werden⁵¹. c) die *dos*, welche dem Emancipirten als Ehemann bestellt worden. Denn auch der *filiusfamilias* behält die für seine Ehe bestellte *Dos* ausschließlich, wie das *onus matrimonii* auf ihn allein übergeht⁵². d) die *bona castrensia*, oder dasjenige Vermögen, welches für den *suus heres* ein *castrense peculium* gebildet haben würde, und als solches auch diesem nach des Vaters Tode ausschließlich zu eigen bleiben würde, wie er schon bei Lebzeiten des Vaters in Ansehung desselben als *paterfamilias* gilt⁵³. Diesem *castrense peculium* aber ist auch das *quasi castrense* gleichzustellen, und dieses wird auch in den Digesten schon rücksichtlich unserer Frage ausgesprochen⁵⁴, sei es nun durch Interpolation, oder weil schon zu Ulpian's Zeit ein *quasi castrense peculium* als Analogon des *castrense* unterschieden worden⁵⁵.

Nach demselben Princip mußte nun aber die Collationsverbindlichkeit rücksichtlich ihres Gegenstandes noch bedeutendere Einschränkung erfahren, seitdem den Kindern in der väterlichen Gewalt zuerst an gewissen Arten von Vermögenserwerb, durch Justinian endlich an allem nicht vom Vater herrührenden Erwerbe das Eigenthum vorbehalten und nur Verwaltung und Nießbrauch desselben dem Vater kraft der väterlichen Gewalt belassen

⁴⁹ *Magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem.* Cf. L. 28. D. de iniuriis. 47. 10.

⁵⁰ L. 17. §. 22. D. de iniuriis.

⁵¹ L. 1. §. 16. D. h. t.

⁵² L. 3. §. 4. D. h. t. *Quare, sicut is qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque, quasi praecipiat, retinere debet.* Cf. L. 1. §. 20. *ibid.* — Ein anderer Grund ist es, warum der Emancipirte die seiner Tochter bestellte *dos* nicht zu conferiren braucht: *quia in bonis eius non est.* L. 1. §. 9. D. de dot. collat. L. 4. D. h. t. — Eine Frage, welche eigentlich gar nicht die Collation betrifft, sondern die Rückstattung der *dos* nach Auflösung der Ehe, wird in L. 6. D. h. t. behandelt.

⁵³ L. 1. §. 15. 22. D. h. t. L. 52. §. 8. D. pro socio. L. 54. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 4. pr. D. de castrensi peculio. 49. 17. Vgl. Pauli sent. V. 9. §. 4.: *Excepto peculio castrensi. Fragm. de iure fisci, §. 40.: Excepto castrensi peculio bona sua conferre debent.* In diesen beiden Stellen wird also *quod in castris fuerit acquisitum* oder die *castrensis pecunia* (L. 54. cit.) auch bei Emancipirten geradezu *peculium* genannt. Vgl. auch L. 1. §. 15. cit.

⁵⁴ L. 1. §. 15. D. cit.

⁵⁵ Vgl. Zimmern, Rechtsgeschichte, Bd. 1. §. 188.

worden⁵⁶. Alle sogenannten bona adventitia des Emancipirten müssen nach diesen Justinianischen Bestimmungen von der Collation ausgenommen sein, weil dieselben auch den sui heredes verbleiben. Dieses wird auch klar genug von Justinian selbst angedeutet in einer Constitution, welche zwar zunächst nur das Verhältniß mehrerer in der Gewalt gebliebener Kinder zu einander im Auge zu haben scheint, gleichwohl aber vollkommen bestätigt, was die Consequenz des Rechtes erheischt⁵⁷. Der vom Vater herrührende Erwerb der Kinder aber, die sogenannten bona profectitia, bleibt immer noch als Gegenstand der Collation übrig, sofern er nicht unter eine andere Ausnahme fällt (num. b. d.). Auch dieses wird ganz bestimmt ausgesprochen durch den Schlußsatz der unter Nr. III. näher zu besprechenden L. 17. Cod. h. t. vom J. 467, welcher höchstwahrscheinlich von den Justinianischen Compilatoren interpolirt worden ist, und unter dieser Voraussetzung gerade um so schlagender beweist, daß im Justinianischen Rechte noch eine besondere Collationspflicht der Emancipirten in der angegebenen Beziehung anerkannt sei⁵⁸. Zwar läßt sich ein Bedenken dagegen erheben, weil nach neuerem Rechte den in der Gewalt befindlichen Kindern die ihnen vom Vater gegebenen bis zum Tode nicht widerrufenen Geschenke als Voraus zugesprochen seien⁵⁹, also auch in Ansehung der profectitia bona der Grund der Collation weggefallen sei. Allein dieser Satz selbst, so entschieden er in älteren Rescripten ausgesprochen worden⁶⁰, ist im Justinianischen Coder bei weitem nicht so unzweifelhaft anerkannt, als eben diejenige Rechts-

⁵⁶ Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis. 6. 60. und de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur. 6. 61.

⁵⁷ L. 21. Cod. de collat. . . Res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci iuris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res, quae minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.

⁵⁸ L. 17. Cod. h. t. Emancipatus videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum ea quae in ipsa emancipatione a parentibus suis, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisierint, collaturis. Zu Leo's Zeit war die Beschränkung auf den vom Vater herrührenden Erwerb noch nicht passend. Cf. L. 4. 5. Cod. de bonis quae liberis. 6. 61. — Franke, S. 223, versteht unter den praecedentes leges diejenigen, welche den Erwerb des Vaters durch den filiusfamilias beschränkt haben. Dann müßten auch diese Worte interpolirt sein. Näher aber liegt es nach dem späteren Sprachgebrauche die Worte leges praecedentes auf das bisherige Recht überhaupt zu beziehen, und man braucht dann nur die Worte ab eisdem parentibus für interpolirt zu halten. Es wäre doch auch sehr seltsam, wenn die Compilatoren im Context einer Leonischen Constitution weit spätere Constitutionen, die im ersten Coder noch gar nicht standen und im codex repetitae praelectionis in einem späteren Titel 6. 61. vorkommen, leges praecedentes genannt hätten.

⁵⁹ Den Beweis für die Anerkennung dieses Satzes im Justinianischen Rechte findet man in L. 18. Cod. fam. ercisc. 3. 36. L. 2. Cod. de inoff. donat. 3. 29. L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16.

⁶⁰ Vat. fragm. S. 274. 277. 278. 281. (theils von Diocletian und Constantius, theils von Constantinus.). L. 2. Greg. Cod. fam. ercisc. (von Valerian und Gallienus.) Vgl. auch Pauli sent. V. 11. §. 3. Anders noch Papinian in Vat. fragm. §. 294. 296. und Sev. et Antonin. in §. 295. ibid.

vorschrift, welche dadurch zweifelhaft gemacht werden soll⁶¹; vielmehr findet sich gerade in dem Titel über Collation eine Constitution, welche nach der einfachsten Erklärung jenem Satze durchaus widerspricht⁶². Wenn er nun auch für richtig gehalten wird, so muß doch neben demselben der klar ausgesprochene andere Satz noch gelten, daß Emancipirte die vom Vater empfangenen Gaben conferiren müssen⁶³. Und dieser läßt sich auch dann noch wohl rechtfertigen. Die Schenkung des Vaters an das Kind ist ein juristisch ganz ungiltiger Act⁶⁴; der Vater kann über das Geschenke noch eben so, wie vorher, als über sein Eigenthum vollkommen frei verfügen; er bedarf nicht eines ausdrücklich erklärten Widerrufes, um dasselbe zurückzunehmen. Wenn er nun ungeachtet dieses ihm bis zum Tode gebliebenen freien Verfügungsrechtes nichts vornimmt, woraus der Wille, die Schenkung zurückzunehmen, sich erkennen ließe, so darf man dieses wohl als ein Zeichen betrachten, daß er dem beschenkten Kinde das Geschenk als praecipuum aus der Erbschaft zugedacht habe. Anders verhält es sich, wenn der Vater dem emancipirten Kinde geschenkt hat. Diesem ist das Geschenke sofort vollkommen gültig erworben und kann ihm nicht willkürlich wieder entzogen werden⁶⁵. Es kann also aus der Unterlassung des ihm nicht zustehenden Widerrufes kein Schluß auf seine letzte Willensmeinung abgeleitet werden. Er könnte zwar erklären, dem Beschenkten solle das Geschenk auf seinen Erbtheil angerechnet

⁶¹ Er wird entschieden verneint von Mayer, Erbrecht, Bb. 1, S. 375—378. Vgl. damit Grande a. a. D. S. 228—241.

⁶² L. 13. Cod. h. t. Si donazione tibi post mortem patris fundum quaesisti, soror tua portionem eius vindicare non potest. Nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum praecipuum habere contra ius postulas (Dioclet. et Maxim.). Unzweifelhaft bezog sich dieses Rescript in seiner ursprünglichen Fassung gar nicht auf unsere Frage, sondern berührte nur den Gegensatz der beiden Fälle, wenn nach oder vor dem Tode des Vaters der sua heres ein Grundstück von irgend einem Dritten geschenkt worden war. Die Compileratoren, bemerkend, daß die Entscheidung des zweiten Falles dem Justinianischen Rechte nicht mehr entspreche, interpolirten die Worte a patre, um dadurch die Beziehung derselben auf bona adventitia auszuschießen. Unzweifelhaft nenne ich dieses, weil sonst die Constitution im Widerspruche steht mit anderen Rescripten desselben Kaisers (Note 60.), weil sonst auch kein reiner Gegensatz zwischen dem ersten (post mortem patris) und dem zweiten Falle (filiaefamilias constitutae) sich herausstellt, und weil schon die Fassung des zweiten Satzes, wie sie uns vorliegt, die Interpolation deutlich verräth (a patre donatus. . . cum sorore patri communi succedens). Ueber verschiedene verunglückte Versuche, dieser Stelle zu helfen, vgl. Grande, S. 235—237. Die obige Vermuthung hat auch Mayer a. a. D., nur weniger entschieden, ausgesprochen: „kann man kaum umhin, bei L. 13. an eine Interpolation zu denken. Um so beweisender ist sie für das Justinianische Recht“ — nämlich für die Ansicht, daß nach diesem die a patre donata nicht ein praecipuum der beschenkten sui heredes sind. Und allerdings muß man den Compileratoren eine große Gedankenlosigkeit Schuld geben, wenn sie bei Anerkennung der entgegengesetzten Ansicht doch hier die Worte a patre eingeschaltet haben sollten.

⁶³ Klar ausgesprochen ist er in L. 17. cit., indirect angedeutet in L. 11. D. h. t. L. 1. Cod. h. t., ja durch die Aufnahme aller die Collation der Emancipirten betreffenden Stellen des Codex und der Pandekten. Vgl. Mayer a. a. D. S. 379.

⁶⁴ L. 11. 17. Cod. de donat. S. 54.

⁶⁵ L. 11. in f. L. 17. cit. Vat. fragm. §. 279.

werden; allein dieß setzt schon eine ausdrücklich mit Beziehung auf den Todesfall getroffene Verfügung voraus, die bei Geschenken an die Hauskinder nicht nothwendig ist. In der That also wäre keine rechtliche Gleichheit zwischen den sui heredes und den emancipirten Kindern, wenn nunmehr die letzten alle vom Erblasser einmal empfangenen Geschenke nicht zu conferiren brauchten, wosern derselbe ihnen diese Last nicht auferlegt hätte, während jenen oft Geschenke gemacht und eben so oft wieder entzogen sein können. Ferner kommt auch dieses in Betracht: dem Hauskinde kann der Vater mancherlei Vermögensobjecte in die Hände geben oder zur Disposition übergeben, er kann ihm ein Peculium einräumen, ohne daß darin eine donatio zu finden wäre. Nicht jede Gabe des Vaters an den Sohn kann man als eine donatio ansehen, welche diesem ein praecipuum gewähre, falls sie nicht zurückgenommen werde; vielmehr gehört dazu ohne Zweifel die Absicht, eine wahre Schenkung vorzunehmen, wenn gleich diese mit vollkommenem juristischem Effect nicht statthaben kann⁶⁶. Dem emancipirten Kinde, bei welchem von einem Peculium keine Rede sein kann, ist aber Alles wahrhaft geschenkt, was ihm der Vater ohne Vorbehalt gegeben hat, und so kann es leicht der Fall sein, daß dem Emancipirten etwas geschenkt worden, was, wenn er noch in potestate wäre, nur als gewöhnliches Peculium zu betrachten und daher ihm nicht als praecipuum zuzusprechen wäre. Auch in dieser Beziehung scheint es denn angemessen, um der vollen rechtlichen Gleichheit willen, daß dem Emancipirten noch die Collation der vom Vater empfangenen Geschenke auferlegt werde, wogegen dann aber auch der Vorbehalt der sui heredes billig nicht geltend gemacht werden darf⁶⁷.

Aber soll die Gleichstellung vollkommen sein, so darf man, wie es scheint, nach dem Rechte des Justinianischen Codex nicht bei der Collation der sogenannten bona profectitia stehen bleiben. Auch in Ansehung der sogenannten bona adventitia haben die Emancipirten immer noch einen bedeutenden Vortheil vor den in der Gewalt gebliebenen Kindern voraus, den Vortheil nämlich, daß sie bereits bei Lebzeiten des Vaters die Nutzung derselben haben, welche an den bona adventitia der sui heredes bis

⁶⁶ Vat. fragm. §. 278: »perfectas donationes«. L. 2. Greg. Cod. cit.: »donandi animo«. Cf. L. 4. §. 2. L. 8. D. de peculio. 15. 1.

⁶⁷ Dieß, glaubt Francke a. a. D., sei die Bedeutung der L. 13. Cod. h. t., und aus diesem Gesichtspunkte sei deren Aufnahme in dem lit. de collat. zu erklären. Aber die ursprüngliche Bedeutung der Constitution war es gewiß nicht; denn diese spricht ja gar nicht von Emancipirten, und ihr Urheber konnte nicht voraussehen, daß sie einmal in einem titulus de collationibus ihren Platz erhalten würde.

zu seinem Tode dem Vater zustand⁶⁸. Consequent wäre es demnach, dem Emancipirten auch noch die Collation des Ususfructus von demjenigen Vermögen aufzulegen, welches, wenn er in der Gewalt des Vaters gestanden, dem Nießbrauche desselben unterworfen gewesen wäre, oder vielmehr, genauer zu reden, die Collation desjenigen Erwerbes, welchen er mittels der ihm als Emancipirten zustehenden selbständigen Nutzung jenes Vermögens gemacht hat, eben daher aber als filiusfamilias nicht gemacht haben würde⁶⁹. Damit stimmt aber sehr wohl überein die Aeußerung Justinian's in L. 21. Cod. h. t., wornach die res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, der Collation nicht unterworfen sein sollen; denn zu diesen Sachen gehört eben das durch die Nutzung der bona adventitia Gewonnene nicht. Eine ausdrückliche Bestätigung aber dieser Consequenz enthalten die Basiliken⁷⁰ und Harmenopolus⁷¹, deren Ausspruch, wenn gleich für uns ohne gesetzlich bindende Kraft, doch als Zeugniß über die spätere Auffassung des Verhältnisses eine große Autorität hat. Ebenso ist denn auch von verschiedenen Rechtsgelehrten älterer und neuester Zeit die Collationsverbindlichkeit der Emancipirten rüchichtlich des Ususfructus der bona adventitia anerkannt worden⁷². Dagegen aber hat man erinnert, es könne davon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil nach L. 11. D. de collat. überall nicht conferirt zu werden brauche, was nach dem Tode des Vaters dem Sohne herauszugeben sei, sollte er dasselbe auch schon früher erhalten haben, weil zudem nach L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae lib. auch von dem

⁶⁸ L. 6. pr. §. 2. Cod. de bonis quae lib. Nur die Hälfte des Nießbrauches an den zur Zeit der Emancipation schon erworbenen bona adventitia kann der Vater auch nach der Emancipation als praemium emancipationis behalten. L. 6. §. 3. l. c.

⁶⁹ Der Betrag ist zu bestimmen mit Rüchicht auf den Zeitpunkt des Todes. Vgl. oben Note 42—47. Brande, S. 241. In den Fällen, welche in Note 39—41. vorkommen, hätte eben so derjenige, in dessen Gewalt der collationspflichtige Erbe sich befindet, zu conferiren, was er durch den ihm kraft der väterlichen Gewalt zustehenden Nießbrauch der bona adventitia gewonnen hat.

⁷⁰ Lib. 41. 7. 36., edit. Fabroti tom. V. p. 516., wo aus L. ult. Cod. h. t. die Folgerung abgeleitet wird: *Σήμερον τολών οὐδὲν ἔτερον συγχεισφέρουσι τοῖς ἰδίοις ἀδελφοῖς οἱ παῖδες οἱ ἀνέξουοιοι, εἰ μὴ μόνον τὰ ἀπὸ πραγμάτων γονικῶν καὶ τὴν χρῆσιν ταῦτα γὰρ ἤμελλον εἰ ἦσαν ὑπεξουοιοι προσπορεύειν.*

⁷¹ Prochiron lib. V. tit. 8. §. 25.

⁷² Vgl. Brande a. a. O., insbesondere S. 217, Note 55. Thibaut, System des Pandektenrechts (8. Aufl.), §. 884. Nr. 2. Andere erkennen die Consequenz dieser Ansicht wohl an, glauben aber mit Zimmern in Schunf's Jahrb. Bd. 6, S. 47. die Consequenz werde hier inconsequent, indem sie auf die höchste Spitze getrieben werde. Mühlenbruch, doctrina pand. edit. IV. §. 720. not. 7. Wenig: Jngenheim, Lehrb. (6. Aufl.) §. 512. Note z. Allein was Zimmern für seine Meinung anführt, ist in der That juristisch sehr unbedeutend. Daß die filiifamilias in ihres Vaters Brod stehen, die emancipati sich selbst ernähren müssen, kommt nicht in Betracht, weil ja die Letzten, was sie verzehrt haben, jedenfalls nicht zu conferiren brauchen (Note 69.), sondern was sie zurückgelegt haben. Die Schwierigkeit der Ausmittelung des Letzten läßt sich gewiß für viele Fälle nicht läugnen; aber sie ist eine nur factische Schwierigkeit, die in manchen anderen Fällen oft in nicht geringerem Grade vorkommt. Auch wird sie in sehr vielen Fällen gar nicht so groß sein.

suus die Früchte der Adventitien lucrirt werden, wenn der Hausvater sie ihm überlasse⁷³. Allein diese Gegengründe scheinen nicht zutreffend. In L. 11. cit. will Paulus nur eine falsche Anwendung des Grundsatzes abwenden, daß der Emancipirte alles vor dem Tode des Vaters erworbene Vermögen conferiren müsse. Ist nämlich darunter Etwas, was ihm nach dem Tode des Vaters gegeben werden mußte, was ihm aber freiwillig schon früher gegeben worden, so soll er dieses nicht zu conferiren schuldig sein; denn er besitzt es jetzt nicht mehr wegen der Schenkung, die darin lag, daß es ihm früher gegeben wurde, sondern wegen des Rechtsanspruches, der erst in die Zeit nach dem Tode fällt. Paulus scheint dabei einen Fall der Art im Auge gehabt zu haben, wie er in L. 1. §. 19. D. h. t. vorkommt; denn nur in einem solchen anomalen Falle konnte nach classischem Rechte von einem Ansprüche der Hauskinder auf Herausgabe eines Vermögensobjectes nach dem Tode des Vaters die Rede sein. Es geht aber hieraus von selbst hervor, daß L. 11. eben nur auf dasjenige sich bezieht, was nach dem Tode des Vaters herausgegeben werden mußte, nicht auch auf dasjenige, was vermittelt dessen sonst irgend schon vor dem Tode des Vaters erworben worden ist, wofern nicht nach der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses, wie bei einem Fideicommiß der Fall sein kann, auch dieses mit in jenem begriffen sein soll. Auch L. 6. §. 2. Cod. cit. kann eine Einwendung gegen unsere oben aufgestellte Ansicht nicht begründen. Allerdings sagt das Gesetz: wenn der Vater die sogen. bona adventitia dem Kinde zum Genuß überlassen habe, so sollen nachher andere Erben kein Recht haben, eundem usumfructum vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit, utpote patri debitum sibi vindicare, sed quasi diuturna donatione in filium celebranda . . . ita causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur. Aber darin ist ja offenbar vorausgesetzt, daß der Vater freiwillig und ohne Widerruf bis zum Tode (quasi diuturna donatione) dem Kinde den eigenen Genuß seines Erwerbtes verstattet habe. Dem kann unmöglich der Fall gleichgestellt werden, wenn der Emancipirte eigenes Vermögen erworben hat, dessen Nutzung ihm der Vater gar nicht entziehen kann. Nur wenn dieser auf irgend eine Weise an den Tag legte, daß er den freien Gebrauch auch dann dem Sohne gestatten würde, wenn er ihm denselben zu entziehen das Recht hätte, könnte man eine Parallele mit jenem Fall gelten lassen.

⁷³ Mayer, Erbrecht, Bb. 1. §. 126. Note 11. S. 380. Pfizer §. 151.

Nach allem diesem müssen wir also die Behauptung festhalten, daß nach dem Justinianischen Codex noch eine eigenthümliche Collationspflicht der Emancipirten im Verhältniß zu den mit ihnen concurrirenden sui heredes bestand, welche sich auf allen Erwerb erstreckte, der, wenn sie filii familias geblieben wären, Vermögen des Vaters sein würde, d. i. auf die sogenannten bona profectitia und auf den Gewinn aus der eigenen Nutzung der sogen. bona adventitia, welche dem Nießbrauche des Vaters unterworfen gewesen wären. In demselben Umfange ist nach dem Rechte des Codex die Collationsverbindlichkeit auch in dem Falle zu behaupten, wenn Söhne mit Erhaltung ihrer Agnations- und Suitätsrechte emancipirt worden sind, also nicht bloß durch bonorum possessio, sondern auch als sui heredes ab intestato mit anderen in der Gewalt des Vaters zurückgebliebenen Kindern concurriren, wie denn in diesem Falle auch der Grund der Collationsverbindlichkeit der Emancipirten mit gleicher Stärke eintrat⁷⁴. Uebrigens sind die früher aufgestellten Grundsätze noch im Justinianischen Rechte anzuerkennen, so weit nicht durch die Beschränkung des Umfangs der Collation und die veränderte Stellung der Kinder in der väterlichen Gewalt Modificationen darin von selbst bewirkt worden sind.

Nun aber ist noch die Frage, ob dieselben Grundsätze auch nach dem Justinianischen Novellenrechte noch bestehen geblieben seien?

In Nov. 18. cap. 6. a. E. hat Justinian noch ausdrücklich ausgesprochen, daß alles von ihm früher über die Collation Verordnete fernerhin bei Kräften bleiben solle⁷⁵. Aber durch Nov. 115. und Nov. 118. hat man behauptet, sei die eigenthümliche Collation der Emancipirten gänzlich weggefallen. Der Hauptgrund dafür ist dieser, daß nach jenen Gesetzen die Emancipirten überall nicht mehr der bonorum possessio bedürfen, um mit den sui heredes zur Erbfolge zu gelangen, nur bei der bonorum possessio aber denselben die Collation zur Pflicht gemacht worden sei⁷⁶. Dieser Grund jedoch ist durchaus ungenügend. Nicht die prätorische Natur der Erbfolge, welche den Emancipirten gewährt wurde, kam als wesentliches Moment in den Motiven der Bestimmungen über Collationspflicht in Betracht. Nur der Umstand, daß ihnen überhaupt eine Erbfolge eingeräumt wurde, wodurch sie im Resultate den sui heredes gleichgestellt werden sollten und gleichgestellt wurden, in Ver-

⁷⁴ L. 18. Cod. h. t. L. 11. Cod. de legitimis hered. 6. 58.

⁷⁵ Omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus.

⁷⁶ Bening-Engenheilm a. a. D. Note aa. Gösschen, Vorlesungen, Bd. 3. 2. S. 469. Pfiffer a. a. D. §. 46., der jedoch schon im Rechte des Codex eine eigenthümliche Collation der Emancipirten nicht mehr anerkennt (§. 42.), weil sich kein Object mehr dafür finde.

bindung mit der unter ihnen und diesen bestehenden Rechtsungleichheit rücksichtlich des Erwerbes, enthielt den Grund jener Bestimmungen. Hätte der Prätor ein civiles Erbrecht verleihen können, oder wäre durch eine Lex ein gleiches Erbrecht der Emancipirten eingeführt worden, so hätte nicht minder in demselben Maße, wie jetzt, die Collationspflicht eingeführt werden müssen, um wahre Gleichstellung zu erwirken. Wie sehr diese in der Natur der Verhältnisse begründete Ansicht auch in der römischen Jurisprudenz anerkannt war, geht auf das Unzweideutigste daraus hervor, daß nicht nur auf Seiten der sui heredes schon von den classischen Juristen kein Gewicht darauf gelegt wurde, ob sie vermittelt der auch ihnen zustehenden bonorum possessio oder bloß vermöge ihres Civilerbrechtes mit Emancipirten in Concurrrenz traten⁷⁷, sondern daß auch, als zuerst der Fall eintrat, daß Emancipirte doch noch als sui civiliter erben konnten, sofort zugleich die Collationspflicht derselben auch für diesen Fall anerkannt wurde⁷⁸. Nach dem Rechte des Codex kam in der That auch sehr wenig darauf an, ob man als bonorum possessor oder civiliter erbt, und es wäre wahrlich eine unbegreifliche Inconsequenz gewesen, an diesen Unterschied eine so wichtige Folge anzuknüpfen. Wenn nun Nov. 118. durch die allgemeine auf alle Descendenten sich beziehende Bestimmungen in cap. 1. das Erbrecht der Emancipirten überall in ein civilrechtliches verwandelte, so läßt sich daraus allein gewiß nicht abnehmen, daß sie in Rücksicht der Collationspflicht, welche sie gar nicht berührt, eine Aenderung beabsichtigt, und so diejenigen, welche nach ältestem Rechte allein als Descendenten erbten, in ihren bisher anerkannten Rechten stillschweigend habe schmälern wollen. Aber man beruft sich auch noch darauf, daß Nov. 118. in cap. 1. a. C. und in cap. 4. sehr bestimmt und energisch ausgesprochen habe, es solle zwischen den Descendenten gar kein Unterschied mehr sein, ob sie in der väterlichen Gewalt des Verstorbenen sich befunden haben oder nicht, ob sie im Mannsstamm oder durch Abstammung von Weibern mit dem Erblasser verwandt seien: ein solcher Unterschied wäre aber noch vorhanden, wenn die Emancipirten den sui heredes noch in dem Maße zu conferiren hätten, wie es nach dem Rechte des Codex der Fall war; denn bei den Enkeln von Töchtern könne doch von dieser Collationspflicht auf keinen Fall die Rede sein⁷⁹. Wir können uns aber von der Triftigkeit auch dieser Argumentation nicht überzeugen. Die Novelle bestimmt

⁷⁷ L. 10. D. h. t. § 1. L. 1. pr. D. de dot. collat.

⁷⁸ L. 11. Cod. de legit. hered.

⁷⁹ Göschen und Pfizer a. a. D.

nur im Allgemeinen die Ordnung der Erbfolge und die Erbtheile unter concurrirenden Erben, und in dieser Beziehung wird kein Unterschied unter den Descendenten von uns behauptet. Die Collation beruht auf einem besonderen Verhältnisse der Emancipirten zu den sui heredes, das in der Novelle gar nicht berührt wird. Sie ist weder Bedingung der Erbfolge, noch bewirkt sie eine Modification in der Bestimmung der Erbtheile⁸⁰; vielmehr wird die letzte vorausgesetzt, damit man bestimmen könne, in welchem Maße conferirt werden müsse. Der wesentliche Grund derselben besteht auch nach der Novelle noch eben so gut wie vorher. Auch konnte schon lange vor der Nov. 118. der Fall vorkommen, daß nicht collationspflichtige Nachkommen weiblicher Abstammung zugleich mit Emancipirten und sui heredes des Verstorbenen in dessen Beerbung concurrirten⁸¹, ohne daß deßwegen in der Collationsverbindlichkeit, welche den Emancipirten gegen die sui heredes oblag, irgend etwas geändert worden wäre⁸². Hier also, wenn irgendwo, ist der Satz anwendbar, daß ein späteres allgemeines Gesetz nicht von selbst auch die besonderen Bestimmungen des älteren Rechtes beseitige. Ohnehin ist in der That die einzige Neuerung, welche die Nov. 118. in Rücksicht der Descendentenerbfolge bewirkt hat, nur diese, daß nun das Intestaterbrecht der Emancipirten ein civilrechtliches geworden ist; daß aber dieser Umstand ihrer Collationspflicht sie nicht entledige, ist schon oben gezeigt worden.

So sprechen also entscheidende Gründe für die Ansicht, daß auch nach dem neuesten Justinianischen Rechte noch eine eigenthümliche Collation der Emancipirten anzunehmen sei, wie sie auch im späteren griechischen Rechte noch unterschieden wird⁸³. Die Praxis ist allerdings von jeher der Annahme einer noch fortdauernden besonderen collatio emancipatorum abgeneigt gewesen, obwohl sich einzelne Stimmen dafür erhoben⁸⁴. Und sie wird sich vielleicht kaum noch erschüttern lassen, da sie in der herrschenden Ansicht, welche keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Classen von Descendenten macht, eine Stütze findet, und auch jetzt noch manche Rechtsgelehrte dieselbe als wohlbegründet anerkennen.

⁸⁰ Vgl. oben Note 9—13. 20.

⁸¹ L. 4. 5. Th. Cod. de legit. hereditat. 5. 1. L. 9—12. Cod. de suis et legitimis. 6. 55. §. 15. J. de hered. quae ab int. 3. 1. Nov. 18. cap. 4.

⁸² Vgl. Mayer a. a. D. S. 368. Franke a. a. D. S. 224—228.

⁸³ Vgl. Note 70. 71. Uebereinstimmend sind Franke und Thibaut a. a. DD., ferner Mühlbruch, Zimmern, Mayer a. a. D.; nur geben die letzten dieser Collation einen beschränkteren Umfang. Vgl. Note 72. 73.

⁸⁴ Vgl. Franke S. 217. Note 55.; S. 226. Note 60.

Wir betrachten nunmehr

II) die *collatio dotis*, welche neben jener Collation der Emancipirten auch im classischen Rechte schon vorkommt. Die Vermögensobjecte, welche die *dos* bilden, sind zwar nach richtiger Ansicht vollkommen im Vermögen des Mannes. Allein die *dos* ist doch insofern in *bonis mulieris*, als die Frau nach Auflösung der Ehe die Rückgabe derselben zu erwarten hat⁸⁵. Aus diesem Grunde mußte die *emancipata* auch die ihr bestellte *dos*, deren Rückfall sie dereinst zu erwarten hatte, als ein ihr zugehörendes Vermögen conferiren⁸⁶. Aber desselben Vortheiles genoß auch die in der Gewalt des Vaters gebliebene Tochter. War bis zum Tode des Vaters die für sie bestellte *dos* noch nicht wirklich zurückgegeben worden, und zwar mit Einwilligung der Tochter, so hatte diese allein und ausschließlich das Recht der Rückforderung; der Anspruch darauf gehörte nicht zur Erbschaft, selbst wenn die Ehe schon zur Zeit des Todes des Vaters aufgelöst war, geschweige, wenn dieß nicht der Fall und somit die Rückgabe der *dos* zur Zeit noch nicht zu erwirken war⁸⁷. Daher wurde die *dos ipsius filiae proprium patrimonium* genannt⁸⁸, und als Emancipirter brauchte der Vater auch die von ihm selbst der Tochter bestellte *dos* nicht zu conferiren, weil sie durchaus nicht in *bonis eius* war⁸⁹. Diesemnach hatte nun die *dotirte filiafamilias* vor anderen *sui heredes* einen besonderen rechtlichen Vortheil voraus, ähnlich demjenigen, welcher den Emancipirten durch die ihnen zustehende Erwerbfähigkeit gewährt war. Auch diese Ungleichheit aber suchte das prätorische Edict zu beseitigen, und forderte daher die Collation der *dos* zu Gunsten der concurrirenden *sui heredes*; und darin bestand die eigenthümliche *collatio dotis* des älteren Rechtes. Sie fand, wie die Collation der Emancipirten, nach dem Edicte nur statt bei der *bonorum possessio contra tabulas* und *intestati unde liberi*, nicht bei der testamentarischen Erbfolge⁹⁰; sie wurde jedoch nach einem Rescripte von D. Antoninus auch dann der *sua heres* auferlegt, wenn sie ohne Agnition der *bonorum possessio* bloß civilrechtlich ab *intestato* succedirte⁹¹, und nicht etwa vom *ius abstinendi* Gebrauch machte⁹²;

⁸⁵ L. 75. D. de iure dot. 23. 3. L. 4. D. de collat.

⁸⁶ L. 1. §. 2. L. 2. D. de dot. collat.

⁸⁷ L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 31. §. 2. D. soluto matr. 24. 3. L. un. §. 11. 12. 14. Cod. de rei ux. act. 5. 13. Cf. L. 5. Cod. de collat.

⁸⁸ L. 3. §. 5. D. de minor. 4. 4.

⁸⁹ L. 1. §. 9. D. h. t. L. 4. D. de collat. bon. Vgl. oben Note 52.

⁹⁰ L. 7. Cod. h. t. Cf. L. 16. *ibid.*

⁹¹ L. 1. pr. D. h. t. Cf. L. 4. Cod. h. t.: Si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant. L. 5. Cod. *ibid.*

⁹² L. 9. D. h. t.

und man darf unbedenklich annehmen, daß ebenso andererseits auch der Anspruch auf die *collatio dotis* nicht durch die Benutzung der *bonorum possessio* bedingt war⁹³. Auch in anderen Beziehungen galt bei der *dotis collatio* Gleiches wie bei der Collation der Emancipirten; namentlich in Betreff der Frage, wem und in welchem Verhältnisse zu conferiren sei⁹⁴, und wie der Anspruch auf Collation geltend zu machen sei⁹⁵? Gegenstand der Collation aber war hier das Capital der *dos*, mit Abzug der *impensae necessariae*, als welche *ipso iure dotem minuunt*⁹⁶; nach Trennung der Ehe dagegen mit Zurechnung der Früchte⁹⁷, aber auch mit Beschränkung auf dasjenige, was die Frau wirklich erlangen kann (*quantum facere maritus potest*)⁹⁸. Die Erfüllung der Verpflichtung konnte und mußte nach Umständen auch hier durch Caution gesichert werden⁹⁹, oder es konnte sofort *re conferirt* werden¹⁰⁰, zu welchem Zwecke jedoch die Collationspflichtige keineswegs während noch bestehender Ehe die Restitution der *dos* vom Manne zu fordern berechtigt war¹⁰¹. War die *dos* von dem gemeinschaftlichen Erblasser selbst erst promittirt worden, so war die einfachste Weise der Collation diese, daß die Dotirte ihre Miterben *pro rata parte* liberirte und allein die Verbindlichkeit aus dem Dotalversprechen übernahm¹⁰².

Aber nur wenn die Rückgabe der *dos* nicht ausdrücklich und gültiger Weise einem Anderen als der Frau vorbehalten worden, konnte diese Collationspflicht statt haben; denn nur dann trat der Grund derselben ein¹⁰³. Uebrigens mußte nach classischem Rechte sowohl die *dos adventitia* als die *dos profectitia* den *sui heredes* conferirt werden, da durch die eine sowohl wie durch die andere die dotirte *sua heres* einen eigenthümlichen Vortheil voraus hatte, den die concurrirenden *sui heredes* nicht haben konnten¹⁰⁴. In der Folgezeit mußte aber die Verpflichtung zur Collation der *dos adventitia* consequenter Weise in demselben Maße beschränkt werden, in welchem die *bona adventitia* der *filiaefamilias* überhaupt dem Rechte des Vaters entzogen wurden; sie mußte nach

⁹³ Arg. L. 10. D. de collat.

⁹⁴ L. 1. §. 2—4. D. h. t. vgl. mit Note 8—11. oben; L. 3. 5. pr. 7. D. h. t. vgl. mit Note 12. 13. 19. oben. L. 14. Cod. h. t. vgl. mit Note 36. 37.

⁹⁵ L. 8. 42. 44. 46. Cod. h. t. vgl. mit Note 25—35. oben.

⁹⁶ L. 1. §. 5. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 5. 8. D. de impensis. 21. 1.

⁹⁷ L. 5. §. 1. D. h. t.

⁹⁸ L. 1. §. 6. D. h. t.

⁹⁹ L. 1. §. 7. D. h. t.

¹⁰⁰ Vgl. oben Note 21—24.

¹⁰¹ L. 5. Cod. h. t.

¹⁰² L. 1. §. 8. D. L. 2. Cod. h. t.

¹⁰³ L. 1. §. 1. D. h. t. Cf. L. 2. *ibid.*: «*quae ad eam pertinere poterit*».

¹⁰⁴ L. 4. Cod. h. t. L. 1. §. 7. D. h. t.: «*pater vel extraneus*».

derselben Consequenz im Justinianischen Rechte endlich ganz wegfallen. Dieß leuchtet von selbst ein, wenn man bedenkt, daß auch die aus dem eigenen Vermögen der Frau, also auch die etwa aus den bonis adventitiis der Tochter bestellte dos adventitia ist¹⁰⁵; daß ferner die Bestellung einer dos von Seiten eines Dritten für die Tochter eine Zuwendung enthält, die nicht ex re patris venit, daß also das derselben erworbene Dotalrecht in ihren bonis adventitiis ist, also auch, wie diese überhaupt, nicht mehr der Collation unterworfen sein kann¹⁰⁶.

Was aber die dos profectitia betrifft, so wurde nach L. 4. Cod. h. t. zu Gordian's Zeit, also bald nach der Lebenszeit der berühmtesten classischen Juristen, post varias prudentium opiniones angenommen, daß dieselbe, und nur sie, auch den emancipirten Miterben conferirt werden müsse. Wir finden sonst im älteren Rechte keine sichere Spur davon, daß auch diesen ein solcher Anspruch beigelegt worden sei; vielmehr werden wohl ausdrücklich nur diejenigen Geschwister, welche in potestate geblieben, als die Collationsberechtigten bezeichnet¹⁰⁷. Gleichwohl scheint nach dem Ausdrucke der L. 4. cit. weniger zweifelhaft gewesen zu sein, ob die profectitia dos, als vielmehr nur dieses, ob nicht auch die adventitia dos den Emancipirten zu conferiren sei¹⁰⁸. Die Streitigkeiten über diesen Punkt sind auch sehr erklärlich. Denn einerseits hatte das Edict wahrscheinlich nur den sui heredes das Recht auf Collation ausdrücklich beigelegt; andererseits aber schien es der

¹⁰⁵ Dieß ist freilich nicht unbefritten, vgl. Tigerström, Dotalrecht, Bd. 1. S. 43 ff., aber doch nicht sehr zweifelhaft. Ulpian. VI. 3.

¹⁰⁶ Bemerkenswerth ist hier der Satz in L. 4. Cod. h. t. Nec dubium est profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. Es fällt auf, die unterstrichenen Worte in diesem Zusammenhange in einem Rescript von Gordian (240) zu finden. Eine dos adventitia a patre data vel constituta gehört zwar nicht zu den Unmöglichkeiten — L. 5. §. 6. 11. D. de iure dot. 23. 3. — und es konnte daher auch von Collation derselben die Rede sein, und zwar nicht nur von Seiten der emancipata (im Fall des §. 11. cit.), sondern auch von Seiten der sua heres (im Fall des §. 6. cit.). Aber es mußte ja nach damaligem Rechte den sui heredes entschieden jede dos adventitia wie profectitia conferirt werden; es bleibt daher immer auffallend, daß hier speciell eine dos adventitia a patre data nicht profectitia ist, und, wo dieß der Fall ist, die Eigenschaft des Vaters, weil er nicht ut parens dotem dedit, nicht in Betracht kommt. Man möchte daher auch hier eine freilich nicht geschickte Interpolation vermuthen, in welcher sich die Ansicht ausdrücken sollte, daß nach Justinianischem Rechte eine nicht vom Vater herrührende dos überall nicht mehr conferirt werde. Uebrigens braucht man sich über die Aufnahme der L. 4. cit. nicht sehr zu verwundern, da nach dem Rechte des ersten Codex die Collation der dos adventitia noch stattfinden konnte. Vgl. Note 113.

¹⁰⁷ In L. 3. Cod. h. t. (von Alexander), wo sogar von einer dos profectitia offenbar die Rede ist, heißt es am Ende: Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet. Vgl. L. 12. Cod. ibid. (Dioclet. ex Maxim.). L. 3. §. pr. D. h. t. — L. 5. §. 1. und L. 7. vgl. mit L. 6. D. ibid. könnten wohl auf eine Collation der dos zu Gunsten der emancipirten Brüder gedeutet werden, aber doch nicht mit Sicherheit.

¹⁰⁸ His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

beabsichtigten Gleichstellung aller Kinder zuwider, wenn die *sua heres* ihre *dos* dem emancipirten Miterben gegenüber ausschließlich für sich behalten könnte, während dieser all sein Vermögen, und die *filia emancipata* namentlich auch ihre *dos*, jener Miterbin conferiren mußte. Es war daher auch die in L. 4. cit. bestätigte Mittelmeinung, welche zwischen *dos profectitia* und *adventitia* unterschied, keineswegs die consequenteste und der Sache selbst angemessene, so lange noch von den Emancipirten aller Erwerb conferirt werden mußte. Allerdings aber konnte man bei der *dos profectitia* die Unbilligkeit besonders auffallend finden, weil durch diese nicht bloß der *sua heres* ein besonderer Vortheil gewährt, sondern auch das väterliche Vermögen um den Betrag derselben zum besonderen Vortheil jener geschmälert war. Insofern aber L. 4. cit. auch auf die emancipirte Tochter zu beziehen ist, also auch diese verpflichtet sein soll, ihre *dos profectitia* den emancipirten Brüdern zu conferiren, kann nur aus dem letzten Gesichtspunkte die Entscheidung erklärt werden, aus demselben Gesichtspunkte, welcher im neueren Rechte zu einer Erweiterung und völligen Umgestaltung dieses ganzen Institutes geführt hat.

III) Kaiser Leo war es, welcher zuerst eine solche Erweiterung einführte, durch L. 17. Cod. h. t., a. p. Chr. 467¹⁰⁹. Er verordnete, unter ausdrücklicher Bestätigung der besonderen Collationsverbindlichkeit der Emancipirten¹¹⁰, Folgendes:

Wenn Descendenten, welcher Art sie sein mögen, gemeinschaftlich irgend einen Ascendenten ab intestato beerben (*quocunque iure intestatae successionis, id est, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querela mota rescisso, natürlich eben so auch rupto, irrito facto, destituto testamento*), so soll die für einen Miterben oder eine Miterbin von dem Erblasser aus seinem Vermögen bestellte oder hergegebene *dos* oder *donatio ante nuptias* den übrigen Miterben conferirt werden¹¹¹. Das Neue dieser Verordnung besteht darin, daß nun auch bei Beerbung der Mutter und mütterlicher Ascendenten eine Collation vorkommen kann, wo früher keine Rede davon war; daß ferner nun auch *sui heredes* und *emancipati* einander unbedingt die vom Erblasser herrührende *dos* oder *donatio ante nuptias* zu conferiren haben, und

¹⁰⁹ Die L. 17. cit. ist ein Bruchstück einer größeren Constitution, wie hervorgeht aus den Worten: *hoc etiam aequitatis studio praesentis legi credidimus inserendum.*

¹¹⁰ Vgl. oben Note 58.

¹¹¹ *Ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, pronepote vel pronepte.*

daß beide auch anderen Descendenten, die nicht einmal nach prätorischem Rechte ex edicto unde liberi erben, conferiren müssen, so weit sie mit ihnen in Concurrenz treten können¹¹². Daneben freilich blieb bei Beerbung des Vaters oder väterlichen Großvaters u. s. w. die besondere dotis collatio sowohl der emancipata als der sua heres, gegenüber anderen sui heredes, zunächst noch bestehen, indem diese auch die dos adventitia jeder Art umfaßte, während L. 17. cit. nur die vom Erblasser herrührende dos betraf, die also in diesem Beerbungsfalle profectitia war. Da aber im Justinianischen Rechte nach der Ausführung unter Nr. II. die Collation der dos adventitia in jenem Falle aus anderen Gründen gänzlich weggefallen ist, so ist nun die alte dotis collatio überhaupt in diesem neuen Institute der L. 17. cit. aufgegangen.

Ueber dieses hat Justinian noch zwei Constitutionen erlassen, die im Coder Aufnahme gefunden haben. Durch die eine, L. 19. Cod. h. t., entscheidet er, daß Enkel, welche in locum parentis succedentes erben, auch die für diesen ihren parens vom Erblasser bestellte dos zu conferiren haben, nach Verhältniß ihres Erbtheiles. Die andere, L. 20. Cod. ibid., entscheidet zuerst, daß Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werde, auch conferirt werden müsse. Natürlich kann dieses nicht auf Vermächtnisse ausgedehnt werden, obwohl diese in den Pflichttheil allerdings einzurechnen sind; denn durch sie soll ja absichtlich ein Kind vor dem anderen bevorzugt werden. Es gehört dann außer dos und donatio propter nupter nur noch dahin die zur Anrechnung auf den Pflichttheil gegebene Schenkung, und der Vortheil aus einem vom Erblasser verschafften käuflichen Dienste (militia); und des letzten wird denn auch im pr. der const. ausdrücklich gedacht¹¹³.

¹¹² Was freilich nach damaligem Rechte nur noch in beschränktem Maße vorkam. Vgl. oben Note 81. — Eine andere Neuerung hat man noch darin gefunden, daß auch inofficiosi querela rescisso testamento die Collation stattfinden solle, was früher nicht der Fall gewesen sei. Mayer, Erbrecht, Bd. 1. S. 365, vgl. S. 370. Note 6. Dieß scheint aber ein Irrthum zu sein. Das Gesetz will nur auch den Fall berücksichtigen haben, wenn Descendenten in Folge der Rescission eines pflichtwidrigen Testaments zur Intestaterbfolge gelangen. Dieser Fall konnte auch bei mehreren sui heredes und emancipati vorkommen, und es ist kein Zweifel, daß hier auch schon nach älterem Rechte die Collationsverbindlichkeit eben so eintrat, wie in jedem anderen Falle der Intestaterbfolge. Wenn aber die eherebire Tochter gegen den eingesetzten emancipatus mit der querela inofficiosi durchdringt, soll nach L. 6. 7. D. de dot. collat. so wenig dieser seine bona als jene ihre dos zu conferiren schuldig sein, quum diverso iure sunt heredes, indem nur pro parte das Testament rescindirt wird, also der eine als scriptus heres, nur die andere ab intestato erbt. Dieß aber kann man, wie eben die Aufnahme dieser Stellen beweist, auch nicht durch L. 17. cit. abgeändert halten. Wie vollends die L. 17. auch für die Collation der Emancipirten hierin etwas geändert haben soll, ist gar nicht einzusehen, da die Einleitung des Gesetzes mit dem jene betreffenden Anhängsel am Ende desselben gar nicht in innerem Zusammenhange steht, und dieses sich ausdrücklich auf den tenor praecedentium legum beruft.

¹¹³ Diese Bestimmung wird speciell auf die Collation der Emancipirten bezogen von Mayer, Erbrecht, Bd. 1. S. 365. 379.; aber, wie es scheint, mit Unrecht. Das Hauptargument für diese Erklärung ist mit Rücksicht auf den Eingang des Gesetzes dieses: daß außer für Emancipirte nicht einmal

Wichtiger ist die Verordnung in §. 1 derselben Constitution: Wenn dos oder donatio ante nuptias von einem Descendenten conferirt wird, der nicht außerdem auch noch eine Schenkung erhalten hat, ein anderer Descendent aber weder dotem noch donationem ante nuptias zu conferiren hat, jedoch eine andere Schenkung (simplicem donationem) vom Erblasser empfangen hatte, so soll in diesem Falle auch diese conferirt werden. Nur dieses ist der Inhalt der gesetzlichen Disposition des §. cit. Er verordnet weder, daß überhaupt jede Schenkung, oder doch jede Schenkung zu bestimmtem Zweck conferirt werden müsse, noch verordnet er, daß regelmäßig eine bestimmte Schenkung nicht conferirt werden solle. Dieses wird nur als bekannter Rechtsatz vorausgesetzt, indem am Ende gesagt wird: in dem oben genannten besonderen Falle solle der Beschenkte die Collation nicht verweigern aus dem Grunde: quod simplex donatio non confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit. Am allerwenigsten aber kann in dieser Stelle eine Aenderung der Collation der Emancipirten gefunden werden, so daß etwa darnach auch die Emancipirten den sui heredes eine simplex donatio nicht mehr zu conferiren hätten; diejenigen, welche eine solche Meinung hegen, bedenken nicht, daß die Constitution überall gar nicht die Absicht hat, eine Beschränkung der Collation einzuführen; sie bedenken auch nicht, daß zur Zeit der Publikation dieser Constitution die Collation der Emancipirten unzweifelhaft noch einen viel weiteren Umfang hatte, als daß man diese ganz specielle und beschränkte neue Bestimmung auf sie beziehen könnte¹¹⁴.

Endlich hat nun Justinian noch in Nov. 18. cap. 6. verordnet, es solle nicht nur, wie bisher, bei der Intestaterbfolge unter Descendenten die Collation eintreten, sondern auch, wo nicht ein anderer Wille des Erblassers sich ausgesprochen habe, bei testamentarischer Erbfolge derselben, quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum aut prae-

ein Zweifel habe entstehen können, ob omnia, quae in quartam portionem computantur, also auch das *lucrum occasione militiae*, zu conferiren sei? Es ist aber nicht bedacht, daß L. 20. cit. älter ist, als L. 6. Cod. de bonis quae lib., daß also umgekehrt für Emancipirte damals noch kein Zweifel entstehen konnte, ob sie nicht Alles, was sie hatten, außer *bona materna* und *materni generis* und *lucrum nuptiale*, conferiren müßten. Für Descendenten überhaupt könnte jener Zweifel leicht angeregt worden sein durch Justinian's Bestimmung in L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test. 3. 28., oder vielleicht durch eine andere Constitution, von welcher wir zufällig noch weniger wissen, als von den in L. 49. h. t. erwähnten des Arcadius und Honorius. Vgl. auch L. 29. Cod. de inoff. test. Franke a. a. D. S. 205. — An sich liegt es offenbar näher, gerade wegen der Bezugnahme auf ea, quae in quartam computantur, die L. 20. pr. cit. auf die Descendenten überhaupt zu beziehen, als welche alle pflichttheilsberechtigt sind. Allerdings aber scheint bei dem Schluß des pr. cit. an die Collation der Emancipirten gedacht zu sein, wenn nicht an die eben beabsichtigte Neuerung des §. 1.

¹¹⁴ Vgl. Note 113. Anderer Meinung scheint zu sein Köhrt, Einleitung in das Erbrecht, S. 422. 428.

tumultu mortis angustiatu huius non est memoratus; übrigenß, wie am Ende hinzugefetzt wird, omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus ¹¹⁵.

Die Grundidee dieser neueren Gestaltung der Collation ist nun offenbar diese: In der Regel ist nicht anzunehmen, daß der Ascendent einem seiner Descendenten vor anderen neben jenem zur Erbfolge ab intestato berechtigten Descendenten einen Vorzug habe geben wollen, indem er ihm bei Lebzeiten gewisse Zuwendungen machte. Es soll daher die dadurch entstandene Ungleichheit unter den Erben durch Collation jener Gaben beseitigt werden, wenn nicht der Wille des Erblassers sie aufrecht erhält. Nähere Bestimmungen sind übrigens für dieses so erweiterte Institut in unseren Quellen nicht enthalten. Unbedenklich aber darf von den in Pandekten und Codex enthaltenen älteren Grundsätzen über Collation analoger Gebrauch gemacht werden, so weit nicht die eigenthümliche Natur der neueren Collation entgegensteht.

Es sollen nunmehr die Grundsätze über diese Collation der Descendenten nach dem praktischen Gesichtspunkte des heutigen römischen Rechtes dargestellt werden.

1) Die Verpflichtung zur Collation sowie der Anspruch auf dieselbe findet statt unter mehreren Descendenten als Erben eines gemeinschaftlichen Ascendenten, ohne Unterscheidung zwischen sui oder emancipati und anderen Descendenten ¹¹⁶. Die erste Voraussetzung ist, daß sie wirklich Erben des Ascendenten werden ¹¹⁷. Der Descendent, der nur ein Vermächtniß erhält, ist weder verpflichtet zur Collation, noch berechtigt ¹¹⁸. Eben so wenig derjenige, welcher die deferirte Erbschaft verfehlt, sei es auch als suus heres mittelst des beneficium abstinenti ¹¹⁹, oder als extraneus oder suus heres, qui immiscuit se hereditati, mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ¹²⁰. Diejenigen, welche in die Stelle des Repudianten eintreten, mögen aus eigener Person collationspflichtig oder berechtigt sein; aus der Person

¹¹⁵ Die Novelle erwähnt der collatio emancipatorum nicht ausdrücklich, schließt sie aber auch nicht aus von ihrer Bestimmung. Mayer, a. a. D. S. 378., hält sogar dafür, daß Justinian durch die Worte res per dotem forte aut alio modo datas (nach der vulgata versio) auf die beiden Collationsarten habe hinweisen wollen. Offenbar ist dieß aber nicht. Uebrigens ist durch dieses Gesetz theilweise aufgehoben L. ult. Cod. fam. ercisc. 3. 36. Grande, S. 249.

¹¹⁶ Die Ausdehnung auf das ganz singuläre Erbrecht der liberi naturales nach Nov. 89. wird aber gewiß mit Recht verworfen von Rosshirt a. a. D. S. 434.

¹¹⁷ L. 17. Cod. h. t. Vgl. Note 7. 20. 34. 91.

¹¹⁸ L. 4. D. de dot. collat.

¹¹⁹ Vgl. Note 92. «conferre debet, si modo se bonis paternis misceata. L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 25. Cod. fam. ercisc. 3. 36.

¹²⁰ §. 5. J. de hered. qual. 2. 19. L. 57. §. 4. D. de acquir. her. 29. 2.

des Wegfallenden sind sie es nicht¹²¹. Einmal begründet geht aber Recht und Pflicht zur Collation auch auf die Erben über¹²². Ja auch dann muß dieses der Fall sein, wenn die Erben nur das von ihrem Erblasser erst deferirte Erbrecht statt desselben geltend machen, also namentlich in dem Falle der sogenannten *transmissio Iustiniana*¹²³. Eben dasselbe erheischt die Natur der Sache in anderen Fällen, da Jemand das Erbrecht eines Anderen für sich geltend machen kann. Daher muß der Vater, wenn er die dem Kinde deferirte Erbschaft für sich erwirbt, ohne Zweifel conferiren, was das Kind selbst zu conferiren hätte, und kann eben so statt desselben von den Miterben die Collation fordern¹²⁴. Aber auch dann muß der Vater conferiren, wenn mit seinem Willen dem Kinde die Erbschaft erworben wird, er also nur den Nießbrauch und die Verwaltung derselben erlangt; nur braucht er hier freilich nicht aus eigenem Vermögen Etwas herzugeben, sondern nur aus den seiner Verwaltung untergebenen *bona adventitia* des Kindes. Wenn dagegen der Vater die Erbschaft ablehnt, und nun das Kind gegen dessen Willen sie erwirbt, als sogenanntes *adventitium irregulare*, so muß zwar dieses conferiren, aber es kann nicht der Vater angehalten werden, aus denjenigen *Adventitien* des Kindes, an welchen ihm der Nießbrauch zusteht, zu diesem Zwecke etwas herzugeben; so wenig, wie er nach älterem Rechte das durch das Kind Erworbene zu conferiren brauchte, wenn er dasselbe emancipirte und dann für sich selbst die Erbschaft erwerben ließ¹²⁵.

2) Die Descendenten sind regelmäßig einander zur Collation verpflichtet, ohne Unterschied, ob sie ab intestato oder ex testamento erben¹²⁶, ohne Unterschied auch, auf welche Weise die Intestaterbfolge herbeigeführt sein mag¹²⁷, also namentlich auch dann, wenn nach Nov. 115. cap. 3. wegen ungesetzlicher Enterbung oder Uebergehung eines Kindes, *quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberi tanquam ab intestato ex aequa parte perveniunt*. Es kann denn nun consequent auch nicht mehr von Einfluß sein, ob der eine *secundum tabulas*, der andere

¹²¹ Ohne allen Grund ist die Meinung Pfizer's §. 100, daß die Verpflichtung zur Collation auch denjenigen treffe, der *iure accrescendi* in die Stelle eines wegfallenden Descendenten trete.

¹²² Vgl. Note 36. 37. 91—93. — Auch auf die Concursgläubiger: Thibaut, §. 883, Note p.

¹²³ L. 19. Cod. de iure delib. 6. 30.

¹²⁴ L. 18. §. 1. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 8. pr. §. 1. 2. Cod. de bonis quae lib. 6. 61. vgl. mit Note 36—49. Diese Fälle sind wesentlich noch eben so zu beurtheilen, wie wenn nach älterem Rechte das Kind auf Befehl des Vaters antretend diesem die Erbschaft erwarb.

¹²⁵ Solchen Gebrauch dürfen wir von den Note 39. 41. citirten Stellen für das neuere Recht noch machen.

¹²⁶ Nov. 18. cap. 6.

¹²⁷ L. 17. Cod. h. t.: *quocunque iure intestatae successionis*.

contra tabulas einen Erbtheil behaupte¹²⁸. Aber auch als testamentarische Erben können doch nur diejenigen Descendenten Collation fordern oder zu leisten verpflichtet sein, welche auch ab intestato miteinander Erben sein würden; wenn also z. B. Enkel von einem noch lebenden Sohne eingesetzt sind neben anderen Descendenten, so sind sie nicht zur Collation verpflichtet oder berechtigt. Dieses ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen, geht aber aus dem Zusammenhange desselben klar hervor, und ist daher auch allgemein anerkannt¹²⁹. Dagegen ist unter den im Allgemeinen collationspflichtigen und berechtigten Descendenten nicht deswegen die Collation auszuschließen, weil neben ihnen andere in dieser Kategorie nicht stehende Personen zu Erben eingesetzt sind¹³⁰; nur beschränkt sie sich hier auch allein auf jene.

3) Aber der Erblasser kann durch seinen Willen die Collation ausschließen, auch wo sie sonst der Regel nach stattfände, sowohl bei der Intestaterbfolge als bei der testamentarischen. Es fragt sich aber: a) ob dieser Wille ausdrücklich erklärt sein müsse? Von Vielen ist dieß behauptet worden, wegen der Worte in Nov. 18. cap. 6: .. omnino esse collationes .. nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem etc. Aber mit Recht neigen sich die meisten neueren Rechtsgelehrten zu der entgegengesetzten Meinung¹³¹. Die Novelle wollte nur aufheben, was bisher Rechtens gewesen war: si testati nihil dicentes de eis (morentur parentes), locum non fieri collationibus; es soll jetzt vielmehr umgekehrt eine Aeußerung des Testators erfordert werden, um die Collation auszuschließen, da es sonst ungewiß ist, ob er nicht bloß aus Vergessenheit und unabsichtlich derselben nicht erwähnt habe. Verfügungen daher, welche durch ihren Inhalt diese Ungewißheit beseitigen, müssen die Collation ausschließen, wenn sie dieses auch nicht in dürren Worten aussprechen. So namentlich kann sich dieser Wille in der Bestimmung der Erbtheile kund geben, oder in der Zuwendung von Vermächtnissen, welche darauf berechnet ist, diejenigen Descendenten, welche bei Lebzeiten des Erblassers nicht wie andere etwas zu Conferirendes erhalten haben, dafür zu entschädigen¹³²; obwohl sich nicht

¹²⁸ Hält man die *honorum possessio contra tabulas* und die *querela inofficiosi* der Descendenten für antiquirt durch Nov. 115., so kann schon aus diesem Grunde von Anwendbarkeit der in Note 12 und 112 berührten Stelle keine Rede mehr sein. Aber auch ohne jene Ansicht muß dasselbe nach Nov. 18. cap. 6. consequent angenommen werden. Vgl. Pfizer, §. 79. Mayer, §. 125. Note 6.

¹²⁹ Pfizer, §. 78. Mayer, §. 125. Note 4. Götschen, Vorlesungen, §. 968.

¹³⁰ Pfizer, §. 80. Franke, S. 245. Götschen a. a. D.

¹³¹ Pfizer, §. 174 ff. Mayer, §. 128. Note i. Thibaut, System, §. 884. Mühlendruck, §. 719. not. 16. Wening-Ingenheim, Bd. 5. §. 183. Anderer Meinung ist Götschen a. a. D. S. 479.

¹³² Franke, S. 246. Puchta, Lehrb. §. 503.

behaupten läßt, daß durch jede ungleiche Vertheilung der Erbschaft unter die Descendenten die Collation ausgeschlossen werde¹³³. So kann denn auch sowohl bei der testamentarischen wie bei der Intestaterbfolge durch eine erschöpfende Vertheilung des Erbschaftsvermögens unter die Erben stillschweigend die Collation ausgeschlossen werden¹³⁴. b) ob der Wille in Form einer letztwilligen Verfügung geäußert sein müsse, oder auch eine anderweitige Erklärung genüge, ob also namentlich bei der Zuwendung einer sonst collationspflichtigen Gabe sofort wirksam bestimmt werden könne, daß sie der Collation dereinst nicht unterworfen sein solle? Nach römischem Rechte ist vorerst unzweifelhaft, daß der Erblasser durch eine solche Verfügung nicht gehindert werde, später dennoch anders zu verfügen, so gut wie er auch die Collation einer geseglich nicht zu conferirenden Gabe immer als besondere Auflage eines Erben anordnen kann. Nach deutschem Rechte kann aber jene Zusicherung einen nicht willkürlich widerruflichen Erbvertrag enthalten¹³⁵. Eine andere Frage ist es, ob sie denn auch, wenn sie nicht widerrufen wird, nach römischem Rechte nicht wirke, wofern sie nicht in Form einer letztwilligen Verfügung ausgesprochen worden? Diese Frage war nach dem Rechte des Codex nicht von Bedeutung, wegen der für letztwillige Verfügungen der Eltern gestatteten Formlosigkeit; sie ist aber bedeutend geworden, seitdem Justinian auch für diese eine gewisse Form vorgeschrieben¹³⁶. Hiernach nun hält man die Beobachtung wenigstens dieser privilegirten Form auch für nothwendig, um die Collation auszuschließen, weil dieß als Prälegat zu betrachten sei und jedenfalls eine letztwillige Verfügung enthalte¹³⁷. Allein die Vergleichung mit Prälegaten ist nicht treffend, weil es sich hier um Etwas handelt, was nicht mehr zur Erbschaft gehört und nicht aus der Erbschaft genommen wird (vergl. Nr. 5). Der Erlaß der Collation enthält überall keine Verfügung über den eigenen Nachlaß. Sieht man aber auf die Natur der Collationspflicht, so scheint vielmehr die Ansicht die richtige, nach welcher es zur Wirksamkeit jener Erklärung durchaus keiner

¹³³ Man könnte zwar dieser Behauptung Schein geben durch Bezugnahme auf die Worte des Gesetzes: omnino esse collationem et exinde aequalitatem (*πάντως εἶναι ἀνεπισποράς καὶ τὴν ἐκεῖθεν ἰσότητά*), indem nämlich bei ungleicher Bestimmung der Erbtheile doch jeder Erbtheil an jene aequalitas verschwinde. Allein die Vermuthung, daß der Testator nur aus Vergessenheit der conferenda nicht erwähnt habe, kann durch ungleiche Vertheilung sogar noch verstärkt werden; man darf sie also gewiß nicht in jedem Falle dadurch beseitigt halten.

¹³⁴ L. 39. §. 1. D. fam. ercisc. 10. 2. Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit ita, ut longe amplius filio quam filiae relinqueret: quaesitum est, an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

¹³⁵ Mayer a. a. O. §. 128. Note 1.

¹³⁶ Nov. 107. vgl. mit L. 21. §. 1. Cod. de testam. 6. 23.

¹³⁷ Frände, S. 247. Note 84.

Feierlichkeit bedarf¹³⁸. Die Collation beruht auf der Voraussetzung, daß der Ascendent den einen Descendenten durch seine Gabe nicht habe bevorzugen wollen. Diese Voraussetzung wird zerstört, wenn der Geber irgendwie eine andere Willensmeinung deutlich zu erkennen gegeben hat, also gewiß vor Allem dann, wenn er bei der Gabe selbst erklärt hat, daß sie nicht conferirt werden solle. Auch sagt Nov. 18. cap. 6. nicht, daß die Ausschließung der Collation im Testamente verordnet sein müsse¹³⁹.

4) Nachdem durch Nov. 18. auch bei testamentarischer Erbfolge die Collation eingeführt worden, kann ein Conflict zwischen dieser und dem Pflichttheilsrechte entstehen. Hier ist nun entscheidend die Rücksicht, daß der Pflichttheil auf keine Weise verlegt oder beschränkt werden darf. Der Pflichttheil aber besteht in einer Quote desjenigen, was der Pflichttheilsberechtignte als Intestaterbe von dem eigenen Vermögen des Erblassers erhalten würde und darin können zwar gewisse, aber nicht alle bei Lebzeiten desselben empfangene collationspflichtige Gaben eingerechnet werden. Hieraus ergibt sich nun von selbst: wenn einem Descendenten nicht mehr oder nicht einmal so viel, als sein Pflichttheil beträgt, hinterlassen worden ist, wobei aber die in den Pflichttheil einzurechnenden conferenda mit, in Anschlag kommen, so braucht er nichts zu conferiren; er kann im letzten Falle vielmehr noch Ergänzung des Pflichttheils verlangen; natürlich vorausgesetzt, daß nicht etwa die nicht zu conferirenden Schenkungen sogar gegen die Miterben inofficiosae donationes gewesen¹⁴⁰. Ist ihm zwar mehr als der Pflichttheil hinterlassen, jedoch nur so viel, daß er durch die Collation desjenigen, was nicht in den Pflichttheil einzurechnen ist, weniger als diesen erhalten würde, so muß man consequent die Collation in so weit beschränken, wenn nicht ohnehin schon die völlige Ausschließung derselben nach dem Willen des Testators in diesem Falle anzunehmen ist. Ist er schlechweg auf den Pflichttheil eingesetzt, so wird dieß in der Regel so zu verstehen sein, daß er nur so viel haben solle, als der Pflichttheil nach gesetzlicher Berechnung beträgt, und dann gilt das oben Gesagte. Ist er aber eingesetzt auf ein Drittheil oder die Hälfte seiner Intestaterbportion, so ist noch die Frage, ob er nicht schon andere

¹³⁸ Gölphen a. a. O. §. 969. C. 470. Vgl. Pfizer, §. 182.

¹³⁹ Sive intestatus quispiam moriatur, sive testatus... esse collationes... nisi expressim designaverit ipse etc. — Unterstützt wird obige Meinung auch durch die Vergleichung mit den Grundsätzen über die Wirkung der Schenkungen von Seiten des Vaters an die in seiner Gewalt befindlichen Kinder. Obwohl diese nicht, wie die conferenda, aus dem Vermögen des Vaters eigentlich ausgeschieden waren, sollten doch die Beschenkten sie voraus haben; es würde also dadurch eine Mobilisation in der Verteilung des Nachlasses selbst bewirkt; gleichwohl ist zu dieser ihrer Wirksamkeit nur die Form der Schenkung erfordert, nicht die einer letztwilligen Verfügung. Vgl. Note 59. 60.

¹⁴⁰ Vgl. Franke a. a. O. S. 248. und Recht der Notherben, C. 514 ff., 539. — Verschiedene Meinungen darüber hat Pfizer, §. 81. 82. 95.

Gaben, die in den Pflichttheil einzurechnen sind, erhalten habe, und deren Collation ist dann allerdings nicht ausgeschlossen, insoweit er sonst mehr als den Pflichttheil erhalten würde.

5) Auch mit dem Rechte der *lex Falcidia* kann die Collation in Berührung kommen, sowohl bei der Intestaterbfolge, als bei der testamentarischen Erbfolge. Es ist kein Zweifel, daß der Collationspflichtige sich das *conferendum* nicht in die *quarta Falcidia* einzurechnen braucht, auch nicht zu demjenigen Theile, zu welchem es ihm bleibt¹⁴¹, es möchte ihm denn (nach neuestem Rechte) ausdrücklich auferlegt sein¹⁴². Es könnte aber die Frage entstehen, ob nicht diejenigen, welchen von dem Miterben Etwas conferirt wird, dieses in ihre *quarta* sich einzurechnen haben, da sie diesen Zuwachs doch als Erben bekommen? Aber auch diese Frage muß consequent verneint werden. Denn die *lex Falcidia* will ein Viertel des Bestandes der Erbschaft dem Erben vorbehalten haben; die Collationsgegenstände gehören aber nicht mehr zu der Erbschaft, und die Collationsberechtigten erhalten sie zwar nur als Miterben, aber doch nicht *iure hereditario*¹⁴³. Man könnte diese Frage für unnütz halten, weil ja die Verletzung der *Falcidia* immer auch eine Verletzung des Pflichttheiles enthalte, da der letzte $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{2}$ des Intestaterbtheiles betrage. Dieß ist aber dennoch nicht immer der Fall, weil ungeachtet einer Ueberschwerung des Erbtheiles doch durch Legate und andere Zuwendungen, die in die *Falcidia* nicht einzurechnen sind, der Verletzung des Pflichttheiles vorgebeugt sein kann. Und bekanntlich wird, von Manchen sogar nach römischem Rechte¹⁴⁴, von Anderen wenigstens nach canonischem Rechte, dem Pflichttheilsberechtigten noch außer dem Pflichttheile die *quarta Falcidia* zuerkannt¹⁴⁵.

6) Streitig ist die Frage, ob die Collation allen miterbenden Descendenten zu leisten sei, oder nur denjenigen, welche durch die Concurrenz des Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt werden? Bei der Collation der Emancipirten und bei der älteren *dotis collatio* war das Letzte angenommen¹⁴⁶. Dieß ist auch für die neuere Collation durch kein

¹⁴¹ L. 14. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. Vgl. Franke, S. 248. Note 85. Wäre die Erlaffung der Collation einem Prälegat zu vergleichen, so müßte man sagen, der Collationsgegenstand sei *pro parte hereditaria* des Empfängers in die *Falcidia* einzurechnen. L. 30. §. 8. L. 74. D. ad leg. Falc.

¹⁴² Nov. 1. cap. 2. §. 2.

¹⁴³ Es entscheidet auch hier der Gesichtspunkt, welchen L. 14. pr. cit. andeutet in den Worten: *Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram, quia dos in hereditate patris non inveniretur. Cf. L. 1. §. 14. D. de coniungend. cum em. lib.: Hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea iis accessit.*

¹⁴⁴ Mühlenbruch, *doctrina* §. 759. not. 5.

¹⁴⁵ Thibaut, §. 929. Note k. Vgl. Göschen, §. 1042. 1071.

¹⁴⁶ Vgl. oben Note 9—11. 94.

Gesetz ausdrücklich anders bestimmt worden, namentlich nicht durch L. 19. Cod. h. t., als welche nur die Collationspflicht eines ganzen Stammes im Verhältniß zu anderen Stämmen in bestimmter Beziehung festsetzt¹⁴⁷. Gleichwohl wird von der weit überwiegenden Mehrzahl der Rechtsgelehrten angenommen, daß es bei der neueren Collation darauf nicht mehr ankomme; daß vielmehr immer allen miterbenden Descendenten conferirt werden müsse, ohne Rücksicht darauf, ob diese unmittelbar durch den Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt werden oder nicht¹⁴⁸. Und allerdings entspricht diese Ansicht dem Wesen der neueren Collation¹⁴⁹. Es soll nach L. 17. Cod. h. t. *aequitatis studio in dividendis rebus die dos oder a. n. donatio ex substantia parentis profecta conferirt werden*; es wird eine *aequalitas* (*ισότης*, Nov. 18. cap. 6.) unter den Descendenten beabsichtigt, welche darin besteht, daß jene Gaben noch zur Theilung kommen, als wären sie nicht aus dem Vermögen des Erblassers herausgekommen. Dieser Zweck würde aber ganz verfehlt, wenn nicht jene Ansicht angenommen würde; wenn z. B. eine reich dotirte Enkelin nur ihren Geschwistern zu conferiren hätte, mit Ausschließung der übrigen Stämme, z. B. der Oheime und Tanten, welche doch umgekehrt dem Stamme, welchem jene angehört, conferiren müßten. Es würden dann die Kinder des ersten Grades sich immer schlechter stehen, als im gleichen Falle entferntere Descendenten eines anderen Stammes. Recht auffallend zeigt sich dieses in dem Falle der L. 20. §. 1. Cod. h. t. Söhne und Töchter müßten ihre *donatio propter nuptias* oder *dos* conferiren, andere Söhne und Töchter dagegen die empfangenen *donationes simplices*; Enkel eines verstorbenen Sohnes würden von jener Collation den Vortheil haben, aber möchten auch alle oder einzelne von ihnen die reichsten *donationes simplices* erhalten haben, sie könnten dieselben ganz für sich behalten, weil sie nur unter einander collationspflichtig wären. Wir finden also hier Sätze der älteren Collation, die mit dem Wesen der neueren sich nicht vertragen, und von denen wir daher für diese keinen Gebrauch machen können.

7) Mit der eben besprochenen berührt sich nahe eine andere Frage: nach welchem Verhältniß nämlich die *conferenda* zu vertheilen seien? Es muß im Allgemeinen das Verhältniß der Erbtheile darüber entscheiden, und wenn die unter Nr. 6. angenommene Ansicht richtig ist, so kommt

¹⁴⁷ Mayer, Erbrecht, §. 125. Note 5. 6. Vgl. unten Nr. 8.

¹⁴⁸ Ffizer, §. 92. Zfihaut, §. 883. Note i. Mühlenbruch, doctr. §. 719. not. 5—9. Wening, *Ab. 5.* §. 181. Note q. Götsch, §. 968. S. 474.

¹⁴⁹ Voet ad tit. Dig. de collat. §. 3.

eß auch unter Descendenten verschiedener Grade darauf an. Dieß wird auch bestätigt durch L. 19. Cod. h. t. Denn obwohl nach damaligem Rechte (vor Nov. 18. cap. 4.) Enkel weiblicher Abstammung neben anderen Descendenten nur zwei Drittheile des Erbtheiles ihres verstorbenen Patens erhielten, sollten sie doch die ganze demselben gegebene dos oder donatio ante nuptias in die Erbschaft einwerfen, eben so wie die Miterben die ihrige, ut commixtis huiusmodi collationibus cum bonis mortuae personae duas quidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, quae patri vel matri eorum, si superesset, deferebatur; tertiam vero eiusdem portionis partem una cum sibi competentibus portionibus filii vel filiae defunctae personae capiant. Nach den Grundsätzen der älteren Collation hätten nämlich die Enkel in diesem Falle nur zwei Drittheile der dos oder donatio ante nuptias zur Theilung hergeben müssen, weil sie nur zwei Drittheile eines Stammtheiles den Söhnen und Töchtern entzogen¹⁵⁰. Aber bei der testamentarischen Erbfolge können mit den allein collationsberechtigten Descendenten noch andere Erben concurriren. Es fragt sich, wie dann das Einzuwerfende zu vertheilen sei? Bei der Collation der Emancipirten kommt ein ähnlicher Fall vor, nach dessen Analogie man diese Frage entscheiden kann. Wenn mehrere Emancipirte mit sui heredes concurriren, so conferirt diesen jeder Emancipirte ohne Rücksicht auf die anderen Emancipirten, als erbte er allein mit jenen¹⁵¹. Man geht wohl zu weit, wenn man dieser von vier namhaften römischen Juristen bestätigten Rechnungsweise den Vorwurf macht, sie beruhe auf einem falschen Princip, und zwar auf einem falschen Rechnungsprincip¹⁵². Sie beruht auf der Ansicht, daß der Emancipirte, indem er mit dem suus heres concurrirt, sich nicht besser stehen sollte als dieser. Davon aber kann man füglich auch auf obigen Fall der neueren Collation analoge Anwendung machen. Ein Descendent soll dadurch, daß er vom Erblasser dos oder donatio ante nuptias erhalten hat, sich nicht besser stehen als andere Descendenten. Dieß würde aber der Fall sein, wenn er den dem Erbtheil des fremden Miterben entsprechenden Theil derselben ausschließlich für sich behalten könnte. Man darf hierbei nicht schlechthin nur auf das Resultat sehen, welches statthaben würde, wenn die dos im Vermögen des Erblassers geblieben wäre; denn wer weiß, ob dieser alsdann den Fremden zu demselben Theile zum Erben eingesetzt hätte?

¹⁵⁰ Arg. L. 1. §. 3. D. de collat.

¹⁵¹ L. 1. §. 24. L. 2. §. 5. L. 3. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 15.

¹⁵² Förster, de bon. poss. contra tah. §. 417. Obſſen a. a. O. S. 464. 482.

Man muß auch berücksichtigen, daß derselbe in gleichen Umständen auch wohl den anderen Descendenten eine dos von gleichem Belang gegeben haben möchte, und es vielleicht nur deßhalb nicht gethan hat, weil der Fall nicht eintrat.

8) Was den Gegenstand der Collation betrifft, so wurde früher gewöhnlich als Regel aufgestellt: Alles dasjenige, was ein Descendent von dem verstorbenen Ascendenten bei dessen Lebzeiten als freie Gabe empfangen habe, müsse vom Empfänger conferirt werden. Diese Theorie verdankte wohl ihre Entstehung nur einer mißverständlichen Verallgemeinerung desjenigen, was in L. 17. Cod. h. t. a. G. in Beziehung auf die Collation der Emancipirten ausgesprochen wird¹⁵³. Freilich wurden von dieser Regel viele Ausnahmen gemacht, theils solche, die schon bei der Collation der Emancipirten vorkommen¹⁵⁴, theils andere, mit Rücksicht auf neuere Constitutionen. Insbesondere konnte nicht verkannt werden, daß nach L. 20. Cod. h. t. donationes simplices regelmäßig nicht der Collation unterworfen sind. Man dachte sich aber als Gegensatz der donationes simplices solche Gaben, welche eine besondere Veranlassung hatten, und kam so zu dem Satze, daß alle solche Gaben und nur diese zu conferiren seien; worin jedoch keine volle Uebereinstimmung herrschte, vielmehr, vorzüglich durch die Vermischung der verschiedenen Arten der Collation, in einzelnen Punkten die verschiedensten Meinungen hervorgerufen wurden¹⁵⁵. Diese Theorie geht aber über den Inhalt der Gesetze hinaus, indem sie von einem willkürlich gebildeten Begriffe der simplex donatio ausgeht. Sie kann sich nicht gründen auf L. 20. pr. Cod. h. t., verb. „quod tam in aliis quam in his quae occasione militiae“¹⁵⁶; denn hier ist ja nur von anderen in den Pflichttheil einzurechnenden Gaben die Rede. Sie kann sich auch nicht gründen auf L. 20. §. 1. cit.; denn der dort allerdings fünfmal vorkommende Ausdruck simplex donatio bezeichnet hier schlechterdings nur den Gegensatz von dos und donatio ante nuptias¹⁵⁷, also jede andere Schenkung, sogar auch diejenige, bei welcher ausdrücklich die Unrechnung auf

¹⁵³ Vgl. Glossa ad h. l. — Grande, S. 219.

¹⁵⁴ Vgl. oben Note 48—55.

¹⁵⁵ Bachov. ad Treutler. II. disp. XVII. th. V., Vinnius, tractat. de collat. XV. 14. Lauterbach, Colleg. ad D. h. t. § XI—XIX. Berger, oecon. II. 4. th. 51. Stryk, succ. ab intest. diss. XI. cap. 4. §. 15. Voet ad D. h. t. §. 41 sq. Pfizer, §. 106. — Vgl. Grande, S. 220 ff. Götzen, S. 475—479.

¹⁵⁶ So will Pfizer a. a. D. Vgl. Grande, S. 204.

¹⁵⁷ Wie in L. 20. §. 1. Cod. de donat. ante nupt. — Vgl. Grande, S. 207—210. — Wollte man auch einen engeren Sinn mit donatio simplex verbinden, so würde es doch an einer gesetzlichen Bestimmung über Collation desjenigen, was nicht donatio ante nuptias und nicht donatio simplex ist, gänzlich fehlen. Denn L. 20. cit. sagt davon nichts.

den Erbtheil ausgemacht worden ist¹⁵⁸. Man muß also jene Regel vielmehr ganz fallen lassen und nur darnach fragen, welche Gegenstände in den Gesetzen als zu conferirende bezeichnet sind. Diese aber sind:

a) die dos, welche der Ascendent für die Descendentin bestellt oder hergegeben hat, sei es, daß er selbst oder ein Anderer in seinem Namen sie dem Manne dando oder promittendo constituirte, oder daß er der Frau die Vermögensobjecte zu dem Zwecke übergab, damit sie dieselben dem Manne in dotem gebe¹⁵⁹, wobei nur vorausgesetzt werden muß, daß der Besteller nicht sich selbst (und also seinen Erben) den Rückfall der dos stipulirt habe¹⁶⁰.

b) die donatio ante oder propter nuptias, welche der Ascendent für den Descendenten hergegeben, nulla discretionem intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponso earum, ut per eos in sponsas donatio celebretur¹⁶¹. Dieser Zusatz und der ganze Zusammenhang, so wie der gewöhnliche Sprachgebrauch des späteren Constitutionenrechtes, ergibt unzweifelhaft, daß hier nur von dem eigenthümlichen der dos entsprechenden Institut des späteren Rechtes die Rede ist, auf welches sich L. 17. sq. Cod. de donat. ante nupt. beziehen, und welchem Justinian den Namen donatio propter nuptias beigelegt hat¹⁶².

c) der Werth oder Vortheil einer vom Ascendenten dem Descendenten angeschafften militia, eines käuflichen Dienstes¹⁶³.

d) andere Schenkungen (simplices donationes) unter folgenden Voraussetzungen: α) wenn sie mit der Bestimmung gegeben worden, daß sie auf den Pflichttheil angerechnet werden¹⁶⁴, der Beschenkte aber dennoch nicht auf den Pflichttheil beschränkt worden ist (vergl. Nr. 4). β) wenn der Erblasser sonst irgendwie bei der Schenkung die Intention zu erkennen gegeben hat, daß dieselbe conferirt werden solle¹⁶⁵, also vorzüglich, wenn dieß ausdrücklich ausgesprochen oder die Schenkung zur Abrechnung

¹⁵⁸ Wenn es am Ende der L. 20. cit. heißt: Simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit, so ist klar, daß eine Schenkung der letzten Art nicht in Gegensatz zu der simplex donatio gestellt, sondern darunter begriffen ist.

¹⁵⁹ L. 17. Cod. h. t. sagt dieß zwar wörtlich nur in Beziehung auf die donatio ante nuptias, verb. »nulla discretionem intercedente« etc.; aber unbedenklich gilt dasselbe auch von der dos.

¹⁶⁰ Arg. L. 1. §. 1. D. de dot. coll. cf. L. un. §. 14. Cod. de rei ux. act. 5. 13.

¹⁶¹ L. 17. Cod. h. t.

¹⁶² Brande, S. 194—199.

¹⁶³ L. 20. pr. Cod. h. t. Vgl. Note 201.

¹⁶⁴ Dieß folgt von selbst aus L. 20. pr. Cod. h. t. vgl. mit L. 25. D. de inoff. test. 5. 2. und L. 35. §. 2. Cod. eod. 3. 28.

¹⁶⁵ L. 20. in f. Cod. h. t.

auf den künftigen Kindesertheil gegeben worden ist¹⁶⁶. In dieser Beziehung aber können allerdings des Beweises wegen die von dem Erblasser geführten Annotationen über freiwillige Gaben an die Descendenten wohl erheblich sein¹⁶⁷. γ) wenn andere Descendenten, die nicht ebenfalls simplices donationes empfangen haben, dos oder donatio ante nuptias conferiren, während der Beschenkte solche nicht zu conferiren hat¹⁶⁸. Hierbei entsteht noch der Zweifel, ob man dieß auch auf mortis causa donationes anzuwenden habe? Man könnte diese schon nach dem allgemeinen Princip in L. 20. pr. Cod. h. t. unbedingt der Collation unterworfen halten, weil sie allemal in den Pflichttheil eingerechnet werden¹⁶⁹. Allein aus diesem Grunde kann man es von mortis causa donationes so wenig behaupten, wie von Vermächtnissen, welchen jene in dieser Beziehung nur gleichgestellt werden. Es kann nur die Frage sein, ob sie nicht umgekehrt gleich den Vermächtnissen überall von der Collation auszunehmen seien, wo nicht etwa diese ausdrücklich angeordnet ist. Aber es ist gewiß die richtige Entscheidung diese, daß nicht auch in diesem Punkte eine Gleichstellung mit den Legaten zu behaupten sei. Die donationes mortis causa sind immer Schenkungen; sie sind nirgends allgemein den Legaten gleichgestellt worden, und ihre Widerruflichkeit gibt keinen Grund, die Bestimmung der L. 20. §. 1. nicht auf sie anzuwenden¹⁶⁹.

Von den hier aufgezählten Gegenständen der Collation kommt nun die donatio propter nuptias in ihrer eigentlichen römischen Bedeutung als praktisches Rechtsinstitut bei uns nicht mehr vor, und auch von der unter c) erwähnten militia ist bei uns keine Rede mehr. Demnach würde sich denn die Collation der Descendenten nur noch auf die dos und auf gewöhnliche Schenkungen beschränken, die letzten aber nur unter den sub d) angegebenen besonderen Voraussetzungen ergreifen. Allein es kann in Wahrheit eine wohlbegründete Praxis genannt werden, daß überhaupt Alles conferirt werden müsse, was den Kindern zur Einrichtung einer gesonderten Wirthschaft, also namentlich bei Eingehung einer Ehe zu ihrer Ausstattung, vom Ascendenten gegeben worden¹⁷¹. Bei aller sonstigen Verschiedenheit der Meinungen hat dieser Satz bis

¹⁶⁶ Doch kann nicht in jedem Falle der sogenannte Vorempfang auf künftige Erbschaft unter den Gesichtspunkt der eigentlichen Collation gestellt werden. Pfizer, §. 108.

¹⁶⁷ Roffhirt a. a. D. S. 439.

¹⁶⁸ L. 20. §. 1. Cod. h. t. Den Fall, daß der eine nach Nr. c. oder d. α. β. etwas zu conferiren, der andere aber simplicem donationem empfangen hat, berührt das Gesetz nicht.

¹⁶⁹ §. 6. J. de inoff. test. L. 8. §. 6. D. eod. b. 2.

¹⁷⁰ Roffhirt a. a. D. S. 442.

¹⁷¹ Buchta, Lehrb. §. 604. Note u. Mühlenbruch, §. 720. not. 6. Vgl. Mayer, §. 127 a. E. mit §. 126 a. E., welcher freilich die Ausstattung der Söhne von diesen nur als Emancipirten conferirt wissen will.

auf die neueste Zeit die constanteste Anerkennung gefunden¹⁷², und wenn man auch denselben durch unzureichende theoretische Gründe zu rechtfertigen suchte, so lag ihm doch ein richtiges Gefühl des praktischen Bedürfnisses zum Grunde, welches eben dadurch sich geltend machte, daß die wahre römische *propter nuptias donatio* in unserem Rechte nicht einheimisch geworden ist. Diese Ausstattungen oder elterlichen Aushilfen sind Gaben, von denen nach der herrschenden gemeinen Ansicht im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß sie den Empfänger vor Anderen bevorzugen sollten; von denen vielmehr zu vermuthen ist, daß sie anderen Descendenten im gleichen Falle ebenfalls würden zugewendet worden sein, und die insofern der *dos* sehr analog sind.

9) Die im Allgemeinen der Collation unterworfenen Gaben brauchen doch im einzelnen Falle nur insofern conferirt zu werden, als der Empfänger nach dem Tode des Gebers noch Vortheil davon hat. Dieser Grundsatz der älteren Collation mit seinen näheren Bestimmungen oder Modificationen ist unbedenklich auf die neuere Collation noch anzuwenden¹⁷³. Daher wird in Anrechnung gebracht, was vor dem Tode des Ascendenten *dolo malo* oder nachher *culpa* des Empfängers verloren worden, und in Abrechnung, was davon nachher ohne Schuld desselben zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden ist¹⁷⁴. Was aber insbesondere die *dos* betrifft, so muß dieselbe der Regel nach sofort vollständig zur Collation kommen, wieweil zur Zeit noch die Ehe nicht getrennt ist, also die *dos* noch nicht zurückgefordert werden kann¹⁷⁵. Aber es kommt darauf an, ob der Mann im Stande ist, die ganze *dos* zurückzuzahlen. Nach älterem Rechte kam dieß nur in Betracht, wenn die Ehe schon aufgelöst war¹⁷⁶. Nach Justinian's Nov. 97. cap. 6. aber soll die Frau, *si quidem suae potestatis et perfectae aetatis mulier est*, sich selbst die Schuld beimessen, wenn sie nicht vorsorglich von ihrem Rechte Gebrauch gemacht hat, wegen drohender Insolvenz des Mannes schon während der Ehe die *dos* in Sicherheit zu bringen, und soll daher die ganze *dos* sich anrechnen; wenn ihr dagegen, sei es wegen ihres Alters, sei es wegen Renitenz des Vaters, in dessen Gewalt sie sich befindet, jene Schuld nicht imputirt werden kann, so soll sie nur ihre Klagen gegen den Mann oder dessen Erben zu cediren verpflichtet

¹⁷² Vgl. die Schriftsteller in Note 155. — Lauterb. ad tit. D. de dot. collat. §. XI. Struv. *syntagma cum addit.* Mülleri ad tit. cit. §. XLIII. Bausch, de subsidio parentum collationi obnoxio. Gött. 1773. — Dagegen Grande, §. 222. Wening, B. 5. §. 183. Note m.

¹⁷³ Vgl. L. 20. pr. Cod. h. t. und darüber Note 201.

¹⁷⁴ L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 43. 44.

¹⁷⁵ Arg. L. 5. Cod. h. t. L. 1. §. 6. D. de dot. collat. Cf. Nov. 97. cap. 6. pr.

¹⁷⁶ L. 1. §. 6. cit. Cf. Nov. cap. 6. pr. cit.

sein; nach dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes aber macht es hierin keinen Unterschied, ob jene culpa vor oder nach dem Eintritte des Erbfalles stattgefunden habe. Kommt übrigens nur die Bereicherung zur Zeit des Erbfalles in Betracht, so müssen auch die auf die Sache gemachten Verwendungen in Abzug kommen, so weit sie nicht bloß in gewöhnlichen laufenden Ausgaben bestehen, die dem Genießenden zur Last fallen. Bei der dos wird zwar nach den Pandekten nur der Abzug der *necessariae impensae* gestattet¹⁷⁷; aber wohl nur aus dem Grunde, weil nach classischem Rechte regelmäßig wegen anderer *impensae* auch der Mann keinen Abzug machen konnte; insofern dieß nun aber nach Justinianischem Rechte möglich ist, muß consequent auch bei der Collation ein gleicher Abzug zugegeben werden¹⁷⁸. Auf der anderen Seite sind aber auch die *Accessionen* des ursprünglichen Collationsgegenstandes mit in Anschlag zu bringen¹⁷⁹, und insbesondere können auch Früchte und Zinsen in Rechnung kommen. Diese letzten zu leisten soll der Collationspflichtige nach der Meinung Vieler nur *ex mora* verpflichtet werden, also nachdem er zur Collation aufgefordert worden ist¹⁸⁰. Dieß ist auch nach allgemeinen Grundsätzen richtig in Ansehung des Ersatzes für Früchte, die er nicht wirklich gezogen hat, die aber dem Collationsberechtigten würden gewonnen sein, wenn die Collation zeitig geschehen wäre. In Ansehung der wirklich gewonnenen Früchte aber muß vielmehr behauptet werden, daß dieselben gleich der Hauptsache selbst conferirt werden müssen, ob der Collationspflichtige in *mora* sei oder nicht¹⁸¹. Dieß erfordert die Consequenz der Sache selbst; denn gehörten die Collationsgegenstände wirklich zu der Erbschaft, so würden ja auch die Früchte derselben den Miterben *pro partibus hereditariis* zu Gute kommen; sie sind aber im Verhältniß zu den collationsberechtigten Miterben so zu behandeln, als gehörten sie zu der Erbschaft, und, wenn sie nicht sofort conferirt werden, ist es so zu beurtheilen, als wenn ein Miterbe von einzelnen Sachen der Erbschaft allein einstweilen den Genuß gehabt hätte, der ihnen gemeinschaftlich gebührte. Und dieß wird auch durch den betreffenden Ausspruch der Quellen selbst bestätigt¹⁸².

¹⁷⁷ L. 1. §. 5. D. de dot. collat. Quum dos confertur, impensarum necessariorum fit deductio, ceterarum non.

¹⁷⁸ L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. 5. 13., vgl. mit L. 8. D. de impensis. 25. 1. Pfizer, §. 254. Götschen a. a. D. S. 481.

¹⁷⁹ Arg. L. 10. §. 1. 2. L. 69. §. 9. D. de iure dot. 23. 3.

¹⁸⁰ Götschen a. a. D. Thibaut, §. 886, Note n. o. Mäyer, §. 125. Note 10.

¹⁸¹ Wening, Lehrb. §. 185. Note u. v.

¹⁸² L. 5 §. 1. D. de dot. collat. Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus

10) Nach dem Bisherigen kann nun leicht über einige Gegenstände, von deren Collation man wohl gesprochen hat, entschieden werden. Es gehören dahin a) Alimente. Diese hat der Ascendent entweder α) pflichtschuldig geleistet; dann kann von einer Collation derselben nicht die Rede sein, theils weil die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Gabe der Liberalität ist, theils schon aus dem Grunde nicht, weil die elterliche Alimentationspflicht nicht über das wahre Bedürfnis hinausreicht, und, wenn sich die Gabe darauf beschränkte, zur Zeit des Todes keine Bereicherung mehr davon vorhanden sein wird; oder β) er ist in Anweisung derselben über seine Schuldigkeit hinausgegangen; dann fällt entweder der Ueberschuß unter den Gesichtspunkt einer simplex donatio (Nr. 8. d), oder es ist credendi causa gegeben, und muß dann als Schuld an die Erbschaft herausgezahlt, nicht im wahren Sinne conferirt werden. Dieselben Gesichtspunkte treten auch b) bei den vielbesprochenen Studienkosten ein, und man kann hier wie dort nicht für den animus credendi vermuthen¹⁸³. Auch daß c), was ein Ascendent als Lösegeld für den Descendenten bezahlt hat, regelmäßig nicht zu conferiren sei, braucht nicht erst durch Allegation einer doch nicht passenden Stelle¹⁸⁴ dargethan zu werden. Nicht minder gewiß ist d), daß die von den Eltern aufgewandten Kosten des Hochzeitfestes bei Verheirathung der Kinder keinen Collationsgegenstand bilden, schon deshalb nicht, weil sie verzehrt worden, aber auch deshalb, weil solcher Aufwand von den Eltern mehr in eigenem Namen des Anstandes wegen, als für die Kinder gemacht zu werden pflegt. Gewöhnlich wurden nach der älteren Theorie e) auch remuneratorische Echenkungen von der Collation ausgenommen, und auch von Neueren wird noch eine Ausnahme für diese behauptet, so daß sie auch nicht in dem Maße, wie andere gewöhnliche Echenkungen, zur Collation kommen sollen¹⁸⁵. Und in der That ist dieß auch der Natur

frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat. Nach Auflösung der Ehe gewinnt die Frau Früchte und Zinsen *fructus* der *dos*; verzögert sie nun deren Collation, so muß sie auch diese conferiren; es muß ja auch der emancipirte Bruder die Früchte conferiren, die er nach dem Tode des Vaters von den zu conferirenden Gütern gezogen hat; und es hat ja die Tochter auch sofort vom Zeitpunkte des Todes die Früchte von ihrem Erbtheil in Anspruch zu nehmen. — Dieß ist der Sinn dieser Stelle; die angeführten Gründe der Entscheidung würden nicht zutreffen, wenn man die Worte »*moram collationi fecit*« so verstehen wollte: sie ist durch Interpellation in *Mora* versetzt worden; sie bezeichnen hier nichts, als daß die Collation nicht alsbald geschehen, da sie hätte geleistet werden sollen. Vgl. Voet. ad h. t. §. 24.: *At qui post mortem ex mora quadam percepti sunt, omnino conferri debent.*

¹⁸³ L. 50. D. *fam. ercisc.* 40. 2. Vgl. *Grande*, S. 177. Sehr weitschweifig handelt davon *Pfizer*, S. 489—526.

¹⁸⁴ L. 17. *Cod. de postliminio.* 8. 51.

¹⁸⁵ *Mening*, *Wb.* 5. §. 183. *Note e.* vgl. *Wb.* 3. §. 213. *Note II.* *Tzihaut*, §. 684. *Note e.* *Mühlenbruch*, §. 720. *nr. 4.*

der Sache entsprechend. Man darf annehmen, daß bei einer remunerandi causa vorgenommenen Schenkung schon der Wille des Schenkers die Collation ausschließe; denn sonst könnte ja seine Absicht zu remuneriren ganz vereitelt werden. Endlich f) werden noch einige andere Ausnahmen angeführt, welche von der Collation der Emancipirten hergenommen sind¹⁸⁶. Diese können aber nicht ohne weiteres hierher gezogen werden. Der Grund namentlich, weshalb das castrense peculium von der Collation der Emancipirten ausgenommen war, findet gar nicht statt bei der allgemeinen Collation der Descendenten in Rücksicht desjenigen, was der Ascendent einem Descendenten zu dessen castrense peculium gegeben hat, und es war daher ungegründet, wenn dieses früher allgemein von der Collation ausgenommen wurde¹⁸⁷. Vielmehr ist es, wenn nicht creditirt, nur als gewöhnliche Schenkung zu betrachten und gleich dieser nach Umständen zu conferiren. Dasjenige aber, was einem Descendenten dignitatis nomine oder zur Erlangung einer Würde oder nicht wiederverkäuflichen Bedienung gegeben worden, kann wohl aus dem Grunde von der Collation ausgenommen werden, weil es nicht als ein die Kinder bereichernder Gewinn angesehen werden kann¹⁸⁸. Doch wird es hierbei noch darauf ankommen, ob nicht der Descendent den Aufwand jedenfalls aus eigenem Vermögen gemacht haben würde, was er nun gespart hat, und ob nicht das dazu Hergegebene bloß creditirt sein sollte¹⁸⁹.

11) Aber nicht bloß das, was ein Descendent selbst unmittelbar von dem Erblasser an Collationsgegenständen erhalten hat, muß er conferiren, sondern auch was dem Patris ist gegeben worden, in dessen Stelle tretend jener den Ascendenten höheren Grades mitbeerbt. Dieser Punkt war vor Justinian controvers; er hat eine Entscheidung darüber gegeben in L. 19. Cod. h. t., die aber freilich die Sache dennoch nicht aller Controverse enthoben hat. In jedem Falle haben die Enkel, beziehungsweise Urenkel, nicht mehr zu conferiren, als ihr Patris zu conferiren hätte, und sie haben nur zu conferiren, wenn sie Erben des Großvaters oder Urgroßvaters werden (nach Nr. 1). Streitig aber ist es, ob sie in diesem Falle unbedingt anstatt ihres Patris conferiren müssen¹⁹⁰, oder nur unter der Voraussetzung, daß die conferenda

¹⁸⁶ Vgl. Note 51. 53. 54.

¹⁸⁷ Z. B. Pfizer, §. 137., auch noch Mühlenbruch, §. 720. not. 10. Vgl. Göschen, S. 477.

¹⁸⁸ Thibaut, §. 884. Note d. Vgl. auch Pfizer, §. 126.

¹⁸⁹ Wening, §. 183. Note g.

¹⁹⁰ Dieß ist besonders vertheidigt von Wernher, obs. for. tom. II. p. VI. obs. 499. et additam. p. 144—168. Vgl. Pfizer, §. 93. Thibaut, §. 883. Note k. Wening, §. 180. Note k. kk. Schweppe, Privatrecht §. 863.

desselben auch an sie gekommen sind, also namentlich wenn sie dessen Erben geworden sind¹⁹¹. Für die erste Ansicht spricht entscheidend L. 19. Cod. cit. Sie verordnet unbedingt, nepotes vel neptes patris suis aut avunculis, amitis etiam et materteris, dotem vel ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, conferre. In diese Bestimmung kann die Voraussetzung, daß die Enkel Erben des Vaters oder der Mutter geworden seien, durchaus nicht hineingetragen werden. Denn zu der Zeit, als L. 19. cit. erlassen wurde (a. 528), ging die Dotalforderung regelmäßig noch gar nicht auf die Erben der Frau über; erst im Jahre 530 ist dieses durch L. un. Cod. de rei uxoriae act. eingeführt worden; es kann also nicht angenommen werden, daß Justinian auf den Umstand der Beerbung in L. 19. cit. irgend Gewicht gelegt habe; vielmehr muß das Motiv seiner Entscheidung wirklich dieses gewesen sein, daß die Enkel als in parentis sui locum succedentes auch nicht mehr erhalten sollten, wie ihr parens erhalten würde. Dies ist auch durch die Novellen nicht abgeändert, welche nur den Enkeln den vollen Stammtheil ihres parens ertheilt haben, von dem sie nach L. 19. cit. nur erst zwei Dritttheile erhielten, wenn sie nicht sui oder emancipati waren. Daß übrigens Enkel eines Stammes in gleicher Weise auch Enkeln eines andern Stammes zu conferiren haben, wie deren Vater oder Mutter conferirt werden mußte, ist nicht zu bezweifeln¹⁹².

12) In Betreff der Enkel und Urenkel hat man auch noch die Frage aufgeworfen, ob dieselben auch was sie selbst bei Lebzeiten ihres Vaters oder ihrer Mutter u. s. w. von den Großeltern oder Urgroßeltern empfangen haben, conferiren müssen? Man hat dieß bezweifelt, weil die Enkel solches nicht als nächste Intestaterben erhielten, da sie von der Intestaterbfolge zu dieser Zeit noch durch ihren Parens ausgeschlossen sein würden¹⁹³, und nur wenn der Großvater der Enkelin eine dos necessaria bestellt habe, soll diese nichtsdestoweniger conferirt werden¹⁹⁴. Aber diese Beschränkung ist ohne Zug in die Gesetze hineingetragen, welche die Descendenten schlechthin, wofern sie Intestaterben sein würden, zur Collation verpflichten. Es ist eine falsche Vorstellung, daß in jenem Falle die Gaben nicht anders anzusehen seien, als seien sie an

¹⁹¹ Mühlenbruch, §. 719. not. 12—14. Buchta, Lehrb. §. 504. Note t. Götschen, §. 969. Note 4. 5. Dem hier angeführten Zeugniß Hofader's (§. 1664.) über die Praxis widerspricht übrigens Wernher (l. c. p. 744.), der die entgegengesetzte Ansicht communem sententiam nennt.

¹⁹² Vgl. Wernher l. c. obs. 500. Voet ad Dig. h. t. §. 4.

¹⁹³ Pfiffer, §. 87—90. Roßhirt, S. 435. 436.

¹⁹⁴ Roßhirt a. a. O. sub Nr. 2.

fremde Personen, nicht Descendenten, gemacht worden, und inconsequent ist es, aus der gesetzlichen Verpflichtung zur Dotation eine Collationspflicht herzuleiten in einem Falle, wo sie sonst nicht besteht¹⁹⁵.

13) Bisher ist untersucht worden, in welchen Fällen gesetzlich die Collation stattfindet. Ohne Zweifel kann aber durch eine letztwillige Disposition die Collation auch außerdem für solche Personen oder Gegenstände angeordnet werden, für welche sie gesetzlich nicht stattfindet. Dieß ist aber dann auch nur gleich einem anderen, durch den Willen des Erblassers einem Erben auferlegten, Dnuß zu beurtheilen, und mit Rücksicht auf die hierüber geltenden allgemeinen Grundsätze die Gültigkeit und die Wirkung dieser Auflage zu bestimmen. Auch durch Vertrag läßt sich ein gleiches Resultat erzielen, nicht nur nach deutschem, sondern auch nach römischem Rechte, und nicht nur durch die einer Schenkung an den Descendenten gleich anfangs hinzugefügte Bedingung der Collation, sondern auch nachher und in anderen Fällen, indem man die betreffende Verabredung als ein zu Gunsten der Erben gegebenes Versprechen zu betrachten hat, das nach neuerem römischem Rechte gültig ist. Aber es ist denn auch hier keine wahre Collation, sondern nur eine vertragsmäßige Verbindlichkeit ähnlichen Inhaltes begründet.

14) Endlich muß nun noch die Art und Weise, wie die Collation vollzogen und geltend gemacht werden kann, bestimmt werden. Darüber enthält das neuere Recht keine besondere Vorschriften; es sind aber die betreffenden Bestimmungen für die ältere Collation leicht auch auf die neuere anzuwenden¹⁹⁶. Keell kann die Collation geleistet werden entweder durch Herausgabe der Collationsgegenstände in natura, oder durch anderweitige Vergütung nach ihrem Werthe¹⁹⁷. Ob dieß der Wahl des Conferenten zu überlassen sei, ist streitig¹⁹⁸. Unbedingt kann dieß gewiß nicht behauptet werden, so daß nämlich auch die Art der Vergütung der Willkür des Conferenten überlassen wäre. Man kann höchstens zugeben, daß derselbe nach Belieben den Werth in baarem Gelde vergüten könne. Eben deßhalb aber kann man die bejahende Behauptung überhaupt gar nicht auf L. 1. §. 12. D. de collat. gründen, wie gewöhnlich geschieht. Man müßte es dann der Wahl des Conferenten überlassen, ob er durch Delegation eines Schuldners, durch Hingabe eines Grundstückes oder

¹⁹⁵ Bgl. besonders Voet ad Dig. h. t. §. 3.

¹⁹⁶ Bgl. oben Note 21—35. 93—100.

¹⁹⁷ L. 1. §. 11. 12. D. de collat. bon. L. 1. §. 8. D. de dot. collat.

¹⁹⁸ Dafür z. B. Voet l. c. §. 9. Zehsaut, §. 886. Wening, Bd. 5. §. 184. Götschen, §. 970. — Dagegen Lauterbach, de dot. collat. §. 52. ad Dig. h. t. §. 21. Vinnius l. c. cap. 16., am ausführlichsten Pfüger, §. 193—202.

einer anderen Sache u. s. w. den Werth des Collationsgegenstandes vergüten wolle. Diese Stelle beweist auch schon deshalb nichts, weil alle dort erwähnten Handlungen die Zustimmung der Anderen wesentlich voraussetzen, und dieselbe also nichts anderes sagt, als *emancipatum satis contulisse videri*, wenn auf solche Weise die Miterben befriedigt worden, nicht im Geringsten aber andeutet, daß die Miterben sich dieses durchaus gefallen lassen müßten. Noch weniger beweist L. 5. Cod. h. t. für die bejahende Behauptung; sie spricht nur aus, daß die Frau sich nicht dürfe begeben lassen, die das vor der Zeit vom Manne zurückfordern zu wollen, weil sie dieselbe ihren Brüdern conferiren müsse; und deutet dabei an, daß die Collation sich auch schon bewerkstelligen lasse, wenngleich die Collationspflichtige vorläufig selbst noch nicht der das habhaft werden könne. Sie setzt auch gar nicht einmal die Nothwendigkeit einer Werthberechnung voraus; denn ihre Entscheidung paßt ebenso gut für den Fall, wenn die ganze das nur in einer Summe Geldes besteht, wie für jeden anderen. Wir müssen also anerkennen, daß wir über unsere Frage in den Quellen in der That gar keine Entscheidung haben. Nach der Natur der Sache aber können wir nur dieses behaupten, daß, wenn die Parteien sich nicht in Güte über die Art und Weise der Collation vereinigen, der *iudex familiae erciscundae* nach seinem Arbitrium eine den Verhältnissen angemessene Anordnung zu treffen habe; und dabei wird es allerdings der Billigkeit gemäß sein, dem Conferenten auf sein Begehren den ausschließlichen Besitz der Collationsgegenstände zu überlassen, wenn er ein vollkommen genügendes Aequivalent dafür bietet.

Streitig ist auch, nach welchem Zeitpunkte der Werth zu berechnen sei, wenn nicht die Sachen *in natura* conferirt werden? Von Vielen wird behauptet, nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers¹⁹⁹. Ein Hauptargument dafür findet man in dem Ausspruche der L. 20. pr. Cod. h. t.²⁰⁰. Dieser ist aber wahrlich gar nicht geeignet, eine solche Regel zu begründen, sondern erklärt sich lediglich durch die besondere Natur des dort erwähnten Gegenstandes²⁰¹. Außerdem entbehrt jene

¹⁹⁹ Vgl. die vier ersten Citate der vorigen Note. Dagegen Pfister, §. 202 flg.

²⁰⁰ Heibelb. Jahrb. a. a. D. S. 119.

²⁰¹ Die L. 20. sagt: *Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex deluncti pecuniis acquisitae lucratur is qui militiam meruit, locum habebit: ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum quartae parti computetur, sed etiam ab intestato conferatur.* Dieß erklärt sich durch Vergleichung mit L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test., wo Justinian verordnete, es solle in den Pflichttheil eingerechnet werden, quae occasione militiae ex pecuniis mortui eisdem personis acquisitae posse lucrari (so ist zuverlässig auch hier zu lesen, nicht *acquisita, posse lucr.*, was einen ganz falschen Sinn gibt) *eas manifestum est, eo quod talis sit militia, ut vendatur vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perveniat*

Behauptung alles Grundes und die Natur der Sache spricht entschieden dagegen. Gehörten die conferenda zur Erbschaft, so würden sie gleich anderen Erbschaftsobjecten zur Theilung kommen, und wenn sie einem Miterben allein überwiesen würden, so würde die Vergütung, welche dafür den anderen zu leisten wäre, nur nach dem gegenwärtigen Werthe sich bestimmen. Die Collation hat aber offenbar den Zweck, denselben Erfolg zu erzielen, als wenn jenes der Fall wäre; und nur so wird die beabsichtigte Gleichstellung der Erben erreicht. Auch ist ja anerkannt, daß eine zufällige Verschlechterung der Sache seit dem Todesfalle dem Conferenten nicht zur Last falle. Ist denn eine zufällige Minderung ihres Werthes, wenn sie auch ohne materielle Verschlechterung eingetreten sein sollte, so wesentlich verschieden? Oder glaubt man, wenn der Werth geringer geworden, so möge der Conferent den jetzigen Werth vergüten; wenn aber derselbe erhöht worden, so genüge es, den geringeren Werth zur Zeit des Todes zu ersetzen? Da würde die Regel, sehr inconsequent, zur Hälfte aufgegeben. Und doch! Wollte man, um die Consequenz zu retten, behaupten, er müsse unbedingt entweder die Sache selbst hergeben, oder deren Werth zur Todeszeit ersetzen: wird er da nicht im Fall einer Verminderung des Werthes immer die Sache selbst hergeben, und dann in der Theilung dieselbe dennoch für ihren jetzigen Werth

Hier ist vorerst wohl zu bemerken: es ist nicht die militia selbst, welche in den Pflichttheil eingerechnet oder conferirt werden soll, sondern nur ea quae occasione militiae lucrari potest. Dafür könnte man den Preis ansehen, welcher durch Verkauf der militia erlangt werden könnte. Aber dieser war ungewiß; er konnte nur durch den Versuch des Verkaufes erfahren werden; der militans sollte aber nicht zum Verkaufe, also zum Aufgeben des Dienstes gezwungen werden. Dagegen gab es einen anderen feststehenden Maßstab des Werthes; er bestand in derjenigen Geldsumme, welche nach dem Tode des militans von dem Nachfolger an die Erben desselben gezahlt werden mußte; certa pecunia — L. 30. §. 2. cit. — quod pro eisdem militibus pro tenore communis militantium placiti vel divinae sanctionis tale praestantius beneficium dari solet — L. 27. Cod. de pignor. 8 14. vgl. L. 7. 11. Cod. de proximis sacr. 12. 19. — τὰ ἐκ τοῦ καλούμενου κἀσου στρατείας — Nov. 53. cap. 5.; denn gewiß ist hier nach Köppler's Emendation statt τὰς zu lesen τὰ; es erinnert an ea quae occasione militiae lucratur; vgl. aber Nov. 97. cap. 4. τοῦ κἀσου γινόμενου; Cuiac. ad L. 3. §. 7. D. de minor., in opp. edit. Neap. I. c. 990. ad tit. Cod. de collat. und de pignor. ibid. IX. c. 697. 1199. — und diese Summe war bei einigen militiae auch der höchste erlaubte Verkaufspreis — Nov. 35. in der Ausgabe von Spangenberg oder Osenbrüggen, vgl. Cuiac. opp. II. c. 1088. — Justinian bestimmt nun in L. 30. §. 2. cit. ausdrücklich, daß diese Summe solle in den Pflichttheil eingerechnet werden, und zwar beordnet er, weil es möglich wäre, daß der militans nach dem Tode erst einen höheren Grad erlangte, noch genauer dieses: ita tamen, ut ille gradus eiusdem militiae inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet: ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantum dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est. Diese fixirte Geldsumme also ist das lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, das daher nach L. 20. pr. auch conferirt werden muß. Diese Bestimmung war auch vollkommen consequent; denn wenn der Erblasser selbst die militia inne gehabt hätte, so würden ja seine Erben eben diese Summe erhalten haben; von einer späteren Erhöhung derselben, es sei denn durch Verzugszinsen, kann keine Rede sein. Hiernach ist es denn wohl klar genug, daß man diesen Fall nicht vergleichen kann mit solchen, da der Werth der Collationsgegenstände selbst gestiegen ist, sei es durch Accessionen, sei es durch Steigerung des geltenden Preises.

wieder erlangen können, im Falle einer Erhöhung des Werthes aber die Sache behalten und den früheren geringeren Werth ersetzen? Einfach und plan ist dagegen Alles, wenn man annimmt, daß eigentlich die Sachen selbst zu conferiren sind, daß aber in *dividendis rebus* auch der Werth derselben vergütet werden kann, und zwar natürlich derjenige, den sie eben jetzt in der Zeit haben, in welcher sie durch denselben vertreten werden sollen. Damit stimmen auch die Aussprüche unserer Quellen, sowohl in Beziehung auf die *Collation* der *Emancipirten*, als in Beziehung auf die neuere *collatio dotis* überein²⁰².

Wenn die *Collation* nicht alsbald reell geleistet werden kann, so muß *Caution* dafür gestellt werden. Bei der *Collation* der *Emancipirten* war diese vorangestellt, gewiß aus dem Grunde, weil sie alle Güter des *Emancipirten* ergriff, dabei aber meistentheils eine reelle *Collation* sich so bald nicht wird bemerkstelligen lassen, oder doch wenigstens leicht Zweifel über ihre Vollständigkeit entstehen konnten²⁰³. Bei der neueren *Collation*, als welche sich nur auf bestimmte Objecte beschränkt, wird dagegen meistentheils die reelle *Collation* leicht möglich sein, und daher die *Caution* nur im Nothfall eintreten. Die *Caution* aber hat doch nur den Zweck, die reelle *Collation* herbeizuführen und zu sichern. Ist jene geleistet worden, so gibt die Klage daraus den Miterben das Mittel, die wirkliche Erfüllung der anerkannten Verbindlichkeit zu erwirken, und es kann sich dieser der *Collationspflichtige* oder dessen Bürge nicht mehr entziehen, sofern nicht die *Caution* vor Antretung der Erbschaft geleistet worden und diese darauf nicht erfolgt ist²⁰⁴. Außerdem können die *Collationsberechtigten* in dem *iudicium familiae erciscundae* ihre Ansprüche geltend machen²⁰⁵. Aber dieses kann nicht in allen Fällen aus-
helfen; es ist daher auch gestattet, falls der Verpflichtete weder re noch *cautione* conferirt, *extra ordinem* richterliche Hilfe zu begehren, und es kommen dann nach Lage der Sache die früher bei der *Collation* der *Emancipirten* angegebenen verschiedenen Maßregeln zur Anwendung²⁰⁶. Es wird dem Säumigen durch *denegatio actionum* sein Erbtheil so lange vorenthalten, bis er seiner Verpflichtung nachkommt, und dessen

²⁰² Vgl. oben Note 43—45. 182. Man beachte namentlich Ausdrücke wie folgende: *sua bona in medium conferant, qui appetant paterna; propria bona, dividat bona sua cum fratribus; constet, quid sit in bonis emancipati; si dicantur quaedam non esse in commune redacta*; L. 1. pr. §. 10—12. vgl. L. 2. §. 2—4. D. de collat. bon. Ferner: *cum bonis dotem confundi*, L. 8. Cod. h. t. in *dividendis rebus* dos, donatio ante nuptias conferatur. L. 17. Cod. h. t. Vgl. L. 19. Cod. h. t.

²⁰³ L. 1. §. 11. D. de collat.

²⁰⁴ Vgl. Note 34. 35.

²⁰⁵ L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 8. 16. Cod. h. t.

²⁰⁶ Vgl. Note 25—27. 31—33.

Besitz entweder den collationsberechtigten Miterben eingeräumt; schlecht- hin, wenn jener contumax ist, gegen Caution, wenn er per inopiam nicht cavirt; oder auch, im letzten Falle, kann zur Verwaltung desselben ein Curator ernannt werden, welcher dann aus dem Erbtheil die Ansprüche der Miterben zu befriedigen hat. Dabei ist nur noch insbesondere zu bemerken, daß im Falle der testamentarischen Erbfolge nach Analogie der in Note 26. 27 angeführten Bestimmungen ausschließlich nur den collationsberechtigten Miterben, nicht auch fremden eingesetzten Erben, der Erbtheil des nicht conferirenden Collationspflichtigen zu überlassen ist.

Uebrigens geht aus diesen Bestimmungen hervor, daß den Berechtigten gegen den Verpflichteten, so lange dieser sich nicht durch cautio, sei sie auch nur promissoria, verbindlich gemacht hat, auch nachdem er die Erbschaft schon angetreten hat, kein Mittel zu Gebote steht, ihn zur reellen Collation anzuhalten, wenn er auf seinen Erbtheil verzichtet. Wenn er es vortheilhafter findet, kann er immer noch diesen aufgeben, und die Collationsgegenstände ausschließlich für sich behalten. Nur kann ihn dieses nicht befreien von den durch die Antretung der Erbschaft einmal begründeten Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger; er muß diese pro parte hereditaria nöthigenfalls auch ex propriis befriedigen, wenn er die Erbschaft sine beneficio inventarii erworben hat. Wenn er dagegen diese Rechtswohlthat sich gesichert hat, so kann er jedenfalls ohne Verlust davon kommen; denn die Gläubiger müssen sich dann schlecht- hin mit demjenigen begnügen, was in der Erbschaft sich vorfand, und darin sind die conferenda nicht mitbegriffen²⁰⁷. Doch verändert dieser Umstand nicht sein Verhältniß zu den Collationsberechtigten, und wenn er also diesen schon die Collation wirksam versprochen hat, so kann er sie ihnen nicht mehr vorenthalten, weil sich hinterher ergibt, daß die Erbschaft zur Bezahlung der Schulden nicht ausreicht, daß er also für das Conferirte nichts zum Ersatz in der Erbschaft findet.

Vorstehende gedrängte Darstellung der Lehre von der Collationsverbindlichkeit erschien 1841 in Weiske's Rechtslexikon als Artikel „Einwerfung“, in Bd. 3. S. 809—848. Um dieselbe Zeit erschien: Das Recht der Collation. Dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechts von Dr. Eduard Fein. Heidelberg 1842 (mit Vorrede vom November 1841), eine tüchtige Monographie über diese Lehre, worüber zu

²⁰⁷ Vgl. Note 143.

vergleichen v. d. Pfordten in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Jahrg. VIII. S. 865—890. Ueber spätere Literatur dieser Lehre vgl. das Lehrb. §. 528. Anm. 1. u. 2. a) und über die mannichfaltigen Streitfragen in dieser Lehre das. die Anmerkung zu §. 528—530.

45.

Hereditatis petitio.*

Hereditatis petitio¹ heißt die ordentliche Klage, durch welche das Recht der Erbfolge gegen verletzende Eingriffe Anderer gerichtlich geltend gemacht wird. Neuere haben sie auch wohl petitorische Erbschaftsklage genannt, im Gegensatz gegen andere Rechtsmittel, die man als possessorische bezeichnet². Sie ist ihrem Wesen nach eine Vindication des Erbrechtes³, eine Klage auf Anerkennung des durch die Erwerbung der Erbschaft begründeten Rechtes der Repräsentation eines Verstorbenen in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse, gegen diejenigen, welche dieses Recht irgendwie factisch beeinträchtigen⁴. Sie gehört daher zu den in rem actiones⁵, wie ihr denn auch eine absolut lautende Intention, hereditatem actoris esse, entsprach⁶, und nur uneigentlich wird sie einmal mixta personalis actio genannt⁷. Sie kann aber entweder auf Geltendmachung des alleinigen und ausschließlichen Erbrechtes gerichtet sein, indem der Kläger

* Lehrb. §. 531—534.

¹ Quellen: Dig. de hereditatis petitione. 5. 3. Cod. de petitione hereditatis. 3. 31. Cf. Pauli sentt. I. tit. 43b. Gregor. Cod. ed. Haenel. lib. III. tit. I. Theod. Cod. ed. Haenel. lib. II. tit. 22. — Literatur: Donelli comment. lib. XXIX. cap. 12—16. Glück, Erläuter. der Pand. Th. 7. Abth. 2. S. 491 fg., Th. 8. S. 1 fg. Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio, im Rhein. Mus. für Jurisprud. IV. S. 165—211. Arnolds, über das Wesen der hereditatis petitio, in dessen Beiträgen zum Civilrechte und Civilproz. (Bonn 1837), I. S. 1—112. (unten Nr. 47.) Köstlitz, das testament. Erbr. (Heidelberg 1840), II. S. 1—55. Vgl. auch Thibaut, im Arch. für civ. Prag. VII. 12. Buchholz, jurist. Abh. (Königsberg 1833), Nr. I.

² Vgl. Bd. 2. S. 295 und den Art. interdictum quorum bonorum (unten Nr. 46.)

³ Daher hereditatis vindicatio, Gai. II. 420. L. 8. D. h. t. L. 19. in f. D. de inoff. test. 5. 2. L. 3. D. expil. hered. 47. 19., successione vindicatio, L. 4. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. 2. Cod. unde legitimi. 6. 45. L. 5. 9. Cod. commun. successione. 6. 59. L. 4. Cod. in quib. caus. cesset l. t. p. 7. 34. Vgl. Bd. 4. S. 1 fg. (oben Nr. 34.)

⁴ Eine andere Ansicht über die Natur der hered. pet. hat Fabricius a. a. O. aufgestellt, aber vgl. dagegen Arnolds a. a. O.

⁵ Gai. IV. 16. 17. L. 25. §. 18. D. h. t. L. 27. §. 3. D. de R. V. 6. 1.

⁶ L. 3. 40. §. 4. D. h. t.

⁷ L. 7. Cod. h. t. Der Ausdruck erklärt sich durch die Vergleichung mit L. 25. §. 18. cit. Vgl. Röhr, in seinem Magaz. IV. S. 17 fg. Rhein. Mus. II. S. 141. (oben I. S. 136.) Savigny, System V. S. 479. — Für eine persönliche Klage erklärt die hered. pet. einzig Köstlitz, im Arch. für civ. Prag. IX. S. 32 fg. Vgl. dessen testament. Erbr. II. S. 5 fg., gemeines Civilrecht III. S. 2. 229 fg.

heres ex asse zu sein behauptet, oder auf ein bloßes Theilerbrecht sich gründen, wobei ein Miterbrecht anderer Personen anerkannt wird⁸; im ersten Falle nennt die moderne Terminologie die Klage hereditatis petitio totalis oder universalis, im anderen Falle h. p. partiaria.

Was nun zunächst die Subjecte dieser Klage betrifft, so ist dieselbe als civilis actio nur demjenigen gegeben, welcher nach Civilrecht Erbe geworden (heres). Als utilis actio aber kommt sie auch dem bloß prätorischen Erben zu (dem bonorum possessor cum re), und heißt in dieser Anwendung insbesondere possessoria h. p.⁹; ferner dem Universal-fideicommissar, in welchem Falle sie fideicommissaria h. p. genannt wird¹⁰; dann auch dem Fiscus, insofern ihm Erbschaften als bona vacantia oder ereptoria zugefallen sind¹¹, und nicht minder anderen juristischen Personen, welche in dieser Beziehung als eine Art von gesetzlichen Erben dem Fiscus vorgehen¹². Natürlich muß die Klage auch dem Erben des Erben oder desjenigen, welcher dem Erben gleich dazu berechtigt ist, zustehen¹³. Demjenigen aber, welchem die Erbschaft als Ganzes durch Veräußerung von Seiten des wahren Erben überlassen ist, kann die Erbschaftsklage gleich den einzelnen erbchaftlichen Klagen nur als ausdrücklich oder stillschweigend abgetretene Klage zugestanden werden¹⁴, und nur demjenigen, der vom Fiscus eine Erbschaft erkauf hat, wird in den Quellen gleichwie dem Universal-fideicommissar utilis h. p. beigelegt, da er auch wahrer Universal-successor ist¹⁵.

Die Frage, gegen wen die Erbschaftsklage angestellt werden könne, beantwortet sich vorerst im allgemeinen nach der Natur der in rem actio dahin: sie findet statt gegen jeden, welcher irgendwie das Erbschaftsverhältniß des Klägers thätlich verlegt, indem er demselben etwas vor-

⁸ L. 10. §. 1. D. h. t. Cf. tit. Dig. si pars hereditatis petatur. 5. 4.

⁹ L. 1. 2. D. de possessoria hereditatis petitione. 5. 5. Als eine wunderliche Erfindung der Justinianischen Compiler wird diese Klage dargestellt von Fabricius a. a. D. S. 177 fg., 209 fg. Vgl. aber dagegen Arnolds a. a. D. S. 50—59. (unten Nr. 47. Anm. 81.)

¹⁰ L. 1—3. D. de fideicommissaria hereditatis petitione. 5. 6.

¹¹ L. 20. §. 6. 7. Cf. L. 54. D. h. t. Vgl. Wb. 3. S. 936 fg., Wb. 4. S. 48 fg.

¹² Vgl. tit. Cod. de bonis vacant. 10. 10.

¹³ Ueber Pauli sentt. l. c. §. 4. vgl. Schulting ad h. l.

¹⁴ Cf. L. 16. pr. D. de pactis. 2. 14. Rechtsleg. Wb. 4. S. 25. (oben S. 25. fg.) — Auf L. 4. §. 28. D. de doli mali except. 44. 4. darf man sich bei dieser Frage nicht berufen. Sie bezog sich ursprünglich auf den Fall der in iure cessio legitimae hereditatis nondum aditae (Wb. 4. S. 24. Note 173.), und im Justinianischen kann sie erklärt werden durch Bezugnahme auf den Fall, wenn der Cessionar selbst nach dem Tode der nächste Erbe war und dieser daher zu Gunsten desselben die noch nicht angetretene Erbschaft pretio accepto ebenfalls ausgeschlagen hat. Kein Zweifel übrigens kann darüber sein, daß die hered. pet. auch, so wie sie gegen eine bestimmte Person begründet ist, specieil eebirt werden könne, und daß dieses etwas anderes ist, als der Verkauf der Erbschaft, der dem Käufer Anspruch auf Ueberlassung des ganzen Vermögensinhaltes der Erbschaft gibt, ist klar. Vgl. Kößhirt a. a. D. II. S. 51.

¹⁵ L. 34. D. h. t. Vgl. Rechtsleg. a. a. D. S. 26. (oben S. 27.)

enthält, was ihm doch kraft dieses Verhältnisses rechtlich gebührt. Dieses Etwas braucht keineswegs die ganze Masse der zur Erbschaft gehörenden Objecte zu sein. Das Recht der Erbschaft kann auch durch die einem einzelnen darin begriffenen Rechte widerstreitende Anmaßung verletzt werden. Wer auch nur eine einzige Sache der Erbschaft im Besitze hat und dem Erben auf Verlangen nicht herausgibt, kann deshalb nach Umständen mit der *h. p.* belangt werden¹⁶. Und da die Erbschaft nicht bloß Eigenthumsrechte in sich schließt, sondern die mannigfaltigsten Vermögensrechte, in denen das eine Recht des Erben verletzt werden kann, so kann auch aus allen solchen Veranlassungen die *h. p.* hervorgehen¹⁷. Daher ist sie z. B. auch gegen denjenigen möglich, welcher eine Sache, deren Detention dem Erben zu erhalten ein rechtliches Interesse vorliegt, eigenmächtig aus dem Nachlasse an sich genommen hat¹⁸, gegen denjenigen, welcher aus Veranlassung des Besitzes von Erbschaftsachen gegenwärtig nur noch ein Klagerecht hat, das dem Erben abzutreten sich gebührt¹⁹, und namentlich auch gegen den Schuldner der Erbschaft, der den Betrag der Schuld dem Erben vorenthält und so diesem *tanquam iuris hereditarii possessor* gegenübertritt²⁰. Es kommt überhaupt nur darauf an, ob der Gegner sich im Besitze eines Vermögensvortheilcs befinde, dessen Restitution in den Erbschaftsprozeß fällt, worüber unten das Nähere²¹. Und weil es hierbei, wie bei der Eigenthumsklage, nur auf das *Factum* des Habens und die *restituendi facultas* ankommt, so findet unter dieser Voraussetzung auch gegen den Haussohn die *h. p.* statt, nicht minder aber gegen den Vater (oder Herrn), insofern dieser durch den Untergebenen oder in dessen *Peculium* den erbschaftlichen Vorthcil besitzt²².

Aber die materielle Verletzung eines erbschaftlichen Rechtes muß sich auch als eine Verletzung des Erbrechtes darstellen, damit sie die *h. p.* veranlassen könne. Eine Anfechtung des Successionsverhältnisses ist es nicht, wenn Jemand sich im Besitze einer zur Erbschaft gehörenden Sache befindet, indem er diese aus einem singulären Rechtsgrunde erworben hat. Dieser Besitz widerspricht wohl dem Eigenthumsrechte, das durch die Erbschaft auf den Erben übergegangen ist, so wie er auch dem Eigenthumsrechte des Erblassers widerspricht; aber er widerspricht nicht

¹⁶ L. 4. §. 9. 10. pr. D. h. t.

¹⁷ L. 18. §. 2. L. 50. D. h. t. Vgl. Rechtslegikon Bb. 4. (oben Nr. 34.) S. 1. 2.

¹⁸ L. 49. pr. §. 2. D. h. t.

¹⁹ L. 16. §. 4. 7. D. h. t.

²⁰ L. 13. §. 15. L. 14—16. pr. §. 3. D. h. t.

²¹ Vgl. Note 85 flg.

²² L. 34. §. 1. L. 36. §. 1. D. h. t. Vgl. Arnolds a. a. D. S. 71—75.

dem Erbrechte, welches nichts desto weniger dasselbe ist, wenn auch das Eigenthum dieser einzelnen Sache, wie der Besizer behaupten mag, nicht zu der Erbschaft gehört. Daher findet gegen diesen Besizer nicht die h. p., sondern die rei vindicatio Anwendung, wie sie auch der Erblasser anstellen würde²³. Gründet aber der Besizer seinen Besitz der Sache, deren erbshaftliche Qualität er nicht leugnet, gerade darauf, daß er selbst zur Erbschaft berechtigt sei, so offenbart sich in der Verletzung dieses einzelnen Rechtes eine Anmaßung gegen das Erbverhältniß des Gegners, welcher deshalb zur h. p. greifen kann²⁴. So auch, wenn der Schuldner der Erbschaft nur deshalb dem Erben die Zahlung vorenthält, weil er behauptet nichts schuldig zu sein oder weil er zweifelt, ob dieser wirklich der Erbe sei, dem er sicher zahlen könne, so liegt kein Grund vor, ihn mit der h. p. zu belangen; wenn er aber nicht zahlt, weil er selbst behauptet Erbe zu sein, so ist diese Klage gegen ihn begründet, indem nun die Vorenthaltung der Schuld als Verletzung des Erbrechtes erscheint²⁵. Auf diese Weise gelangt man zu dem Satze: wer pro herede eine Sache oder ein Recht der Erbschaft besitzt, gegen den kann die h. p. angestellt werden²⁶.

Nach denselben Stellen aber, welche diesen Satz aussprechen, soll auch wer nur pro possessore besitzt, mit derselben Klage belangt werden können. Wer nämlich ohne allen Rechtsgrund etwas zur Erbschaft Gehöriges sich anmaßt, mag wohl im einzelnen Falle nur an Verletzung des einzelnen Rechtes, ohne Rücksicht auf seine Beziehung zur Erbschaft, denken; es kann aber auch seine Handlung vorzugsweise aus der Nichtachtung des Erbverhältnisses hervorgehen und als eine gerade gegen dieses gerichtete mehr oder minder umfassende Anmaßung erscheinen, indem er den Nachlaß des Verstorbenen als gute Beute behandelte. Hier ist es nun der Natur der Sache und dem praktischen Bedürfnisse angemessen, diejenige Klage eintreten zu lassen, die zum Schutze des Erbverhältnisses im Ganzen bestimmt ist und alles darunter Gehörige umfaßt, und das ältere römische Recht hatte zur Gestattung der universellen Klage in diesem Falle noch eine besonders dringende Veranlassung, weil es die massenweise Besizergreifung der noch besizlosen Sachen einer Erbschaft durch die Grundsätze über usucapio pro herede lucrativa geradezu begünstigte

²³ L. 7. Cod. h. t. L. 4. Cod. in quib. caus. cesset l. t. p. 7. 34.: cum ab his (sc. contra hos) successio vindicari non possit.

²⁴ L. 9. 11. D. h. t.

²⁵ L. 42. D. h. t. Cf. not. 20.

²⁶ L. 9. D. cit.: Eum demum teneri petitione hereditatis qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.

und beförderte²⁷. Begreiflich aber ist es, daß nun dem verletzten Erben gegen denjenigen, von welchem einmal gewiß ist, daß er ohne Rechtsgrund besitze, auch schlechthin nach Befinden die h. p. zu Gebote gestellt wurde, ohne erst nach den besonderen Intentionen desselben zu fragen, und so erklärt sich denn die allgemeine Regel, die in L. 9. D. h. t. ausgesprochen ist²⁸.

Als *possessor pro possessore* ist nun vor allen derjenige der h. p. ausgesetzt, welcher eigenmächtig und ohne sich zur Erbschaft berechtigt zu halten, Sachen, die in dem Nachlasse des Verstorbenen sich befanden, sich zugeeignet hat²⁹, und zwar auch dann, wenn er aus irgend einem anderen Grunde Eigenthümer dieser Sachen zu sein behauptet, in welchem Falle er wenigstens vorerst den ohne Rechtsgrund erworbenen Besitz derselben dem Erben zurückerstatten muß, um dann sein Eigenthum gegen ihn klagend geltend zu machen, wie er auch gegen den noch besitzenden Erblasser hätte thun müssen³⁰. Aber auch wer schon dem Verstorbenen selbst oder auch dritten Personen den Besitz von Erbschaftsachen unrechtmäßiger Weise entzogen hat, z. B. der Dieb oder Räuber oder Dejiicient, kann als *possessor pro possessore* mit der h. p. belangt werden³¹, und auch derjenige, welcher durch ein an sich rechtlich ungiltiges Geschäft wissentlich solche Sachen von einem Anderen erworben hat, z. B. durch Verkauf eines Wahnsinnigen oder Unmündigen³²; nicht aber jeder, welcher durch ein an sich giltiges Geschäft, wenn gleich *mala fide*, eine Erbschaftsache an sich brachte und diese also nun *singulari titulo* besitzt, und durchaus auch nicht, wer erst von dem Erben selbst auf solche unrechtlche Weise einzelne Objecte der Erbschaft sich verschaffte³³.

²⁷ Gai. II. 52—56. Arnbt's a. a. D. S. 31—33. (unten Nr. 47. Note 44 flg.)

²⁸ Savigny, im System Bd. 5. S. 26. bezeichnet es als eine von der Natur der in rem actio einigermaßen abweichende Eigenthümlichkeit der h. p., daß sie nicht, wie die rei vindicatio, schlechthin gegen einen unbestimmten unbekanntem Gegner gerichtet sei, sondern nur gegen bestimmte einzelne Personen angestellt werden könne, nämlich nur gegen denjenigen, der entweder pro herede oder pro possessore besitzt. In der That aber liegt darin eben so wenig eine Abweichung von dem absoluten Charakter der in rem actio, als darin, daß die rei vindicatio nur gegen einen Besitzer der Sache stattfindet, die *confessoria in rem actio* nur gegen denjenigen, der die Servitut bestreitet. Der Unterschied ist nur dieser, daß dem Eigenthum jeder Besitz, dem Erbrechte nur ein besonders qualificirter Besitz eines Anderen widerstreitet. Buchta, Pand. §. 506. Note d.

²⁹ L. 11. §. 1—L. 13. pr. D. h. t.

³⁰ Arg. L. 3. Cod. quor. bon. 8. 2. L. un. Theod. Cod. eodem. 2. 21. Vgl. Fabricius a. a. D. S. 171. Arnbt's a. a. D. S. 33—46 (unten Nr. 47. Note 60 flg.) und jetzt auch Wangerow, Pand. II. S. 358.

³¹ L. 13. pr. L. 16. §. 4. D. h. t. L. 14. §. 2. D. quod met. causa. 4. 2. L. 6. §. 5. 6. L. 22. §. 1. D. de act. rer. amot. 25. 2. — Daß die h. p. sich nur auf diejenigen Sachen beschränke, die der Verstorbene bis zu seinem Tode besessen, wird behauptet von Fabricius a. a. D. S. 161 flg., widerlegt von Arnbt's a. a. D. S. 1—14 (unten Nr. 47.)

³² L. 13. §. 1. D. h. t.

³³ L. 13. §. 8. D. h. t. Vgl. jedoch L. 25. §. 8. *ibid.* Arnbt's a. a. D. S. 47. (unten Nr. 47. Note 72.) Wangerow a. a. D.

Als *possessor pro herede* ist derjenige Besitzer der Klage unterworfen, der sich für den Erben hält oder dieses wenigstens vorgibt, sei es auch nur für den prätorischen Erben³⁴. Gegen den Universalfideicommissar, dem die Erbschaft restituirt worden, wird aber nur *utilis h. p.* gegeben, da er nur mittelbar *heredis loco* ist³⁵, und eben so wird, dem praktischen Bedürfnisse zu genügen, auch gegen denjenigen die universelle Klage zugelassen, dem die Erbschaft als Ganzes durch ein besonderes Rechtsgeschäft von einem Anderen als anmaßlichem Erben überlassen worden ist, wie gegen den Käufer der Erbschaft³⁶, jedoch mit Ausnahme desjenigen, dem vom *Fiscus* die Erbschaft verkauft wurde, da dieser nach neuerem Rechte jeder Anfechtung von Seiten des wahrhaft Berechtigten enthoben sein soll³⁷.

Der Erbe desjenigen, welcher *pro herede* oder *pro possessore* besaß, kann ebenfalls mit der *h. p.* belangt werden, insofern dieser Besitz seines Erblassers auch auf ihn übergegangen ist; und zwar kommt es dabei nicht darauf an, in welcher Meinung er jetzt die Sachen besitze, ob er sie z. B. für irgend anderwärts erworbenes Eigenthum seines Erblassers halte, denn der Besitz des Letzten geht mit seiner ursprünglichen Eigenschaft auf ihn über³⁸.

Ausnahmsweise ist nun aber endlich die *h. p.* auch gegen einen solchen von Erfolg, der wirklich gar nichts zur Erbschaft Gehöriges im Besitze hat, nämlich 1) gegen denjenigen, welcher, ohne etwas zu besitzen, dennoch so, als ob dieses der Fall wäre, den Kläger täuschend, auf die Klage sich einläßt (*qui liti se obtulit*)³⁹, und 2) gegen denjenigen,

³⁴ L. 41. pr. L. 12. D. h. t. Vgl. unten Note 59.

³⁵ L. 13. §. 5—7. Cf. L. 20. §. 13. D. h. t. Gegen den Restituenten selbst ist die Klage zugleich möglich, sofern er noch etwas aus der Erbschaft behielt, z. B. wenn er *retenta certa quantitate restituere rogatus erat*, L. 13. §. 6. cit., oder wenn er erst nach einer gewissen Zeit mit Vorbehalt der inzwischen gezogenen Nutzung die Erbschaft restituirt, L. 13. §. 7. cit., natürlich auch wenn er nur eine Quote der Erbschaft restituirt. In L. 16. §. 7. D. h. t. wird aber überhaupt gegen den *Fiduciar*, welcher *ex causa fideicommissi* den Nachlaß herausgegeben hat, aus dem Grunde *h. p.* gegeben, weil er dadurch bei der durch das erweisene Erbrecht des Klägers sich ergebenden Ungiltigkeit des *Fideicommisses*, die *Condictio* auf Rückgabe erworben hat, also *iuris possessor* ist (vgl. Note 138.), jedoch nur mit der Wirkung, daß jener diese seine Klage dem Erben abtreten muß. Dabei muß aber vorausgesetzt werden, daß der *Fiduciar* zuerst selbst schon *pro herede* den Besitz der Sachen gehabt und nicht bloß durch eine allgemeine Willenserklärung die Erbschaft im Ganzen restituirt habe, und wahrscheinlich ist dabei an einen Fall gedacht, wo das *Fideicommiss* keine *Universalsuccession* zur Folge hatte; denn sonst und so überall nach *Justinianischem Rechte* ist es doch das Einfachere, gegen den *Fideicommissar* sofort die *utilis h. p.* anzustellen.

³⁶ L. 13. §. 4. 8—10. D. h. t. Vgl. darüber *Fabricius a. a. D. S. 190—193. Rosshirt a. a. D. II. S. 14. 50.*

³⁷ Der Satz in L. 13. §. 9. D. h. t. ist antiquirt durch L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescript.

^{7. 37.} Vgl. *Rechtsges. Bb. 4. S. 26. (oben S. 27.)*

³⁸ L. 13. §. 3. D. h. t. Cf. L. 11. D. de div. temp. 44. 3. Ueber L. 13. §. 11. D. h. t. vgl. *Bangerow a. a. D. II. S. 359.*

³⁹ L. 13. §. 13. L. 45. D. h. t. Cf. L. 25. 27. pr. D. de R. V. 6. 1.

welcher böswilliger Weise des Besitzes von Erbschaftsachen sich entäußert (qui dolo malo fecit quominus possideret) oder auch nur, wo er zuvor durch seine Widerrechtlichkeit dafür verantwortlich geworden, schuldvoller Weise jetzt nicht den Besitz hat⁴⁰. Gegen den Erben aber ist in diesen Fällen, wenn nicht schon mit dem Verstorbenen *lis contestata* war, nach römischem Rechte nur insofern eine Klage zulässig, als er in Folge jenes Vergehens seines Erblassers noch reicher ist; insoweit aber ist auch *h. p.* zulässig, weil diese Bereicherung mittelbar aus der streitigen Erbschaft gewonnen ist, obwohl statt der *rei vindicatio* im entsprechenden Falle nur eine persönliche *in factum actio* gegen den Erben gegeben wird⁴¹.

Einer besonderen Erörterung bedarf noch die Frage, gegen welche Personen die *partiarum h. p.* sich richten könne? Sie findet sowohl gegen Miterben statt oder solche, die *coheredum loco* sind, als gegen dritte Personen, welche sich *pro herede* oder *pro possessore* im Besitze von Erbschaftsgegenständen befinden⁴². Welchen Theil des Gesamtbetrages der Erbschaft diese Gegenstände ausmachen, darauf kommt es nicht an; gegen jeden, der nur irgend etwas von der Erbschaft hat, kann der Theilerbe sein Theilerbrecht, wie der Alleinerbe sein ausschließliches Erbrecht, geltend machen, und folgeweise nach Maßgabe seines Erbtheiles *pro parte* Restitution jener Sachen fordern⁴³. Unter gegenseitig sich anerkennenden Miterben wird freilich die *h. p.* nicht leicht Anwendung finden, sondern vielmehr die nach Zweck und Inhalt verschiedene *actio familiae erciscundae*⁴⁴. Wenn aber der Alleinbesitzende das Miterbrecht des anderen nicht anerkennt und dieser nun sofort gegen jenen die Erbtheilungsklage anstellen will, so kann jener ihn durch die *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* vorerst zur Anstellung der *h. p. partiarum* nöthigen, nach deren Durchführung dann erst die Theilungsklage anwendbar ist, und nur, wenn der Besitzende selbst die Theilung begehrt, der Gegner aber dessen Miterbrecht nicht anerkennt, muß der Streit darüber als Präjudicialpunkt im Erbtheilungsprozesse zur Entscheidung

⁴⁰ L. 13. §. 14. L. 25. §. 2. 8. D. h. t. Cf. L. 27. §. 3. D. de R. V. 6. 1. L. 171. D. de R. J. und unten Note 98 flg., 117 flg.

⁴¹ L. 42. 52. D. de R. V. Vgl. Savigny, System V. S. 54. Arnolds a. a. D. S. 68—71. (unten Nr. 47. Note 124 flg.) Nach heutigem Rechte muß aber consequent *in factum actio* auf das Interesse gegen den Erben gegeben werden, so weit er durch die Erbschaft seines Erblassers bereichert ist. Savigny a. a. D. V. S. 51 flg.

⁴² Mit Unrecht ist das letzte nicht beachtet von Höpfer, Comment. §. 707., das erste von Peucer, diss. de usucap. pro herede p. 25. not. 53.

⁴³ L. 1. pr. §. 1. D. si pars hered. pet.

⁴⁴ L. 1. §. 2. in f. D. l. c. L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. L. 51. §. 1. D. fam. ercisc. 10. 2. Vgl. L. 7. D. si pars her. pet.

gebracht werden, da jener gar nicht in dem Falle ist, die h. p. anzustellen, vielmehr der andere gegen ihn sein Aneinerbrecht durch h. p. geltend zu machen hätte⁴⁵. Uebrigens sind in Betreff der h. p. partiaria folgende Fälle zu unterscheiden⁴⁶: 1) Es befindet sich nur einer im Besitze: gegen ihn klagt der Theilerbe auf Restitution nach Maßgabe seines Erbtheiles und dabei kommt nichts darauf an, ob der Beklagte selbst als Miterbe anerkannt werde oder nicht⁴⁷. 2) Es befinden sich mehrere Nichterben im Besitze, während Andere mit einander Erben sind. Hier hat jeder von den letzten die h. p. pro parte gegen jeden der ersten, keineswegs der eine Miterbe ausschließlich gegen den einen, der andere gegen den anderen, wenn gleich das, was der eine oder andere von jenen besitzt, seinem Betrage nach dem Erbtheile des einen oder anderen Miterben zufällig gleichkommen mag. Da sich das Theilerbrecht auf alle einzelne Gegenstände der Erbschaft erstreckt, so ist auch gegen jeden Besitzer irgend eines Erbschaftsgegenstandes oder auch nur eines Theiles desselben für jeden Miterben pro parte die h. p. begründet⁴⁸. 3) Mehrere Erbprätendenten sind im Besitze theils dieser, theils jener Erbschaftsgegenstände. Diese haben gegen einander die h. p. partiaria, werden aber, wenn sie ihr Miterbrecht einander nicht bestreiten, besser zu der Erbtheilungsklage greifen⁴⁹. 4) Mehrere befinden sich im Besitze, von denen der nicht besitzende Erbe den einen wohl als seinen Miterben anerkennt, und zwar zu dem Theile, zu welchem er besitzt, den anderen aber nicht. Nach strenger Consequenz müßte in diesem Falle die Klage sowohl gegen den anerkannten als gegen den anmaßlichen Miterben gerichtet werden, und jener hätte nur pro sua parte auch wieder gegen den letzten zu klagen. Diese Consequenz wäre aber zu subtil und darum unpraktisch. Dem Rechte des nichtbesitzenden Erben widerspricht auch eigentlich nur der Besitz des Nichterben; denn wenn dieser rechtlich begründet wäre, so würde bei dem unbestrittenen Theilerbrechte des anderen Mitbesizers jener wirklich ganz von der Erbschaft ausgeschlossen sein. Der letzte hat daher hier seine Klage nur gegen den Nichterben zu richten⁵⁰. Keineswegs aber ist dasselbe zu behaupten von dem Falle, wenn ein Miterbe und ein Nichterbe nicht zusammen im Mitbesitze der Erbschaft sich befinden, sondern jeder verschiedene Objecte der Erbschaft im ausschließlichen Besitze

⁴⁵ L. 1. §. 1. cit. Vgl. Arnbt's a. a. D. in den Zusätzen (Nr. 47 a. C.)

⁴⁶ Vgl. Glück a. a. D. VIII. C. 2 flg. Göschen, Civilrecht III. 2. C. 443 flg.

⁴⁷ L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.

⁴⁸ L. 1. §. 2. D. l. c.

⁴⁹ Vgl. Note 44. L. 15. D. de except. rei iud. 44. 2.

⁵⁰ L. 1. §. 3. D. si pars her. pet.: Pegasus fertur existimasse a solo extraneo me petere debere . . . Pegasi sententiae utilior est.

haben, wenn gleich diese nach ihrem Werthe etwa den Erbtheilen der wahren Erben genau entsprechen sollten⁵¹. Zwar verstehen manche die L. 1. §. 3. D. h. t. gerade nur von dem Falle, wenn die Gegner die Erbschaft nach Gegenständen getheilt besitzen⁵², aber gewiß mit Unrecht. Schon der Ausdruck der Stelle verträgt sich nicht wohl mit der Annahme, daß der eine z. B. dieses, der andere jenes Grundstück oder andere Erbschaftsachen besitze⁵³. Auch wäre es eine unmotivirte Abweichung von der Consequenz, gegen den Miterben, der im alleinigen Besitze z. B. eines erbchaftlichen Landgutes ist, die h. p. partiaria zu versagen, da doch der Kläger die Einräumung des Mitbesitzes dieses Landgutes pro indiviso unbedingt zu fordern berechtigt ist, und deßhalb, mag er auch gegen den Dritten unterliegen oder siegen, da die res iudicata in diesem Rechtsstreite jenem nicht nützt, doch jedenfalls gegen ihn die h. p. anstellen kann⁵⁴. Zudem ist die Frage, an non plus coheres habeat sua parte bei Verschiedenartigkeit der Besitzgegenstände nur durch das iudicium familiae erciscundae zu rechtlicher Entscheidung zu bringen; wie sollte nun mit dieser bloßen Behauptung der Miterbe die h. p. von sich abwenden und den Kläger ausschließlich an den andere Sachen besitzenden Richterben verweisen können? Dagegen hat man freilich bemerkt, nach unserer Erklärung sei des Pegasus Meinung schon der strengsten Consequenz gemäß, Ulpian aber finde darin eine Abweichung von der Consequenz. Allein in schärfster Strenge argumentirten die römischen Juristen folgendermaßen: der Theilerbe vindicirt einen ideellen Theil der Erbschaft, d. i. des ius successionis; dieses gibt ihm Anspruch auf einen entsprechenden Theil alles desjenigen, was zur Erbschaft gehört, wo es sich auch finde, es sei selbst wieder ein Theil oder ein Ganzes, und so vindicirt er die Erbschaft pro parte auch selbst gegen den nur pro parte als Miterbe Besitzenden; denn streng genommen kann man nicht sagen, daß die pars pro indiviso, die ein Dritter als anmaßlicher Miterbe besitzt, gerade die dem Erbtheile des Klägers entsprechende sei; vielmehr ist dieser wie jeder andere Theil wiederum nach Verhältniß der Erbtheile unter die wahren Erben getheilt zu denken. Diese Consequenz aber wäre zu subtil, und ist darum von den römischen Juristen verlassen.

5) Mehrere Miterben sind im Besitze, es sei derselben Gegenstände (pro partibus indivisis) oder verschiedener, ein anderer Miterbe aber

⁵¹ Donell. l. c. cap. 16. §. 5. Fabri Rationalia ad L. 1. §. 3. Buchholz a. a. D. S. 8.

⁵² Voet ad h. t. §. 2. Glück a. a. D. S. 4. 5. Obsken a. a. D. S. 444.

⁵³ Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, quom non plus coheres haberet sua parte.

⁵⁴ L. 1. §. 2. in f. L. 7. D. l. c.

besitzt nicht. Dann hat dieser gegen jeden von jenen seinen Erbtheil zu vindiciren und folgeweise Restitution dessen, was dieser besitzt, nach Verhältniß seines Erbtheiles zu fordern⁵⁵. 6) Ein Miterbe besitzt zwar zum Theil die Erbschaft, aber nicht in dem Maße, als ihm nach der Größe seines Erbtheiles gebührt, während andere außer ihm im Besitze sind. Hier muß jener wiederum gegen jeden der letzten seinen Erbtheil vindiciren, und erlangt dadurch folgeweise wiederum die Restitution desjenigen, was jeder besitzt, nach Verhältniß seines Erbtheiles, so zwar, daß er dadurch im Ganzen zunächst sogar mehr, als seinem Erbtheile entspricht, erlangen kann. Insofern nun aber die letzten selbst Miterben sind, könnten sie ebenso pro parte gegen jenen klagen, und daher tritt nun sogleich eine Compensation der gegenseitig zu restituirenden Theile ein, so weit sie einander gleich sind, und wenn etwa ein Miterbe gerade nur seinen Theil besitzt, ein Dritter aber denjenigen Theil, der dem ersten noch abgeht, so hat dieser nach Analogie von 4) auch nur gegen den Dritten seine Klage zu richten⁵⁶.

Nachdem nun die Parteien im Erbschaftsstreite bestimmt sind, muß der Verlauf und Erfolg desselben untersucht werden, wobei überall zunächst der Fall im Auge gehalten werden soll, wenn Jemand als eigentlicher Erbe und zwar als alleiniger Erbe die Klage anstellt, indem darnach die Anwendung auf die übrigen Fälle meistentheils leicht von selbst sich ergibt.

Die beiden Umstände, durch welche der Erfolg der Klage bedingt ist, sind 1) daß der Beklagte etwas pro herede oder pro possessore besitze, beziehungsweise als besitzend behandelt werden könne, 2) daß der Kläger wirklich Erbe sei. Das erste kann der Beklagte in Abrede stellen, indem er leugnet, daß er überhaupt dasjenige, was der Kläger angibt, besitze, oder daß er pro herede oder pro possessore besitze, oder daß die fraglichen Objecte erbchaftliche seien und daher dem Ansprüche des Erben unterliegen. In jenem Falle muß der Kläger beweisen, daß der Gegner allerdings besitze, genießt dann aber auch den Vortheil, daß der Besitz ohneweiters auf ihn übertragen wird, ohne erst sein Recht beweisen zu müssen⁵⁷. Besitzt dagegen der Beklagte ohne Hehl Sachen, auf die der Kläger als Erbe Anspruch macht, so kann dieser ihn zur Erklärung darüber auffordern (*interrogando in iure*), ob er dieselben aus einem besonderen Rechtsgrunde besitze, oder pro herede vel pro

⁵⁵ Cf. L. 6. pr. D. 1. c.

⁵⁶ L. 1. §. 4. D. 1. c. Vgl. Donell. l. c. §. 6. 7. Anders erklärt auch diese Stelle Götschen a. a. O. S. 444—446.

⁵⁷ L. 80. D. de R. V. Vgl. Rudorff, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. IX. S. 37 fig., S. 54.

possessore, um nach der Antwort seine Klage zu bestimmen⁵⁸. Jedoch ist der Kläger nicht an des Beklagten Antwort gebunden, sondern kann ihn der Unwahrheit überführen, so wie er es auch nicht für Wahrheit anzunehmen braucht, wenn der Prædo pro herede zu besitzen sich den Anschein gibt, um nach den für den Besitzer in gutem Glauben geltenden Bestimmungen beurtheilt zu werden⁵⁹. Jedenfalls aber muß er, wenn es geleugnet wird, auch noch beweisen, daß, was er in Anspruch nimmt, zur Erbschaft wirklich gehöre oder als Surrogat für erbchaftliche Gegenstände zu gewähren sei⁶⁰.

Wichtiger ist der andere Punkt, daß der Kläger wirklich Erbe sei. Zum Beweise dessen gehört vor allem der Beweis des Todes derjenigen Person, deren Erbe der Kläger zu sein behauptet, welcher Beweis aber unter Umständen durch Todeserklärung ersetzt werden kann⁶¹. Dann kann der Anfall und die Erwerbung der Erbschaft in Frage kommen. Die letzte jedoch nur insofern als sich ergibt, daß die Erbschaft innerhalb einer bestimmten Zeit oder in einer bestimmten Form hätte angetreten sein müssen, und dieses bestritten wird; denn sonst wird durch die Anstellung der Erbschaftsklage selbst der Erwerb der deserirten Erbschaft außer Zweifel gestellt⁶². Vorzüglich also wird nur die Delation der Erbschaft Gegenstand des Beweises sein. Nun kann der Kläger sein Erbrecht 1) auf ein Testament gründen, und zwar a) auf ein öffentliches. Dann wird der Beweis durch Vorlegung der Urkunde geführt oder durch beglaubigte Ausfertigung des obrigkeitlichen Protokolls über Aufnahme oder Deposition und Eröffnung des Testaments; b) auf ein schriftliches Privat testament. Hier wird der Beweis ebenfalls durch Produktion der Testamentsurkunde geführt; es muß aber dabei auch die Richtigkeit der Unterschriften, beziehungsweise (bei dem olographen Testamente⁶³) der Schrift des Testators selbst, wenn sie bestritten wird, durch Recognition der Testamentzeugen und nach Umständen durch andere Beweismittel, z. B. Schriftvergleichung, andere Zeugen und Urkunden, oder auch wohl Eidesdelation, dargethan werden⁶⁴. Erscheint übrigens das Testament seiner Form nach dem Rechte gemäß und der Beklagte bestreitet dennoch dessen Gültigkeit, z. B. wegen Unfähigkeit des Testators oder eines Zeugen, wegen Uebergehung von Notherben oder Errichtung eines späteren

⁵⁸ L. 11. Cod. h. t.

⁵⁹ L. 12. D. h. t. Vgl. Bangerow, Pand. II. S. 357.

⁶⁰ Vgl. unten Note 85 ff.

⁶¹ Vgl. Cuius a. a. D. S. 493—498. Savigny, System II. S. 17 ff.

⁶² Vgl. Ob. 4. S. 6—11. Puchta, Pand. §. 507.

⁶³ L. 28. §. 1. Cod. de testament. 6. 23.

⁶⁴ Nov. 73. cap. 7. Cf. L. 4—7. D. test. quemadm. aper. 29. 3.

Testamentes u. dgl., so ist es seine Sache, den Grund der Ungiltigkeit zu beweisen⁶⁵. Aber wie, wenn die Urkunde des wirklich errichteten schriftlichen Testamentes verloren gegangen oder zerstört worden ist? Ist ein solcher Zufall nach des Testators Tode eingetreten, so ist kein Zweifel, daß die Existenz und der Inhalt des Testaments auch durch andere überhaupt genügende Beweismittel dargethan werden könne, wozu aber die genauesten Angaben über die äußere Form und Beschaffenheit des Testamentes, wie über dessen Inhalt erforderlich sein werden⁶⁶. Zweifelhafter ist dieß, wenn schon zur Zeit des Todes des Testators das Testament durch Zufall zu Grunde gegangen war, da die Ertheilung der *honorum possessio secundum tabulas* ausdrücklich von der Existenz des Testamentes zur Todeszeit abhängig gemacht wird⁶⁷. Allein es scheint dieß nur eine eigenthümliche Bedingung dieser *honorum possessio* zu sein, übrigens aber die Geltendmachung des erweislichen Inhaltes eines vor dem Tode des Testators zerstörten Testamentes nicht schlechthin ausgeschlossen, sofern nur nicht eine Willensänderung des Testators aus den Umständen hervorleuchtet⁶⁸. c) auf ein mündliches Testament. Viele sind hier der Meinung, es könne sowohl der Inhalt als der Act der Errichtung durch die Aussage von zwei Zeugen bewiesen werden⁶⁹, wobei es denn consequent auch nicht darauf ankäme, ob diese Beweiszeugen auch Testamentzeugen waren, aber natürlich auch kein Gegenbeweis durch widersprechende Aussagen anderer Zeugen vorliegen dürfte. Es ist aber einleuchtend, daß auf diese Weise der Zweck der gesetzlichen Vorschrift, welche die Zuziehung mehrerer Zeugen fordert, sehr leicht ganz vereitelt werden könne; die Gesetze selbst gewähren aber auch sonst sprechende Argumente für die Behauptung, daß vielmehr nur durch die eidliche Aussage der zur

⁶⁵ L. 11. Cod. de probat. 4. 19. Cf. L. 22. D. eod. 22. 3. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. Anderer Meinung könnte Glüd, a. a. D. S. 509. 510. zu sein scheinen. Aber unmöglich kann er dem Kläger den Beweis der Abwesenheit aller denkbaren Ungiltigkeitsgründe, die etwa der Beklagte vorzulegen möchte, aufbürden wollen. Vgl. Weber, von der Beweisführung, Ausg. von Geffter, S. 192. 275 fig., und Rechtsler. Bd. 2. S. 132. Es ist daher eine auffallende Strenge, wenn das Stadtgericht zu Frankfurt von dem Testamentserben, sogar um nur die Immiffion zu erlangen, den Beweis fordert, daß keine Notherben vorhanden seien.

⁶⁶ L. 2. 11. Cod. de testament. 6. 23.

⁶⁷ L. 1. §. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. un. D. si tab. test. extab. 37. 2.

⁶⁸ L. 1. §. 3. D. de his quae in test. del. 28. 4.: quoniam si torum testamentum non extet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. Vorher ist consulto und inconsulto delere entgegengesetzt, wovon doch nur beim Leben des Testators die Rede sein kann. Vgl. auch L. 10. §. 2. D. test. quemadmod. oper. 29. 3. Götschen a. a. D. S. 120.

⁶⁹ Vgl. die Allegate bei Glüd a. a. D. S. 505. Note 10. und Götschen a. a. D. Der letzte will alle Testamentzeugen, deren man habhaft werden kann, vernommen haben, hält aber im Nothfalle die übereinstimmende Aussage von zweien derselben genügend. Allein wenn man die Testamentzeugen als bloße Solennitätszeugen ansieht und den solennen Act der Testamenterrichtung als Gegenstand einer gewöhnlichen Beweisführung, so muß man consequent auch schon die Aussage von zwei unbedächtigen Beweiszeugen, die nicht einmal Testamentzeugen waren, für genügend halten.

Errichtung erforderlichen Anzahl von Testamentszeugen der Inhalt des mündlichen Testamentes bewiesen werden könne⁷⁰. Ist jedoch über das mündliche Testament eine Beweisurkunde in gehöriger Art aufgenommen worden (*testamentum nuncupativum in scripturam redactum*), so kann diese, ähnlich der Urkunde des schriftlichen Testamentes, zum Beweise benutzt werden⁷¹. Wenn ferner 2) auf einen Erbvertrag das Erbrecht gegründet wird, so ist eben nur die Existenz und der Inhalt dieses Erbvertrages nach dessen gesetzlichen Erfordernissen zu beweisen⁷². Endlich aber kommt noch 3) der Fall in Betracht, wenn der Kläger als gesetzlicher Erbe, ab intestato, die Erbschaft in Anspruch nimmt. Darüber sind die Meinungen ziemlich einig, daß hier der Kläger nicht die Nichtexistenz eines Testamentes zu beweisen brauche⁷³. Nur wenn ihm ein anscheinend giltiges Testament entgegengehalten wird, muß er darthun, daß gleichwohl durch dasselbe sein Intestaterbrecht nicht ausgeschlossen werde, sei es, weil das Testament verfälscht und untergeschoben sei, oder weil es von Anfang an nichtig gewesen oder späterhin ungiltig geworden, insbesondere etwa wegen Pflichttheilsverletzung richterlich rescindirt sei oder rescindirt werden müsse⁷⁴. Wie aber beweist der Kläger, die Nichtexistenz eines Testamentes vorausgesetzt, sein Intestaterbrecht? Keine besondere Schwierigkeit hat dieß, wenn er der absolut nächste Intestaterbe ist, ein Descendent des ersten Grades; und auch entferntere Descendenten können leicht zum Ziele kommen, indem sie nur ihre Abstammung vom Erblasser und den Wegfall derjenigen Personen (Eltern, Großeltern), durch welche ihre Verwandtschaft mit jenem vermittelt wird, darzulegen brauchen.

⁷⁰ L. 32. Cod. de fideicom. 6. 42.: Lex etenim ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. — L. 31. Cod. de testam. 6. 23.: sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant. So wird verordnet in Betreff des testamentum rure conditum, wenn dabei ein Schreibkundiger für andere schreibensunkundige Zeugen mit unterschrieben hat. Wie viel mehr muß dasselbe bei dem mündlich errichteten Testamente gelten? Vgl. Glüd a. a. D. S. 504—508. Puchta, Pand. §. 507. Note k. Thibaut, Pand. 8. Aufl., §. 891. — Sind mehr als die gesetzlich erforderliche Zahl von Zeugen zugezogen worden, so genügt es freiwillig, wenn nur so viele, als das Gesetz verlangt, ihre übereinstimmende Aussage deponiren; aber es ist nicht wohl zu rechtfertigen, wenn man anstatt der weggefallenen Testamentszeugen andere, die dieses nicht waren, zuläßt, wie Thibaut a. a. D. Vgl. L. 21. §. 2. D. de testament. 28. 1. Begünstigung verdienen die mündlichen Testamente gewiß nicht.

⁷¹ Thibaut a. a. D. Note z. Götschen a. a. D. S. 121. Puchta a. a. D.

⁷² Vgl. Rechtslexikon Bd. 4. S. 40 flg.

⁷³ Glüd a. a. D. S. 510. Götschen a. a. D. S. 416. Linde, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. I. S. 161 flg. und oben Bd. 2. S. 135. Für das römische Recht ist zwar anderer Meinung Bethmann-Hollweg, Versuch, S. 362 flg., aber ohne diese Meinung auch für das heutige Recht geltend zu machen.

⁷⁴ Vgl. Note 65. L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. Wenn die h. p. sich auf eine noch erst zu erweisende Nullität oder Rescissibilität eines Testamentes gründet, so nennt man sie insbesondere qualificirt Erbschaftsklage.

Wenn aber der Kläger zu einer anderen Classe von Verwandten gehört, so könnte man den schwierigen Beweis von ihm fordern wollen, daß kein näherer Intestaterbe vorhanden sei⁷⁵, welcher Beweis wohl meistens nur durch Edictalladungen indirect erzielt oder ersetzt werden könnte. Die große Mehrzahl der Rechtsgelehrten jedoch hält es zunächst für hinreichend, daß der Kläger nur überhaupt seine Verwandtschaft mit dem Erblasser oder seine Stellung unter den zur Intestaterbfolge im allgemeinen gesetzlich berufenen Personen beweise⁷⁶, so daß erst des Beklagten Anführung anderer näherer oder gleich naher Erben ihn (ganz oder theilweise) zurücktreibe oder zu dem weiteren Beweise nöthige, daß diese ihm dennoch nicht im Wege stehen⁷⁷. Und diese Meinung erscheint auch der Natur der Sache wohl gemäß, wenn man bedenkt, daß das neuere Recht unbedingt eine *successio graduum et ordinum* anerkennt, kraft deren der entfernteste zur Erbfolge gelangen kann, wenn auch nähere vorhanden waren; es ist dadurch allen Verwandten ein successiver oder eventueller Anspruch auf die Erbschaft beigelegt, welcher mit Wahrscheinlichkeit für wirklich begründet gehalten werden kann, wenn kein Näherer sich meldet und der jedenfalls unberechtigte Beklagte auch nicht einmal einen anzugeben weiß. Wenn man übrigens gewöhnlich sagt, wofern der Beklagte auch Verwandter des Erblassers sei, so müsse der Kläger auch seine nähere Verwandtschaft beweisen, so ist mit Recht dagegen bemerkt worden: dem Beklagten liege jedenfalls zunächst ob, sein Verwandtschaftsverhältniß zu beweisen, und da nun hierbei eben so wie bei dem Beweise des Klägers sich zugleich der Grad der beiderseitigen Verwandtschaft herausstellen werde, so bedürfe es dann darüber, welche von beiden Parteien nun der nächste Erbe sei, nur der richterlichen Beurtheilung⁷⁸.

Bei der *h. p. partiaria* muß der Kläger insbesondere auch den Theil, zu welchem er Erbe zu sein behauptet, angeben und darauf seinen Beweis richten. Es kann aber bei der Gewißheit des Erbrechtes doch die Größe des Erbtheiles zur Zeit noch unbestimmt sein, entweder weil andere Mitberufene über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft sich

⁷⁵ Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 363.

⁷⁶ Glüd a. a. D. S. 510—512, und die in Note 37. daselbst allegirten Schriftsteller, Thibaut a. a. D. §. 891. Meining-Jungenheim V. §. 192. Bösch a. a. D. S. 417. Vinde a. a. D. S. 163—166. Geffer a. a. D. S. 283, und Rechtslexikon Bb. 2. S. 135.

⁷⁷ Unrichtig scheint es uns, wenn Vinde die Entgegnung des Beklagten, es sei ein anderer näherer Erbe da, als *exceptio de iure tertii* für unwirksam erklärt. Sie ist Verneinung des Erbrechtes des Klägers oder Versuch des Gegenbeweises gegen den durch den Beweis seiner Verwandtschaft vom Kläger versuchten Beweis seines Erbrechtes und diesen Gegenbeweis muß der Kläger wieder durch die Nachweisung entkräften, daß jene nähere Verwandte etwa als erbunfähige oder weil sie die Erbschaft nicht wollen, ihm nicht entgegenstehen. Arg. L. 2. D. si pars her. pet. 5. 4. (Note 79.)

⁷⁸ Bösch a. a. D.

noch nicht erklärt haben, oder weil es in Frage steht, ob nicht zur Zeit noch ungeborene Personen und wie viele Miterben sein werden. Im ersten Falle kann der Theilerbe nur auf denjenigen Theil der Erbschaft, der ihm jetzt schon sicher ist, seine Klage richten, und den durch Ablehnung der Mitberufenen anwachsenden Erbtheil später besonders einklagen⁷⁹; im anderen Falle wird angenommen, es werde wohl eine Schwangere höchstens drei Kinder gebären, und darnach der Erbtheil berechnet, der dem lebenden Miterben jetzt schon sicher sei und daher auch jetzt schon, wie im ersten Falle, eingeklagt werden könne; wenn dann aber dennoch mehr geboren werden, so muß jener freilich eine Minderung des erstrittenen Erbtheiles erleiden, so wie er auch, wenn weniger oder gar keine erbfähigen Kinder geboren werden, sein umfassenderes Erbrecht immer noch geltend machen kann⁸⁰. Unbedingt ist jedoch der angegebene Ausweg nur dann zu benutzen, wenn der klagende Miterbe nur die Concurrenz ungeborener Kinder von einer Mutter, z. B. der Wittve des Erblassers, zu befürchten hat. Ist die Geburt mehrerer jetzt schwangerer Frauen abzuwarten, so wird es dem Ermessen des Richters überlassen, zu bestimmen, welcher Erbtheil dem Kläger jetzt schon als gesicherter zuzuerkennen sei; es soll nicht auf den ganz außerordentlichen Fall gerechnet werden, daß gerade alle jene Schwangere Drillinge gebären werden⁸¹.

Hat der Kläger sein Erbrecht bewiesen, so muß ihm dasselbe durch den Richter zuerkannt werden, und darin liegt die Entscheidung des Cardinalpunktes des ganzen Rechtsstreites. Nach römischem Rechte wurde dieses Urtheil (*hereditatem actoris esse, totam vel pro parte*), wie es auch zweckmäßig scheint, vorerst für sich ausgesprochen, und dadurch war die *exceptio rei iudicatae* gegen fernere Bestreitung des Erbrechtes von Seiten derselben Partei begründet⁸². Sofern nun aber der Beklagte hierauf nicht freiwillig den Kläger wegen seiner Ansprüche zufrieden stellt, entsteht weiter die Frage, welche Leistungen jenem nunmehr aufzulegen sind? was nach älterem Rechte, wie bei anderen *arbitrariae actiones*,

⁷⁹ L. 2. D. si pars her. pet. Vgl. Glüd a. a. D. VIII. S. 10. Note 19.

⁸⁰ L. 3. 4. D. l. c. L. 28. §. 5. D. de iud. 5. 1. Cl. L. 7. pr. D. de reb. dub. 34. 5.

⁸¹ So erklärt sich L. 1. §. 5. D. si pars her. pet., wo der Plural *uxores defunctorum fratrum praegnantes* nicht zu übersehen ist. Viele wollen L. 3. cit. nur auf den Fall beziehen, wenn der Erblasser selbst eine schwangere Wittve hinterlassen hat. Voet ad h. t. §. 3. Westenberg, principia ad h. t. §. 5. 6. Glüd a. a. D. S. 8. 9. Thibaut, Pand. §. 889. Andere wollen in allen Fällen auf jede schwangere Wittve drei Erbtheile vorbehalten, also wenn zufällig die Wittven von vier Brüdern schwanger wären, nicht weniger als zwölf, gegen die klare Bestimmung der L. 1. §. 3. cit. Hofacker, principia §. 1674. Göschen a. a. D. S. 448 (?).

⁸² L. 9. pr. L. 15. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 57. D. h. t.: *quum secundum alterum iudicatum est, quaeri solet, utrum — — restitui debeat*. L. 20. §. 6. *ibid.*: *Si adversus eos iudicatum esset*. L. 5. Cod. h. t. §. 2. J. de off. iud. 4. 47. Cl. L. 15. Cod. de sentt. 7. 45. (*restitutae*).

vorerst durch einen richterlichen Restitutionsbefehl bestimmt wurde, auf welchen dann eine eigentliche Condemnation in Geld folgen konnte, während das neuere Recht dieses nicht mehr so genau scheidet⁸³.

Der Inhalt und Umfang dieser Leistungen des Beklagten läßt sich theils schon nach der Natur des Streitgegenstandes ermessen, theils ist er gemäß einer Oratio Hadrian's im J. 129 nach Chr. durch einen Senatsbeschluß näher bestimmt worden, den man verkehrter Weise *senatusconsultum Juventianum* genannt hat, weil im Eingange der als Jurist berühmte *Juventius Celsus* als einer der ordentlichen Consuln des Jahres erwähnt wird, während doch Andere, als *consules suffecti*, ohne Zweifel den Vorsitz im Senate hatten. Dieser Senatsbeschluß, dessen wesentlicher Inhalt uns mit authentischen Worten in L. 20. §. 6. D. h. t. erhalten ist, betraf zwar zunächst nur Erbschaften, die dem *Aerarium* oder dem *Fiscus* zugefallen, ist aber dann, von den Juristen gründlich commentirt, auf jede h. p. ausgedehnt worden⁸⁴.

Vorerst nun muß hiernach der Beklagte alle erwiesener Maßen gegenwärtig zur Erbschaft gehörenden Sachen, die er in Händen hat, herausgeben und wird dazu auf Erfordern durch direkten Zwang angehalten⁸⁵, sie mögen schon bei Lebzeiten des Erblassers zu dessen Vermögen gehört haben oder erst später hinzugekommen sein, wie die Erzeugnisse und andere *Accessionen* der Erbschaftsachen, Erwerbungen durch Sklaven der Erbschaft u. dgl.⁸⁶, sie mögen ferner bis zum Tode des Erblassers in dessen Besitz geblieben sein oder nicht⁸⁷, und der Beklagte mag sie vom Anfang des Prozesses an besessen haben oder erst später in deren Besitz gekommen sein⁸⁸. Und nicht bloß diejenigen Sachen, deren Eigenthum wirklich zur Erbschaft gehört, muß er restituiren, sondern auch diejenigen, wegen deren für den Erblasser und jetzt für den Erben die *Publiciana actio* begründet wäre, ja, überhaupt alle, deren Besitz der Erblasser bis zum Tode gehabt, dann aber der Beklagte nur als vermeintlicher Erbe

⁸³ §. 31. J. de action. 4. 6. L. 57. D. h. t. L. 68. D. de R. V. Savigny, System V. S. 119. 146 fig.

⁸⁴ L. 20. §. 7—10. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Vgl. Fabricius a. a. D. S. 180 fig. Arnbt's a. a. D. S. 62—67 (unten Nr. 47. Note 109 fig.)

⁸⁵ L. 68. D. de R. V.: manu militari. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Proz. I. S. 330. 338. Es ist kein Grund einzusehen, warum Buchholz, a. a. D. S. 21. dieses bezweifelt; in dem *arbitrium iudicis* mußten ja die zu restituirenden Sachen speciell bezeichnet sein, und es konnte also darin die Eigenschaft der *actio de universitate* keinen Unterschied machen, um so weniger, da auch bei der *rei vindicatio* die Restitution mehrerer Sachen auferlegt werden konnte. L. 17. §. 1. L. 20. D. l. c. Vgl. auch L. 68. cit. in fine: haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta sive actiones in rem — — locum habet.

⁸⁶ L. 18. §. 2. L. 20. §. 3. Cf. L. 25. §. 20. — L. 29. 32. D. h. t.

⁸⁷ Vgl. oben Note 31.

⁸⁸ L. 4. 41. pr. D. h. t.

oder aus bloßer Willkür an sich gerissen hatte⁸⁹; ja auch solche, die der Verstorbene nur detinirte, insofern sich daran ein rechtliches Interesse anknüpft, es sei wegen eines Retentionsrechtes oder wegen der auf den Erben übergehenden Restitutionsverbindlichkeit gegen einen Dritten, wie bei geliehenen, verpfändeten oder in Verwahrung gegebenen Sachen⁹⁰. Aber selbst auch solche Sachen sollen als zur Erbmasse gehörende restituirt werden, welche durch den Besitzer für die Erbschaft angeschafft worden, nicht nur wenn dieses mit erbshaftlichem Gelde geschehen ist (*ubi res succedit in locum pretii*), sondern auch wenn mit eigenem Gelde des Beklagten, jedoch natürlich gegen Ersatz des Preises, während dagegen die zwar mit erbshaftlichem Gelde, aber nicht für die Erbschaft, sondern in anderweitigem Interesse angeschaffte Sache nicht hierher gehört⁹¹. Ferner muß der Beklagte Alles erstatten, was er als Verwalter erbshaftlichen Vermögens eingenommen oder gewonnen und noch im Besitze hat, namentlich was er von Schuldnern der Erbschaft als Zahlung empfangen⁹², auch den Betrag der Privatstrafen, die ihm in Betreff von Erbschaftsachen zugestossen, sofern diese nicht vielmehr als Vergeltung für eine persönliche Verletzung des Besitzers erscheinen⁹³, und ebenso auch dasjenige, was der Beklagte selbst als Schuldner der Erbschaft zu zahlen hätte und gewissermaßen von sich selbst empfangen zu haben scheint⁹⁴. Und endlich müssen auch die in Bezug auf die Erbschaft und aus Veranlassung derselben erworbenen Forderungen gegen andere Personen abgetreten werden⁹⁵. Alles dieses bildet gegenwärtig die objective Erbmasse, so weit sie der Beklagte in Händen hat.

Im übrigen bestimmt sich das Maß der dem Beklagten aufzulegenden Leistungen vorzüglich darnach, ob derselbe Besitzer in gutem oder in bösem Glauben ist. *Bonae fidei possessor* ist im Erbschaftsstreite derjenige, welcher in der Meinung, Erbe oder dem Erben gleich berechtigt (*heredis loco*) zu sein, Etwas besitzt, wenn auch etwa seine Meinung auf einem Rechtsirrtume beruht. *Malae fidei possessor* dagegen ist derjenige, welcher entweder vom Anfang an, ohne sich dazu berechtigt zu glauben, den Besitz von Nachlassgegenständen sich anmaßte, oder

⁸⁹ Vgl. oben Note 30.

⁹⁰ L. 19. pr. §. 2. D. h. t.

⁹¹ L. 20. pr. §. 1. Cf. L. 25. §. 1. D. h. t.

⁹² L. 25. §. 17. in f. u. §. 18. L. 31. §. 5. D. h. t., nicht auch *indebita*, L. 20. §. 18. D. h. t.

⁹³ L. 23. §. 1. — L. 25. pr. L. 55. D. h. t.

⁹⁴ Vgl. oben Note 20. 25. L. 20. §. 4. 5. D. h. t.

⁹⁵ L. 16. §. 4. 5. L. 40. §. 2. D. h. t. Servituten, die mit einem erbshaftlichen Grundstücke verbunden sind, bilden keinen Gegenstand der Restitution. L. 19. §. 3. D. h. t. Glüd. a. a. D. S. 538—541.

späterhin von seinem Unrecht überzeugt dennoch mala fide im Besitze verharrete; der erste heißt insbesondere praedo im eigentlichen Sinne, der letzte aber ist von dem Zeitpunkte der Erkenntniß seines Unrechtes an diesem gleich zu achten und wird daher auch oft darunter mitverstanden⁹⁶. Als leitender Grundsatz kann nun vorangestellt werden: Der Besitzer in gutem Glauben soll von dem Erbschaftsbesitze, den er als vermeintlicher Erbe sich beigelegt, keinen bleibenden Vermögensvorthell dem Erben gegenüber behaupten, aber doch auch nicht in Folge dessen einen positiven Schaden an seinem eigenen Vermögen erleiden; er soll daher dem Erben in so weit, aber auch nicht weiter, als er durch den Besitz der Erbschaft sich bereichert findet, zur Restitution verbindlich sein; der unredliche Beklagte dagegen soll dem Kläger nicht nur allen Gewinn herausgeben, sondern Alles ersetzen, was dieser haben könnte, wenn ihm nicht durch den Beklagten das erbschaftliche Vermögen unredlicher Weise wäre vorenthalten worden⁹⁷. Demnach muß

1) der unredliche Besitzer für alle wirklich gezogenen und consumirten, ja auch für die vernachlässigten Früchte derjenigen Sachen, die er mala fide besessen, von der Zeit an, als er zuerst in mala fide war, Ersatz leisten⁹⁸. Sind Sachen der Erbschaft, die er besaß, zu Grunde gegangen oder verschlechtert, so haftet er für jedes Versehen in dieser Beziehung und muß den ganzen Betrag des Schadens nach dem wahren Werthe der Sachen und der Früchte, die daraus gezogen werden konnten, erstatten⁹⁹; ja auch für den Zufall muß er einstehen, insofern dieser die Sache bei dem Kläger nicht betroffen oder doch wenigstens für diesen die nachtheilige Folge desselben durch zeitige Veräußerung hätte abgewendet werden können¹⁰⁰. Hat er erbschaftliche Gelder oder eingezogene Capitalien

⁹⁶ L. 20. §. 11—13. L. 25. §. 3—6. D. h. t. Wer mala fide die Erbschaft an sich kaufte, ist zwar nicht Praedo im eigentlichen Sinne; nemo enim praedo est, qui pretium numeravit; aber er ist doch malae fidei possessor von Anfang an. Vgl. Note 36.

⁹⁷ L. 20. §. 6. L. 25. §. 2. 11. L. 28. D. h. t.

⁹⁸ L. 25. §. 4. L. 40. §. 1. L. 56. D. h. t. §. 2. J. de off. iud. 4. 17.

⁹⁹ L. 25. §. 2. L. 31. §. 3. L. 54. §. 2. D. h. t.

¹⁰⁰ L. 20. §. 21. Cf. L. 36. §. 3. L. 40. pr. D. h. t. Vgl. Mayer, Erbr. I. §. 132. Note 3. Mühlenbruch, Lehrb. §. 715. Note 4. Viele beschränken diese Haftung des Praedo für den Zufall auf die Zeit nach der Litiskontestation oder nach erhobenem Prozeß. Wenig-Jungenheim V. §. 195. Gößchen a. a. D. S. 421. Buchta, Pand. §. 508. Fabricius a. a. D. S. 185. Dollmann, in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung VI. S. 347 u. A. Aber L. 20. §. 21 cit. im Zusammenhange mit §. 17. ibid. aufgefaßt, spricht dagegen. Andere machen einen Unterschied zwischen dem eigentlichen Praedo und einem anderen malae fidei possessor. Jener soll unbedingt von Anfang an den Zufall tragen (arg. L. 7. in f. D. de cond. furt. 13. 4. L. 1. §. 34. L. 19. D. de vi. 43. 16.), dieser nur, insofern der Zufall bei dem Kläger die Sache nicht betroffen haben würde, was dieser zu beweisen habe. Glück a. a. D. S. 557 et ibi cit. Aber daß der Kläger durch zeitige Veräußerung den Schaden hätte vermeiden können, wird in der Regel vermuthet, und nicht gefragt, ob er dieß wirklich gethan haben würde (distraxisset et verum rei pretium non perderet, vgl. L. 40. cit.; potuit petitor distraxisse ea) — Buchholz a. a. D. S. 12.; und es ist um so weniger gestattet, dieseß mit Rücksicht

verzehrt oder in seinen Nutzen verwendet, so muß er diese nach ihrem vollen Betrage mit Zinsen ersetzen¹⁰¹; nicht aber haftet er auch für vernachlässigte Zinsen von solchem erbchaftlichen Gelde, daß er unbenutzt liegen ließ und nur auf seine Gefahr hätte verzinslich anlegen können¹⁰², ausgenommen von der Zeit an, da er auf die Forderung des Klägers die Herausgabe doch verweigerte¹⁰³. Auch dafür kann der Beklagte nicht verantwortlich gemacht werden, wenn Forderungen der Erbschaft etwa durch Verjährung erloschen oder durch Verarmung der Schuldner in ihrem Werthe gemindert worden sind; den Kläger als wahren Erben hinderte ja nichts, die Schuldner der Erbschaft selbst zu belangen, und der Beklagte als unberechtigter konnte nicht einmal wirksam gegen sie klagen und die Verjährung nicht unterbrechen¹⁰⁴. Dagegen wird noch eine vorzüglich bedeutende Ersatzverbindlichkeit durch Veräußerungen von Erbschaftsachen begründet. Hat der unredliche Besitzer solche aus Nothwendigkeit, d. i. im wahren Interesse der Verwaltung des erbchaftlichen Vermögens, vorgenommen, so muß er dem Kläger den wirklich empfangenen Preis, sollte dieser auch den wahren Werth übersteigen, in Rechnung bringen¹⁰⁵ (*pretium succedit in locum rei*), und mindestens für Ersatz des wahren Werthes haften, wenn er auch bei der Veräußerung der Sache durch seine Schuld diesen nicht erreicht hat¹⁰⁶. Wenn er aber ohne solchen Anlaß, nur in eigenem Interesse und darum, da er sein Unrecht kannte, bösslicher Weise Sachen veräußert hat, wenn er überhaupt irgendwie *dolo malo* den Besitz aufgegeben oder auch nur denselben in gleicher Gesinnung absichtlich nicht erworben hat, wo er sich ihm darböt, so kann der Kläger die Restitution der Sachen selbst mit allen ihren Accessionen verlangen, und sofern der Beklagte nicht im Stande ist, dieselbe zu gewähren, die Größe des Ersatzes durch den Schätzungsseid bestimmen; er kann aber auch nach seiner Wahl den vom Beklagten eingekommenen Preis mit Zinsen in Anspruch nehmen, und

auf L. 15. §. 3. D. de R. V. bloß hypothetisch zu verstehen (vgl. Dollmann a. a. D.) und darüber dem Kläger noch den Beweis aufzubürden, als man dieses selbst bei L. 15. §. 3. cit. mit gutem Grunde bezweifeln kann. Vgl. auch L. 47. §. 6. D. de legat. I. — * Zu dieser Anm. vgl. jedoch das Lehrb. §. 533. Anm. 3. Unger, Erbr. §. 52. Anm. 8.

¹⁰¹ Arg. L. 25. §. 3. L. 51. §. 1. in f. D. h. t. L. 1. Cod. h. t.

¹⁰² L. 20. §. 14. D. h. t. Cf. L. 62. pr. D. de R. V. 6. 1. Mit Unrecht behauptet Thibaut a. a. D. §. 893. Note m, er brauche auch keine Zinsen zu vergüten, wenn er erbchaftliche Gelder verzinslich angelegt habe, der Kläger aber nicht die Gefahr des Kapitals übernehmen wolle. L. 20. §. 14. beweist das Gegentheil (*argumento a contrario*), L. 30. D. h. t. aber spricht nur vom *bonae fidei possessor*.

¹⁰³ Arg. L. 40. pr. D. h. t. Cf. L. 20. §. 11. 12. D. h. t.

¹⁰⁴ L. 31. §. 4. Cf. L. 25. §. 2. D. h. t.

¹⁰⁵ L. 20. §. 2. 12. 21. L. 33. §. 1. Cf. L. 53. D. h. t.

¹⁰⁶ Vgl. Note 99.

wenn die Sachen selbst durch Zufall zu Grunde gegangen sind, jedenfalls doch Ersatz des wahren oder des wirklich empfangenen höheren Preises mit Zinsen verlangen¹⁰⁷.

2) Der redliche Besizer braucht nur die noch bei ihm vorhandenen Früchte zu restituiren; wegen verzehrter Früchte aber, wegen erhobener Zinsen, wegen ausgegebener Gelder, wegen eingezogener Forderungen und wegen jeder Art von Veräußerung aus der Erbschaft kann er immer nur in so weit, als er dadurch jetzt noch bereichert ist, in Anspruch genommen werden¹⁰⁸, und er haftet auch nicht wegen irgend einer Art von Zerstörung oder Verschlechterung der Erbschaftsachen, als welche er für die seinigen angesehen hat¹⁰⁹. Hat er also auf Kosten der Erbschaft etwas verschenkt oder verschwendet, so ist er zu keinem Ersatze verbunden, er möchte denn etwa Gegengeschenke erhalten haben, die als eine mittelbare durch die verschenkten Erbschaftsachen gewonnene Bereicherung anzusehen sind¹¹⁰. Wenn er aber mit Ersparung seines eigenen Vermögens aus der Erbschaft die Kosten seines Lebensunterhaltes bestritten hat, so liegt eben darin wieder eine Bereicherung für ihn, die er erstatten muß, wobei nur zu berücksichtigen ist, ob er etwa im Vertrauen auf die ihm vermeintlich gehörende Erbschaft mehr ausgegeben habe, als er sonst zu thun pflegte (*lautius vixit*), während er keineswegs von den noch in seinen Händen befindlichen Erbschaftsgegenständen bloß aus dem Grunde dem Erben etwas vorenthalten kann, weil er in der falschen Meinung, so viel reicher zu sein, sein eigenes Vermögen durch Ausgaben und Schuldenmachen stärker angegriffen hatte, also er sonst gethan haben würde¹¹¹. Im Falle oneroser Veräußerungen muß er die empfangene Gegenleistung, so weit er durch sie noch bereichert ist, erstatten, als von verkauften Sachen den wirklich empfangenen Kaufpreis nebst den daraus gewonnenen Zinsen, so weit nicht beides wieder ohne bleibenden Nutzen verzehrt ist¹¹²; hat er aber noch Forderungen auf versprochene Gegenleistungen, so braucht er nur die betreffenden Klagen abzutreten, gegen Sicherstellung wegen der seinerseits eingegangenen Verbindlichkeiten¹¹³.

¹⁰⁷ L. 20. §. 21. L. 25. §. 8. 10. L. 33. §. 4. L. 36. §. 3. D. h. t.

¹⁰⁸ L. 25. §. 41. L. 28. 40. §. 1. D. h. t. — L. 1. §. 1. Cod. h. t. Wer als Käufer der Erbschaft belangt ist, braucht auch die durch die consumirten Früchte gewonnene Bereicherung nicht zu erstatten. L. 2. Cod. h. t.

¹⁰⁹ L. 25. §. 41. L. 31. §. 3. D. h. t.

¹¹⁰ L. 25. §. 41. cit. verb.: *nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur etc.*

¹¹¹ L. 25. §. 42—46. l. c. Stielt sich der Theilerbe für den einzigen Erben und verzehrte einen Theil der Erbschaft, so ist das nach Verhältniß der Erbtheile als Verzehr des eigenen und des fremden Erbtheiles anzusehen. L. 25. §. 45. cit.

¹¹² L. 20. §. 17—20. L. 23. D. h. t.

¹¹³ L. 20. §. 47. in f. L. 16. §. 5. D. h. t.

Und wenn er nun die verkaufte Sache selbst später wieder erlangt hat, und so zugleich die Sache und den früheren Preis besitzt, so muß er nebst der Sache auch den ihm als Bereicherung verbliebenen etwaigen Ueberschuß dieses Preises herausgeben ¹¹⁴. Hat endlich der redliche Besitzer erbchaftliche Gelder zu Capital ausgegeben, so braucht er ebenfalls nur die betreffenden Forderungsklagen abzutreten, anstatt das Geld selbst zurückzuerstatten ¹¹⁵; wegen versäumter Geltendmachung von Rechtsansprüchen der Erbschaft kann er schon deßhalb nie verantwortlich gemacht werden, weil ihm dadurch keine Bereicherung zu Theil geworden ist ¹¹⁶.

So ist also die Lage des redlichen Besitzers ungleich günstiger als die des unredlichen, und mit Recht. Aber — *post litem contestatam*, so lautet eine andere Regel, *quin imo post motam controversiam omnes incipiunt malae fidei possessores esse* ¹¹⁷. Vom Beginne des Prozesses an muß also auch des bisher redlichen Besitzers Restitutionsverbindlichkeit einen weiteren Umfang annehmen. Dieß versteht sich ganz von selbst, wenn er, etwa durch die vom Kläger vorgebrachten Beweise überzeugt, von vorn herein eingesehen hat und hat einsehen müssen, daß er im Unrecht sei, dennoch aber es auf den Prozeß ankommen ließ; denn von da an ist er wirklich und wahrhaft *malae fidei possessor* geworden ¹¹⁸. Aber wenn dieß auch nicht der Fall war, wie es keineswegs nothwendig der Fall ist, so tritt dennoch jene Veränderung in der Lage des Beklagten ein. Durch die *Litiscontestatio* wird nämlich der Beklagte dem Kläger eigentlich obligirt. Von nun an muß daher auch der in redlicher Meinung besitzende Beklagte, den möglichen Fall bedenkend, daß der Kläger den Prozeß gewinne, den einem verständigen Manne geziemenden Fleiß auf die Streitgegenstände verwenden, für die nachtheiligen Folgen seiner Vergehen und seiner Nachlässigkeit haften und alle Früchte, die nach dieser Zeit gewonnen wurden oder durch Anwendung des gehörigen Fleißes gewonnen werden könnten, und deßgleichen dann auch Zinsen von dem zu restituirenden Gelde, herausgeben oder ersetzen ¹¹⁹. In Rücksicht dieser Verpflichtungen des Beklagten soll aber noch auf den früheren Zeitpunkt zurückgegangen werden, als zuerst der

¹¹⁴ L. 22. D. h. t.

¹¹⁵ L. 30. D. h. t.

¹¹⁶ Vgl. Note 104.

¹¹⁷ L. 25. §. 7. D. h. t. Cl. L. 20. §. 11. L. 31. §. 3. D. h. t.: *postea vero et ipse* (b. f. possessor) *praedo est*. Vgl. Glüß a. a. D. S. 546—553.

¹¹⁸ L. 25. §. 5. D. h. t. DoUmann a. a. D. S. 348.

¹¹⁹ L. 20. §. 6. 11. L. 31. §. 3. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. §. 2. J. de off. iud. 4. 17. Cl. L. 22. Cod. de R. V. L. 62. §. 1. D. de R. V. L. 4. §. 2. D. fin. reg. 10. 1.

Kläger sein Erbrecht gegen den Besitzer ernstlich geltend machte¹²⁰, und auch dieses scheint durch die Natur der Sache vollkommen gerechtfertigt, indem der Beklagte schon von da an, wenn gleich er nicht sofort von dem Rechte des Gegners überzeugt wurde, doch nicht mehr mit vollkommener Sicherheit auf sein Recht vertrauen darf, und, wenn er nachher den Prozeß verliert, füglich schon von jenem Zeitpunkte an als unredlich angesehen werden kann, insofern er nicht redlich darauf bedacht war, den Streitgegenstand in seiner Integrität zu erhalten¹²¹. Indessen wäre es keineswegs gerecht, ihn nunmehr einem wirklich unredlichen Besitzer völlig gleichzustellen, wenn er doch noch mit gutem Grunde das Vertrauen festhielt, daß er und nicht der Kläger siegen werde, und es ist denn auch die obige Regel (Note 117) nicht streng buchstäblich zu verstehen. Nur in Ansehung der Prästation der Culpa, in Ansehung der Verbindlichkeit zur Restitution der Früchte, und insbesondere in Betreff der Ersatzverbindlichkeit wegen der später erst vorgenommenen freiwilligen Veräußerungen aus der Erbmasse, so wie in Ansehung der Verpflichtung zur Verzinsung der aus früheren Veräußerungen gewonnenen Kaufpreise, ist er jetzt dem unredlichen Besitzer gleich zu beurtheilen¹²²; Veräußerungen

¹²⁰ L. 20. §. 6. cit. in f.: quo primum scierit quisque a se peti, id est cum primum aut denuntiatio esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset. (Ueber die denuntiatio vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 249 fig.) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. ibid.: quamquam enim litis contestatae mentio fiat in Scto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares sunt et quasi praedones tenentur.

¹²¹ L. 20. §. 11. cit.: ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor. L. 25. §. 7. cit.: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. — Er fängt an es zu wissen, das heißt nicht: er hat jetzt schon die volle Ueberzeugung davon; aber wenn ihm nachher der Verlauf des Prozesses die Ueberzeugung von seinem Unrechte aufbrängt, so kann man den Beginn dieser Aenderung seiner Meinung auf den Zeitpunkt der Streitantkündigung zurückführen.

¹²² Nur auf diese beiden letzten Wirkungen will die Gleichstellung Dollmann einschränken, in den Blättern für Rechtsanwendung VI. S. 355—362. Er betrachtet die allgemeinen Ansprüche in L. 20. §. 11., L. 25. §. 7. cit. nur als Versuch theoretischer Rechtfertigung der dort vorkommenden speciellen Entscheidungen. Aber diese Beschränkung scheint uns nicht nur den Worten, sondern auch dem Geiste dieser Ansprüche zuwider zu sein. Es ist unzulässig, in L. 25 §. 7. cit. in den Worten: tamen et p. m. c. (Note 120.) das et zu erklären: in gewissen, manchen Beziehungen; es heißt nichts anderes, als: doch auch schon p. m. c. Es ist ferner unbefugt, in L. 31. §. 3. D. h. t. die Worte ante petitam hereditatem auf die Litiscontestatio zu deuten, da Ulpian sonst in demselben Buche, woraus L. 31. cit. entnommen ist, zwischen petita hereditas und lis contestata nach dem Vorgange des Sc. deutlich unterscheidet (L. 20. §. 6. 11. 16. D. h. t.); und so beweist L. 31. cit. allerdings, daß auch in Betreff der praestatio culpa der bonae fidei possessor schon von Erhebung der Klage an dem Prädo gleich beurtheilt wird. Vgl. auch L. 4. §. 2. in f. D. cui plus. 35. 3. Dann aber wäre es offenbar inconsequent, nicht auch in Ansehung der Restitution der Früchte dasselbe anzunehmen, bei denen es ja auch eigentlich nur auf Prästation der Culpa ankommt, und um so inconsequenter, da die unzweifelhaft zu prästirenden Zinsen eingemommener Kaufpreise auch nur eine Art von Früchten sind. Daß L. 1. §. 1. Cod. h. l. dieser Annahme nicht entgegensteht, beweist Dollmann selbst S. 357. Note 39. Aber auch L. 2. ibid. steht nicht entgegen, weil sie speciell nur den Käufer der Erbschaft im Auge hat, der singularum rerum iure convenitur (Note 103). Uebrigens ist es an sich vollkommen begreiflich, daß die römische Jurisprudenz den Anhaltspunkt, welchen ihr das Sc. bot, gern benutzte, um in der fraglichen Beziehung den ohnehin mehr formellen Gesichtspunkt der Litiscontestatio

namentlich soll der Besitzer nach Beginn des Prozesses nicht anders mehr sich erlauben, als wenn er zuvor den Kläger durch Caution gegen möglichen Nachtheil sicher stellt, oder der Richter sie im Interesse der Erbschaft gestattet¹²³. Dagegen braucht der redliche Besitzer auch jetzt noch nicht, wie der *malae fidei possessor*, den Zufall zu tragen; es wäre unbillig, ihn für zufällige Zerstörung und Verschlechterung der Streitgegenstände verantwortlich zu machen, weil er nicht sofort ohne Vertheidigung seines vermeintlichen Rechtes den unbewiesenen Anspruch des Klägers einräumen wollte¹²⁴. Daher soll es auch nach dem Zeitpunkt des Urtheils über das Erbrecht ermessen werden, inwiefern der Beklagte für reicher zu halten sei; bis dahin durch Zufall bewirkte, nicht durch Versehen des Beklagten verschuldete, Minderung der Vortheile, die er zu Anfange des Prozesses noch besaß, soll ihm nicht zur Last fallen¹²⁵.

Nach dem Umfange der Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten richtet es sich nun auch, inwiefern der Kläger seine Ansprüche noch etwa gegen diejenigen verfolgen könne, welche von jenem den Besitz von Erbschaftsachen erhalten oder als Schuldner der Erbschaft an denselben Zahlung geleistet haben. Gegen die ersten ist an sich immer die Eigenthumsklage für den Erben begründet, wenn nicht vielleicht durch Erziehung das Eigenthum der Erbschaft entzogen worden ist¹²⁶. Es würde jedoch unbillig sein, die Herausgabe der Sache noch zu fordern, nachdem der Erbe durch die Restitution des Erbschaftsbesagten den von diesem einggenommenen Preis schon erhalten hatte, und aus diesem Grunde kann daher der Eigenthumsklage eine Einrede entgegengesetzt werden¹²⁷. Aber wenn dieß auch nicht der Fall war, weil der redliche Besitzer sich durch die Veräußerung nicht bereichert fand, so kann der Erbe doch nur dann mit voller Wirkung gegen den dritten Besitzer klagen, wenn die *Eviction*

zu verlassen und den Gesichtspunkt einer Verpflichtung, welche durch die Bekanntschaft mit dem ernstlich erhobenen Rechtsansprüche des Andern begründet werde, geltend zu machen.

¹²³ L. 5. pr. L. 53. Cf. L. 20. §. 16. D. h. t.

¹²⁴ L. 40. pr. D. h. t.: *Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi indefensum ius suum relinquere.* Eine ungewisshaft falsche Erklärung dieser Stelle deutet Fritz an in der 6. Ausg. von Wenig-Jungenheim's *Civilrecht* V. §. 195. Note h. Vgl. *Basilic.* lib. 42. tit. 1. cap. 40. et *Scholia ad h. l.* (Ausg. von Fabrot vol. V. p. 559. 633. 34.) *Bangerow*, *Pant.* II. §. 506 a. C.

¹²⁵ L. 36. §. 4. D. h. t. Kühn aber gleichwohl verkehrt urtheilt darüber Donell. XIX. cap. 14. §. 38.: *ut fatendum sit omnino aut vitium hic scripturae esse aut Paulo aut Triboniano in relatione huius sententiae somnum obrepssisse.* S. dagegen *Bynkershoek*, *obs.* lib. VIII. cap. 12.

¹²⁶ L. 21. D. h. t. L. 25. §. 17. *ibid.*: *an singulas res, si nondum usucaptae sunt, vindicare possit.*

¹²⁷ L. 25. §. 17. D. h. t.: *Certe si minori pretio res venierit et pretium quodcunque illud acter sit consecutus, multo magis poterit dici, exceptione eum summoverti.*

der Sache keinen Regressanspruch gegen den veräußernden redlichen Besitzer zur Folge hat. Denn sonst würde der Letzte durch die Klage des Erben indirect mehr zu leisten genöthigt, als er sich bereichert fand. Daher kann in solchem Falle auch schon vor erhobenem Erbschaftsstreite die Eigenthumsklage durch Einrede ausgeschlossen werden, mit Rücksicht darauf, daß durch dieselbe dem künftigen Erbschaftsbeklagten, dem ja der Besitzer litem denuntiren müßte, präjudicirt werden könnte¹²⁸. Wenn dagegen ein unredlicher Besitzer, oder der redliche nach Beginn des Prozesses, die Sache veräußert hatte, so steht der Eigenthumsklage eine solche Hinderung nicht im Wege; vielmehr ist sie hier selbst dann noch zulässig, wenn der Erbe von dem Beklagten, welcher bösslicher Weise sich des Besitzes entäußert hatte, bereits vollen Ersatz erhalten hat¹²⁹. Auf ähnliche Weise ist auch das Verhältniß zu Schuldnern der Erbschaft zu beurtheilen, welche an den Beklagten Zahlung geleistet haben. Durch diese konnten sie nicht befreit werden, so lange nicht der Gegenstand der Zahlung, mittelbar durch die Restitution des Beklagten, dem Erben als dem wahren Gläubiger zugekommen ist¹³⁰. Der Erbe kann also gegen dieselben noch klagen, und ihnen steht dagegen, wenn sie im Irrthume gezahlt haben, die *condictio indebiti* gegen den Empfänger zu. Dadurch aber könnte nun wiederum der redliche Erbschaftsbesitzer indirect mehr zu leisten genöthigt werden, als er dem Erben zu restituiren brauchte, wenn er nämlich durch die empfangenen Summen nicht eine bleibende Bereicherung von gleichem Betrage gewonnen hatte; daher kann auch hier insoweit die Klage des Erben gegen die Schuldner durch Einrede ausgeschlossen werden¹³¹.

Die Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten im Erbschaftsstreite kann aber endlich noch eine Modification erleiden durch Gegenansprüche, welche

¹²⁸ L. 25. §. 17. cit.: *Et puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent*. Goloander hat statt *nisi* die Variante *licet* bemerkt, und Faber, weitlich scheltend auf den Verderber Tribonianus, hält *etsi* für die richtige Lesart. Aber die bestbeglaubigte Lesart *nisi* gibt auch den besten Sinn; dagegen ist vorher wohl statt *quoniam* die Lesart der *Vulg.* *quoniam* vorzuziehen. — Gewiß mit Unrecht behauptet Mayer, *Erbr. I. §. 133.*, nach dem veräußernden bonae fidei possessor könne der Erwerber gar nicht mehr in Anspruch genommen werden. Die Stelle in Note 126. setzt voraus, daß der Kläger im Erbschaftsstreite einen vom jetzigen Beklagten gezahlten Preis (*pretium illud quodcumque*) erhalten habe; wenn aber der Besitzer die Sache verschenkt oder den Preis nicht erhalten oder denselben inzwischen verzehrt und deshalb dem Erben nichts restituirt hatte, so ist kein Grund, die Klage des Letzten gegen den dritten Besitzer, dem auch kein Rückgriff gegen den Veräußerer zusteht, auszuschließen. Cf. L. 16. §. 7. D. h. t. Fabricius a. a. D. S. 189 ff. — Nach gleichen Gesichtspunkten ist übrigens auch wohl das Verhältniß der *directa h. p.* gegen den Verkäufer und der *utilis h. p.* gegen den Käufer der Erbschaft zu bestimmen. Cf. L. 13. §. 4. §. 8. D. h. t. Fabricius a. a. D. S. 192.

¹²⁹ L. 13. §. 14. L. 25. §. 8. D. h. t. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. Glük a. a. D. S. 530—34.

¹³⁰ L. 25. §. 17. in f. L. 31. §. 5. D. h. t.

¹³¹ Arg. L. 25. §. 11. 17. cit. L. 20. §. 20. *ibid.* Fabricius a. a. D. S. 190.

demselben gegen den Kläger zuerkannt werden müssen. Diese können sich gründen: 1) auf Zahlungen, welche der Beklagte aus eigenem Vermögen an Gläubiger der Erbschaft oder an Legatarien geleistet hat. Den Betrag derselben kann er in Abzug bringen oder Ersatz dafür fordern. Zwar wird des Erben Schuldverbindlichkeit durch jene Zahlung nicht ipso iure getilgt, weil sie nicht in seinem Namen geschah¹³². Aber der unredliche Besizer braucht deswegen nur Sicherheit zu leisten, daß er den Erben gegen fernere Ansprüche der Gläubiger vertreten werde, wo er dann als procurator in rem suam den abermalß Zahlung fordernden Gläubiger unbedenklich durch doli exceptio zurückweisen kann¹³³; und von Seiten des redlichen Besizers genügt die Abtretung der ihm gegen die bezahlten Gläubiger erworbenen *condictio indebiti*, die sich dann gegen die Ansprüche der Gläubiger von selbst compensirt¹³⁴; der Erbe ist aber auch ohnedieß schon durch *exceptio doli* gegen die Klagen der Gläubiger geschützt, wenn ihm bei der Restitution der Erbschaft die Zahlung in Abrechnung gebracht worden ist, da die Gläubiger, und zwar auf Kosten des Erben, das Ihrige bereits erhalten haben¹³⁵. Ein Gleiches gilt in Ansehung bezahlter Vermächtnißforderungen¹³⁶. Wie aber, wenn der Beklagte irrtümlich angenommene Erbschaftsschulden oder ungiltige Legate bezahlt hat? Der unredliche Besizer kann natürlich deshalb keinen Abzug machen, sondern muß vielmehr auch das zu diesem Zwecke aus der Erbschaft selbst entnommene Geld erstatten, und mag dann auf geeignetem Wege von den Empfängern Ersatz zu erlangen

¹³² Arg. L. 38. §. 2. in f. D. de solut. 46. 3. Ob in keinem Falle gesagt werden könne, daß durch solche Zahlung die Schuldverbindlichkeit des Erben ipso iure getilgt werde, darüber sind die Meinungen verschieden. L. 5. Cod. h. t. nimmt eine völlige Tilgung an. Diese Stelle könnte man nun allenfalls durch Beziehung auf die Zeit nach Erhebung der Klage erklären. Rämmerer, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. VIII. S. 196—200. Vangerow, Pand. II. S. 365. Aber es löst sich doch nach der Natur der Sache auch vorher wohl eine Zahlung hereditario nomine denken, welche jene strengere Wirkung hätte, sowohl von Seiten des *bonae fidei possessor*, als von Seiten des *m. f. possessor*; von jenem, indem er in Voraussicht der Möglichkeit einer künftigen Befreiung seines Erbtheiles die Zahlung ausdrücklich im Namen der Erbschaft, wem dieselbe auch zukommen möge, leistet, und darauf sich z. B. auch die Quittung ausstellen läßt, von diesem, indem er dem Gläubiger gegenüber ebenfalls nur als Vertreter der Erbschaft handelt. Vgl. Donell. l. c. cap. 15. §. 21—26., und über das Folgende überhaupt Muncke, Diss. de actionibus exceptionibusve possessori petitorive hereditatis ratione eorum, quae ipsi creditoribus hereditariis legatariisve solverunt, competentibus. Heidelb. 1833. 4.

¹³³ L. 31. pr. D. h. t. Muncke §. 8—11.

¹³⁴ L. 31. pr. cit. L. 49. §. 1. D. de cond. indebiti 12. 6.

¹³⁵ L. 31. pr. cit. in f.: Sed et petitor, si a creditoribus convenietur, exceptione uti debet. Cf. L. 57. D. de R. J. — Muncke, l. c. §. 15., will mit Faber, Ration. ad h. l., dem Erben nur dann, wenn ihm die *condictio* obdirt ist, diese Exception geben; gegen den Sinn und Zusammenhang der Stelle; denn der Uebergang Sed et deutet auf einen Gegensatz, nicht auf eine Folge des Vorhergehenden.

¹³⁶ Arg. L. 40. D. de O. et A. 44. 7. L. ult. D. de neg. gest. 3. 5. L. 4. §. 3. D. si cui plus. 35. 3. Cf. L. 50. §. 1. D. h. t. Ueber L. ult. cit. vgl. Rämmerer a. a. O. S. 341 flg.

suchen¹³⁷. Dem redlichen Besizer aber wird nach dem Geiste des Hadrianischen Senatsbeschlusses wegen Bezahlung scheinbar giltiger, in der That aber ungiltiger Vermächtnisse gegen bloße Abtretung seiner Rückforderungsklage auch hier ein entsprechender Abzug von den zu restituirenden Erbschaftsgegenständen gewährt¹³⁸. Darnach möchte man nun glauben, daß ihm dasselbe auch dann zugestanden werden müsse, wenn er irrtümlich an vermeintliche Erbschaftsgläubiger Zahlung geleistet hat. Gleichwohl wird ausdrücklich bemerkt, daß er bezahlte Nichtschulden nicht in Abrechnung bringen könne¹³⁹; der Beklagte soll ja nicht gegen jeden Schaden geschützt werden, der ihm in Ansehung seines eigenen Vermögens durch die irrigte Meinung Erbe zu sein verursacht worden¹⁴⁰, und für den Erben könnte es unbillig beschwerend werden, wenn er die Folgen der Leichtfertigkeit des Beklagten in dieser Beziehung schlechtthin übernehmen müßte¹⁴¹. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß er nur seine Klagen abzutreten verpflichtet ist, wenn er zur Bezahlung irrtümlich angenommener Schulden oder Vermächtnisse erbschaftliches Geld verwendet hat, da er nun durch dieses nicht weiter bereichert ist¹⁴². 2) auf eigene Forderungen des Beklagten gegen die Erbschaft. Auch deren Betrag kann der redliche Besizer in Abzug bringen (*deducere*), wenn gleich dieselben nicht klagbar waren. Der Prädo dagegen soll nicht durch seine Annahme einen solchen Vortheil erlangen; er wird daher auf Begehren des Klägers in Rücksicht seiner Forderung in dieselbe Lage versetzt, als wenn er der Erbschaft sich ganz enthalten hätte, und nur so weit es dem Erben selbst wünschenswerth ist, die Forderung getilgt zu sehen, kann dieser den Fall so behandeln, als ob der Gegner sich selbst gleich Anfangs bezahlt habe und ihm dafür nur nach 1) Ersatz zu leisten sei¹⁴³. Diese Grundsätze waren schon im älteren Rechte anerkannt, obwohl dieses sonst bei *actiones in rem* eine Compensation noch nicht zuließ. Nach Justinianischem Rechte aber ist sie überhaupt auch bei diesen zulässig,

¹³⁷ Er hat hier *condictio indebiti*, weil er wirklich aus Irrthum zahlte, wenn gleich wohl wissend, daß er jedenfalls nicht der Schuldner sei. Ungegründet ist es, wenn Muncke l. c. §. 22. hier nicht die *condictio indebiti*, sondern *cond. sine causa*, Roffhirt aber, a. a. O. II. S. 28., weder diese noch jene zulässig findet. Vgl. Bangerow a. a. O. S. 367 a. C.

¹³⁸ L. 17. D. h. t. Cf. L. 2. §. 1. — L. 4. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 4. §. 2. D. si cui plus. 35. 3.

¹³⁹ L. 20. §. 18. D. h. t.: *nec imputaturum, quod non debitum solvit*. Cf. L. 2. §. 7. D. de her. vend. 18. 4.

¹⁴⁰ Vgl. oben Note 111.

¹⁴¹ Vgl. Muncke l. c. §. 24. 23. — A. M. Bangerow a. a. O. S. 366 flg., indem er L. 20. §. 18. cit., dem Zusammenhange der ganzen Stelle zuwider, nur von der Zeit *post motam controversiam* versteht.

¹⁴² L. 31. pr. cit. Cf. L. 25. §. 11. L. 16. §. 7. D. h. t. (Note 108—116.)

¹⁴³ L. 31. §. 1. 2. D. h. t.

und so muß man sie unter den allgemeinen Voraussetzungen auch bei der h. p. selbst in Ansehung der Forderungen gegen den Erben anerkennen; aber die specielle Ausnahme zum Nachtheile des Prædo ist dabei ausdrücklich bestätigt¹⁴⁴. Doch muß man diese Ausnahme auch nur auf den eigentlichen Prædo beschränken, der von Anfang an mit dem Bewußtsein des Unrechtes sich in Besitz setzte; wer zu Anfang in gutem Glauben besaß, wird des einmal gewonnenen Vortheiles der *Deductio* durch spätere Erkenntniß seines Unrechtes nicht verlustig, und daher auch derjenige nicht, der erst im Prozesse durch die vom Gegner vorgelegten Beweise von dem Rechte desselben überzeugt wird. 3) auf Verbindlichkeiten, welche der Beklagte zum Nutzen der Erbschaft gegen Dritte eingegangen ist. Von diesen muß ihn der Kläger befreien, und zwar auch den unredlichen Besitzer, in so weit deren Nothwendigkeit dargethan oder der Gegenstand der Restitution dadurch vergrößert ist¹⁴⁵. 4) auf Verwendungen, die der Beklagte zum Besten des erbshaflichen Vermögens gemacht hat. Diese müssen dem redlichen Besitzer, wenn er sie vor Beginn des Processes gemacht hat, unbedingt erstattet werden, ausgenommen sofern sie nur zur Erzielung von solchen Früchten dienten, die er nicht zu restituiren braucht¹⁴⁶. Der unredliche Besitzer, und gleich ihm auch der redliche Besitzer für die Zeit nach Erhebung der Klage, kann nur für die nothwendigen Verwendungen schlechthin Ersatz fordern, für alle andern nur in so weit, als dadurch das Restitutionsobject bereichert und werthvoller geworden ist¹⁴⁷; aber jedenfalls kann auch er die auf die Früchte, welche er restituirt, verständiger Weise verwendeten Ausgaben, in Abzug bringen, da überall nur als wahre Frucht gilt, was nach Abzug der Kosten der Fruchterzeugung und Ernte übrig bleibt¹⁴⁸, und das Product solcher Verwendungen auf die zu restituirenden Sachen, wofür ihm kein Ersatz gewährt wird, kann er, so weit es ohne Beschädigung der Sachen und noch mit Nutzen für ihn selbst möglich ist, wegnehmen (*tollere*)¹⁴⁹. Unter den Gesichtspunkt einer Verwendung für die Erbschaft

¹⁴⁴ L. 14. §. 2. Cod. de compensat. 4. 31. Vgl. Rechtslegikon Bb. 2. S. 739.

¹⁴⁵ L. 20. §. 20. L. 40. §. 3. D. h. t. Vgl. Note 147.

¹⁴⁶ L. 25. §. 41. L. 31. §. 3. L. 36. §. 5. — L. 39. D. h. t. L. 6. §. 1. D. si pars her. pet. Cf. L. 33. in f. D. de cond. indeb. 12. 6.

¹⁴⁷ L. 31. §. 3. L. 38. 39. D. h. t. * Vgl. jedoch das Lehrb. S. 233. Anm. 4. Unger, Erbr. §. 52. Anm. 10.

¹⁴⁸ L. 36. §. 5. cit. L. 40. D. de usur. et fruct. 22. 1.

¹⁴⁹ L. 39. §. 1. in f. D. h. t. Cf. L. 38. D. de R. V. 6. 1. L. 5. in f. Cod. de R. V. 3. 32. — Ob der redliche Besitzer *post motam controversiam* oder selbst *post litem contestatam* auch in dieser Beziehung dem *malae fidei possessor* gleich zu achten sei, ist bezweifelt worden von Dollmann a. a. D. S. 349 fig., arg. L. 38. 39. D. h. t.: *de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit*, L. 37. 38. D. de R. V.: *quo iam sciebat rem alienam*. Nach der Consequenz von Note 117—125. müssen wir es behaupten.

fällt übrigens auch der vom Besitzer aus eigenem Vermögen gezahlte Kaufpreis der für jene angeschafften Sachen, und auch dieser ist daher dem redlichen Besitzer schlechthin, dem unredlichen aber, so weit die Anschaffung nothwendig war oder dem Käufer noch nützlich ist, in Anrechnung zu bringen¹⁵⁰.

Hiermit sind nun die Voraussetzungen und Wirkungen der h. p. bestimmt worden. Es ergibt sich daraus, daß diese Klage nach ihrer neueren Gestaltung in Rücksicht des Erfolges allerdings große Ähnlichkeit mit einer persönlichen Klage hat, indem häufig das Resultat nur in solchen persönlichen Leistungen des Beklagten bestehen kann, die ganz in derselben Weise auch in Folge einer persönlichen Klage vorkommen können¹⁵¹, und Justinian hat die h. p. auch den *bonae fidei actiones* zugesellt¹⁵². Nichtsdestoweniger aber ist die h. p. ihrem eigentlichen Wesen nach immer noch als wahre in rem actio anzusehen, so lange man überhaupt den Unterschied zwischen actio in rem und in personam noch anerkennt¹⁵³.

Unberührt haben wir bisher die Frage gelassen, wieweit durch den Einfluß der Zeit die Wirksamkeit der h. p. entweder gänzlich gehemmt oder im Erfolge modificirt werden könne? Hier ist nun vorerst unzweifelhaft, daß die allgemeine Klagenverjährung auch auf diese Klage Anwendung finde¹⁵⁴, und zwar ist der Anfang dieser Verjährung von dem Tage an zu rechnen, an welchem zuerst der Gegner in einem dem Erbrechte des Klägers widerstreitenden Besitze sich befand, der diesem zur Anstellung der h. p. Anlaß geben konnte, ohne Rücksicht darauf, ob etwa später dieser Besitz des Beklagten sich auf mehrere einzelne Gegenstände der Erbschaft ausdehnte; denn durch die erste Annahmung war schon die ganze h. p., die ihrem Fundamente nach eine und dieselbe Klage ist, begründet, und es kommt nur darauf an, ob der Gegner ununterbrochen in einem solchen factischen Verhältnisse geblieben sei¹⁵⁵. Doch ist hiervon der Fall wohl zu unterscheiden, wenn ein Besitzer später

¹⁵⁰ L. 20. pr. D. h. t.

¹⁵¹ Vgl. Ehbaut, im Arch. a. a. D. Fabricius a. a. D. S. 194.

¹⁵² §. 28. J. de action. 4. 6. L. 12. §. 3. Cod. h. t. Savigny, System V. S. 478 fg.

¹⁵³ Vgl. Arndts, im rhein. Mus. II. S. 141. und Beiträge S. 23, 67—75. (oben Bd. I. S. 136. und unten Nr. 47. Note 31. 119 fg.) Dem Verf. dieser Beiträge (und des gegenwärtigen Artikels) ist vorgeworfen worden, er habe seine lange „höchst vornehme“ Note auf S. 23. schon bei S. 67. vergeblich (Rohhirt a. a. D. S. 4.). Er war aber, wie der aufmerksame Leser leicht erkennen wird, sogar der Meinung, durch die Bemerkungen von S. 67. an jene Note noch mehr zu unterstützen; der Fehler müßte also im Gedanken liegen. Inbessern stößt ihm jener Vorwurf wenig Besorgniß ein, daß etwa dieser gegründet sein möge.

¹⁵⁴ L. 3. Cod. de praescript. triginta ann. 7. 39.

¹⁵⁵ Vgl. Note 88.

erst angefangen hat, einen größeren aliquoten Theil der Erbschaft sich anzumäßen; gegen diesen kann in so weit die Verjährung erst von da an beginnen, so wie auch demjenigen, welchem später erst ein neuer Erbtheil zugefallen ist, in Ansehung dieses Erbtheiles nur von dieser Zeit an die Verjährung laufen kann, wenn auch der Gegner schon länger im Besitze war¹⁵⁶. — Unzweifelhaft ist es ferner, daß es dagegen eine Erziehung in Ansehung der Erbschaft als eines Ganzen nicht gibt, daß also aus diesem Grunde die h. p. nicht ausgeschlossen werden könne¹⁵⁷. Eine viel bestrittene Frage aber war es bis zur neuesten Zeit, ob und mit welcher Wirkung derjenige, welcher sich aus gutem Grunde für den Erben halte, auf den Grund dieses Besitzes einzelne zur Erbschaft gehörende Sachen durch ordentliche Erziehung erwerben könne (pro herede usucapere)? Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß eine solche Erziehung zwar allerdings stattfindet¹⁵⁸, und so denn auch an sich zunächst alle Wirkungen des Eigenthumserwerbes mit sich bringe¹⁵⁹, daß aber nichtsdestoweniger der erziehende Pseudoerbe die noch in seinen Händen befindlichen usucapirten Sachen, so wie die durch spätere Veräußerung derselben gewonnene Bereicherung dem wahren Erben, der mit der h. p. gegen ihn aufträte, herausgeben müsse. Diesen Rechtsatz, der schon früher von mehreren Rechtsgelehrten aufgestellt war¹⁶⁰, hat jetzt der Verfasser dieses Artikels, sich stützend auf die Consequenz des Hadrianischen Senatsbeschlusses¹⁶¹, auf den durch Gaius aufgeklärten historischen Zusammenhang¹⁶², und auf entscheidende Stellen des Justinianischen Rechtes¹⁶³, ausführlich vertheidigt¹⁶⁴, und derselbe wird nunmehr fast einstimmig von Allen als richtig anerkannt¹⁶⁵.

¹⁵⁶ Bgl. Note 79. 80.

¹⁵⁷ L. 7. Cod. h. t. L. 4. Cod. in quib. caus. cess. l. t. p. 7. 34. Cf. Gai. II. 54.

¹⁵⁸ Ausgenommen etwa gegen sui heredes: L. 2. Cod. de usucap. pro her. 7. 29.

¹⁵⁹ Bgl. Note 126.

¹⁶⁰ Bgl. Thibaut, Pand. in der älteren Ausg. §. 1027. 8. Aufl. §. 1013. Bening-Jungenheim Civilrecht II. §. 45. Anders Frig, in der 5. Aufl. a. a. D. Note vv.

¹⁶¹ L. 20. §. 6. L. 22. 25. §. 11 sq. L. 28. 55. D. h. t.

¹⁶² Gai. II. 52—58. III. 201. Cf. tit. D. expilat. hered. 47. 19.

¹⁶³ L. 4. 7. Cod. cilt. L. 1. pr. D. quor. bon. 43. 2.

¹⁶⁴ Im rhein. Musf. II. S. 125—148. (oben Bb. I. Nr. 12.), in den Beiträgen S. 75—108. (unten Nr. 47.)

¹⁶⁵ Bgl. Fabricius, im rhein. Musf. IV. S. 195—204. Unterholzner, das. V. S. 26—32. Söhr, im Arch. für civ. Prag. XII. S. 86. Note 2. Peucer, de usucap. pro her. diss. (Jenae 1835.) §. 6. 15. 20., und dazu Jenaer Literaturzeitung von 1835, Nr. 221. B(en)eb, in der allg. Literaturzeitung v. 1840. III. S. 22. Schilling, Inst. und Rechtsgesch. II. S. 567. Note n. Fuchta, Pand. I. §. 506. Note g. Curjus der Institut. II. S. 627 flg. Bangerow, Pand. I. §. 320. Anm. 1. Mayer, Erbr. I. §. 131. Note 6., und jetzt auch Mühlenbruch, der in jenen Beiträgen S. 76. noch als Dissident angeführt wird, im Lehrb. 4. Ausg., §. 262. Note 8. — Dagegen argumentirt noch Rosshirt a. a. D. S. 68. 72, und im Civilrecht II. S. 114., wo er seine beiden früheren Ausführungen (im Arch. IX. 1. und in seiner Zeitschr. I. S. 121—123.) selbst als „nicht scharf genug geschehene“ bezeichnet. Ob aber ein Leser das diesen abgesprochene Prädicat den beiden neuen Ausführungen zuerkennen wird?

Zum Schlusse ist endlich noch die Frage zu berühren, welchen Einfluß der bevorstehende oder schwebende Erbschaftsstreit auf das Verhältniß der streitenden Parteien zu dritten Personen ausübe, gegen welche die Erbschaft oder welche umgekehrt gegen die Erbschaft Ansprüche geltend zu machen haben. Nach älterem Rechte konnte die Verfolgung eines singulären Rechtsanspruches, dessen Entscheidung zugleich eine Entscheidung über das streitige Erbrecht involvirte, durch die *exceptio: quod praeiudicium hereditati non fiat* gehemmt werden¹⁶⁶, deren Umfang jedoch genau zu bestimmen nach den ungenügenden Aussprüchen unserer Quellen um so schwerer ist, als darüber unter den classischen Juristen selbst viel Streit gewesen ist¹⁶⁷. Nach Justinianischem Rechte aber ist zunächst 1) die Frage, inwiefern gegen die um die Erbschaft streitenden Parteien von dritten Personen Rechtsansprüche geltend gemacht werden können, in Gemäßheit einer eigenen Verordnung Justinian's (L. 12. Cod. h. t.), auf folgende Weise beantworten: a) Vermächtnißnehmer können sofort gegen den Dnerirten klagen, jedoch nur, wenn sie wegen künftiger Rückgabe Caution leisten, die Auszahlung erwirken. Wenn nun der Dnerirte im Erbschaftsstreite unterliegt, so muß der Empfänger die erhaltene Geldsumme mit Zinsen zu drei Procent und andere Sachen mit den gezogenen Nutzungen zurückerstatten. Der Legatar kann aber auch nach der Litiscontestation die weitere Verfolgung seines Anspruches bis zur Entscheidung des Erbstreites ruhen lassen, und alsdann, wenn diese dem Dnerirten, und somit auch dem Vermächtnißnehmer, günstig ausfällt, den Gegenstand des Vermächtnisses nebst Accessionen fordern¹⁶⁸. Ist die Giltigkeit des Vermächtnisses von dem Ausgange des Erbschaftsstreites nicht abhängig, z. B. wenn Zwei darüber streiten, wer von ihnen der eingesezte Erbe, also auch der Dnerirte, sei, so kann der Legatar gegen jeden der beiden Prätendenten klagen, muß aber auch hier, so weit es zur Sicherstellung des Zahlenden gegen möglichen Verlust, falls er in dem Hauptstreite unterliege, nothwendig ist, Caution leisten, z. B. dann, wenn der nichtbesitzende Kläger aus eigenem Vermögen das Vermächtniß entrichtet, indem dieser nichts in Händen hat, wovon er das Gezahlte nöthigenfalls zurückbehalten könnte¹⁶⁹, obwohl er immerhin auch den durch jene Zahlung befreiten Gegner durch *negotioram gestorum*

¹⁶⁶ Gai. IV. 133. L. 13. D. de except. 44. 1. Cf. L. 5. §. 2. D. h. t.

¹⁶⁷ L. 12. pr. Cod. h. t.: *multae varietates et controversiae veterum.*

¹⁶⁸ L. 12. pr. Cod. cit. Cf. L. 6. D. h. t. L. 48. §. 1. D. de legat. II. L. 3. §. 6—10. L. 4. 8. D. si cui plus. 35. 3. — Ueber eine besondere Bestimmung in Betreff des Vermächtnisses der Freiheit s. L. 12. cit. §. 2. und vgl. L. 7. D. h. t.

¹⁶⁹ L. 4. §. 1. 3. D. si cui plus. 35. 3.

actio belangen kann¹⁷⁰. b) Gläubiger der Erbschaft können nach ihrer Wahl sowohl die eine als die andere der um die Erbschaft streitenden Parteien mit ihrer persönlichen Klage belangen¹⁷¹, und es soll die Verfolgung dieser Klage durch den noch unentschiedenen Erbstreit nicht aufgehoben werden; doch ist dieselbe, wenn sie die Restitution bestimmter noch vorhandener Sachen zum Zwecke hat, z. B. dem Erblasser geliehener oder in Verwahrung gegebener Sachen, natürlich gegen den Besitzer zu richten. Wenn nun derjenige, welcher darauf einen Gläubiger befriedigt, nachher im Erbschaftsstreite unterliegt, so soll ihm jedenfalls für die rechtmäßig geleistete Zahlung Vergütung werden. Ist er der Erbschaftskläger, so soll der Richter dem siegreichen Beklagten die Vergütung aufliegen und, wenn dieß übersehen ist, dem unterliegenden Kläger gegen ihn negotiorum gestorum actio oder ex lege condictio auf Erbschaft zustehen; ist er der Besitzer der Erbschaft, also der Beklagte im Erbprozeße, so braucht er nur nach erhaltenem Erbschaft für die geleistete Zahlung oder mit Abzug ihres Betrages den Nachlaß herauszugeben¹⁷²; es ist aber auch ihm, wenn dieses bei der Restitution übersehen worden, wie im gleichen Falle dem Kläger, unbedenklich eine Klage zu geben, obwohl dieß unser Gesetz nicht ausdrücklich sagt¹⁷³. Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn für den Fiscus die Erbschaft in Anspruch genommen wird; in diesem Falle sollen, ne publicae causae praeiudicetur, vermöge einer durch L. 12. cit. nicht beseitigten besonderen Bestimmung, die Klagen der Erbschaftsgläubiger bis zum Ausgange dieses Rechtsstreites ausgesetzt werden¹⁷⁴. c) Der Anstellung dinglicher Klagen gegen den Besitzer steht überall kein Hinderniß entgegen, indem diese nur gegen den Besitzer der Sachen als solchen gerichtet sind und der Entscheidung des Erbschaftsstreites in keiner Weise vorgreifen. Und selbst auch die h. p. kann gegen denjenigen, der schon von einem Anderen mit derselben belangt ist, zugleich von einem Dritten in Ansehung derselben Erbschaft angestellt werden; der Kläger, welcher zuerst ein günstiges Urtheil erlangt, muß hier aber zur Sicherstellung des restituirenden Beklagten die Fortführung des Prozesses gegen den anderen Kläger auf

¹⁷⁰ L. ult. D. de neg. gest. 3. 5. Note 136. Auf diesen Fall scheint überhaupt anwendbar, was L. 12. §. 1. Cod. h. t. für den Fall der Bezahlung von Erbschaftsgläubigern vorschreibt (Note 172. 173.), arg. L. 40. D. de O. et A.

¹⁷¹ So schon nach L. 4. §. 1. D. si cui plus.: tam in petiorem quam in possessorem competunt actiones et creditoribus et legatariis, nämlich in dem Falle: si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent.

¹⁷² L. 12. §. 1. Cod. h. t.

¹⁷³ Vgl. Kämmerer, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. VIII. S. 209—205.

¹⁷⁴ L. 35. D. de iure fisci. 49. 14.

sich nehmen¹⁷⁵. Es fragt sich nun noch umgekehrt 2) inwiefern diejenigen, unter denen das Erbrecht streitig ist, vor Entscheidung dieses Streites ihrerseits gegen dritte Personen wegen erbchaftlicher Ansprüche klagend auftreten können? Unter einander können jene Parteien jede Specialklage, deren Erfolg durch Entscheidung über das streitige Erbrecht bedingt ist, mittelst der *exceptio: quod praeiudicium hereditati non fiat* einstweilen ausschließen¹⁷⁶. Gewiß ist nun, daß dieselbe Einrede auch einer solchen Klage einer Partei gegen einen Dritten entgegensteht, wenn diese mittelbar zugleich auf die Gegenpartei im Erbschaftsstreite als regresspflichtige zurückwirkt, so daß diese bei dem Ausgange dieses besonderen Rechtsstreites betheiligt ist¹⁷⁷. Eine allgemeine Regel aber, wornach jeder Dritte mit Beziehung darauf, daß ein Anderer dem Kläger das Erbrecht streitig mache, die Anstellung erbchaftlicher Klagen einstweilen abwehren könnte, läßt sich für das Justinianische Recht nicht behaupten. Der allgemeine Ausspruch, *ut nihil in praeiudicium eius iudicii (de hereditate) fieri debeat*¹⁷⁸, kann sie nicht begründen, da wir von Justinian selbst wissen, daß über die Bedeutung und Consequenzen dieses Satzes schon unter den classischen Juristen große Meinungsverschiedenheit herrschte¹⁷⁹, und auch die einzelnen Bestimmungen des Justinianischen Rechtes keineswegs eine so umfassende und durchgreifende Geltung desselben erkennen lassen. Vielmehr können *actiones in rem* gegen Besitzer von Erbschaftsachen von beiden Parteien ungehindert angestellt werden, sowohl die *rei vindicatio* gegen die *ex iusta causa* besitzenden, mit Ausnahme des oben Note 177 erwähnten Falles, als auch *hereditatis petitio* gegen andere *pro herede* oder *pro possessore possidentes*¹⁸⁰. Ein Anderes scheint freilich in Betreff der Forderungsklagen der Erbschaft angenommen zu sein. Der redliche Besitzer der Erbschaft,

¹⁷⁵ L. 57. D. h. t. Cf. L. 57. D. de R. V. 6. 1.

¹⁷⁶ L. 1. §. 1. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 32. §. 10. D. de receptis. 4. 8. Cf. L. 16. 18. D. de except. 44. 1. Darauf bezieht sich auch wahrscheinlich L. 13. D. l. c. Vgl. Rosshirt, test. Erbr. II. S. 25.

¹⁷⁷ L. 25. §. 17. D. h. t. (Note 128. 131.)

¹⁷⁸ L. 5. §. 2. D. h. t. Vgl. darüber Donell., Comment. XIX. cap. 15. §. 7—12. Cuiac., obs. XX. c. 35. quaest. Pap. lib. III. ad l. 49. D. h. t. recitat. solenn. ad tit. D. de her. pet. L. 5—7. 19. (opp. Neap. vol. III. p. 600. IV. p. 73. VII. p. 216 sq.) Fabri Rational. ad L. 5—7. 25. §. 17. L. 49. D. h. t. Bangerow, Pand. II. S. 362 sq.

¹⁷⁹ L. 12. pr. Cod. h. t., wo nur historisch im Eingange unserer Einrede erwähnt wird. (Note 167.)

¹⁸⁰ L. 25. §. 17. D. h. t.: *puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad h. f. possessorem habent. L. 49. D. h. t.: petitor autem hereditatis citra metum (impedimentum) exceptionem in rem agere poterit, in rem, d. h. entweder rei vindicatione oder hereditatis petitione, i. B. gegen solche, qui res hereditarias (pro possessore) occupaverint. Nach diesen Stellen hat der Petitor die Vindicatio ohne Beschränkung außer der in L. 25. §. 17. angebeuteten; sie muß aber dem Possessor in gleichem Maße zugestanden werden, ungeachtet L. 49. cit. für diesen noch eine andere Beschränkung anzudeuten scheint. Vgl. Note 175.*

so sagt L. 49. D. h. t., soll zur Klage gegen die Schuldner der Erbschaft und Occupanten von Erbschaftsachen zugelassen werden, namentlich wenn längere Zögerung den Verlust der Klage befürchten läßt; und dann gibt sie auch dem Petitor das Recht zur *in rem actio*, ohne der *actiones in personam* zu erwähnen. Daraus scheint hervorzugehen, daß diesem die letzten nicht zustehen sollen¹⁸¹. Aber das *argumentum a contrario* ist bei einer so unvollständig excerpirten Stelle, wie diese, gewiß sehr bedenklich, und hier um so mehr, als das Motiv, welches für die Gestattung der *actiones in rem* angedeutet wird, auch auf die *actiones in personam* paßt¹⁸², und es zudem im allgemeinen wirklich ungreiflich wäre, warum der Erbschaftskläger von der Anstellung solcher Klagen ausgeschlossen, der Beklagte dazu zugelassen sein sollte, da ja auch jener, obwohl Kläger, schon im Besitze eines großen Theiles des Nachlasses, ja eines größeren als der Beklagte, sich befinden kann¹⁸³. Uebrigens erklärt sich die Beschränkung, welche in L. 49. cit. hinzugefügt ist (*utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant*), aus demselben Gesichtspunkte, nach welchem die Veräußerung von Nachlassgegenständen dem Besitzer nicht anders, als wenn es das Interesse der Erbschaft nothwendig erheischt, gestattet werden soll¹⁸⁴, und es ist daher auch nicht zu billigen, wenn man nur zur Unterbrechung der Verjährung die Anstellung der Klage statthaft findet, indem auch andere Gefahr des Verlustes, z. B. wegen eintretender Insolvenz des Schuldners, dazu bestimmen kann.*

46.

Interdictum quorum bonorum.**

*Interdictum quorum bonorum*¹ heißt das *interdictum adipiscendae possessionis*, welches durch das prätorische Edict demjenigen, der *bonorum possessio agnoscitur* hatte, gegeben wurde, um sich in den Besitz der Nachlassgegenstände zu setzen². Es hat seinen Namen von

¹⁸¹ Bangerow a. a. O. S. 362.

¹⁸² *Quid enim si possessor hereditatis negligat? quid si nihil iuris habere se sciat?*

¹⁸³ Bgl. Note 16. Fuchta, Pand. S. 508.

¹⁸⁴ L. 5. pr. D. h. t. Bgl. übrigens Basilic. XLII. 1. cap. 49. Schol. q. (vol. V. p. 561. 638.)

* *Rechtslexikon* V. S. 207—238. (1844.)

** Lehrb. S. 535.

¹ *Dig. quorum bonorum*. 43. 2. *Cod. 8. 2.* Cf. *Theod. Cod.* 4. 21.

² §. 3. *J. de interdictis*. 4. 15. *Gai. IV. 144. cf. III. 34.* Bgl. *Rechtslexikon* Bb. II. S. 306 flg.

den Anfangsworten der im Edicte aufgestellten Interdictsformel, welche nach L. 1. D. h. t. also lautete: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque³ dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. Zu den Voraussetzungen des Interdictes gehört demnach vor allem dieses, daß der Kläger wirklich bonorum possessio auf gehörige Weise und innerhalb der zuständigen Frist erlangt habe. Zwar ist es früher herrschende Meinung gewesen, die auch jetzt noch von Manchen vertheidigt wird⁴, daß nach neuerem römischen Rechte dieses Erforderniß weggefallen sei und der Civilerbe schon als solcher des Interdictes sich bedienen könne, ohne die bonorum possessio, zu der er berechtigt wäre, agnoscirt zu haben. Allein diese Meinung steht mit den angeführten Stellen des Justinianischen Rechtes im Widerspruche, und wird auch durch L. 1. C. h. t., welche man zum Beweise dafür anführt, keineswegs begründet⁵. Denn hier ist die Agnition der bonorum possessio als geschehen vorausgesetzt, und so können die folgenden Worte: vel ad hereditatem vel ad bonorum possessionem admissum, keinen anderen Sinn haben, als: berechtigt entweder als Suus zur Civilerbsfolge (wo dann in diesem Falle immer auch die Berechtigung zur bonorum possessio sich von selbst verstand), oder als Emancipatus (nur) zur prätorischen Erbsfolge⁶. Auch ist es an sich keineswegs wahrscheinlich, daß man den Civilerben, wenn er sich des Interdictes bedienen wollte, von der Nothwendigkeit der Agnition der bonorum possessio dispensirte, da noch zu Justinian's Zeit, ehe dieser seine bedeutenden Novellen erließ, die Ordnung der Civilerbsfolge von der Ordnung der bonorum possessio so wesentlich abwich, daß jene Aenderung eher Verwirrung als Einheit in das ganze

³ Diese durch Vulgathandschriften beglaubigte Lesart ist der Florentinischen quo quidem unbedenklich vorzuziehen. Vgl. v. Savigny, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. V. S. 12.

⁴ Thibaut, im Arch. für civ. Prag. Bd. X. S. 457. Mayer, Erbr. I. S. 417 flg.

⁵ Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

⁶ Löhr, im Arch. X. S. 99. Note 52. Vangerow, Pand. §. 509. Ann. 2. Vgl. Koch, bonorum possessio §. 29. Köfken, Civilrecht §. 988. Mayer a. a. D. glaubt, die Worte ad hereditatem seien interpretirt, um anzudeuten, daß es auf die Agnition der bonorum possessio jetzt nicht mehr ankomme. Er hat aber nicht überlegt, wie unglaublich ungeschickt jene Interpolation wäre, um diesen Sinn auszudrücken. Denn, da die Agnition der bon. poss. als geschehen vorausgesetzt wird, so kann sich der noch erforderliche Beweis nur auf die rechtlich gegründete Berufung zur Erbsfolge beziehen, und so ergäbe sich, daß auch derjenige, qui ad bonorum possessionem se admissum probaverit, der Agnition nicht bedürfte, wenn es nicht ein offenkundiger logischer Scherz wäre, aus L. 1. cit. argumento a contrario diesen Satz abzuleiten: si te ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris, i. q. b. possessor constitui poteris, quamvis bonorum possessionem non agnoveris.

System der Erbfolge zu bringen geeignet gewesen wäre, und insbesondere auch der Mangel einer gesetzlichen Antragsfrist der Civilerbenschaft gewiß nicht bestimmen konnte, den Civilerben auch noch von der Beobachtung der Agnitionsfrist zu entbinden, ohne ihn des besonderen Rechts des *bonorum possessor* verlustig zu machen.

Aber es genügt nicht bloß die Nachweisung der formell geschehenen Agnition; der Kläger muß auch, um mit dem Interdicte zu siegen, sein Recht zu der *bonorum possessio* darthun⁷.

Das Interdict ist gerichtet gegen Jeden, welcher Sachen der Erbschaft entweder als angeblicher Erbe oder ohne allen Rechtsgrund besitzt, so wie gegen dieselben Personen auch die *hereditatis petitio* stattfindet⁸. Auch bleibt derjenige, welcher arglistiger Weise sich des Besitzes entäußert hat, nicht minder hier wie dort dem Kläger verantwortlich, gleich als ob er noch wirklich besäße⁹. Ob es auch gegen denjenigen wirksam sei, welcher sich arglistig, als besitzer er, auf den Streit einläßt, hat man zwar bezweifelt, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt wird¹⁰; gleichwohl aber muß dieß bejaht werden, da es als allgemeine Regel anerkannt ist: *omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri*¹¹. Dagegen ist das Interdict rücksichtlich seines Gegenstandes in der Beziehung beschränkter als die *hereditatis petitio*, daß es nur gegen (wahre oder fingirte) Besitzer von Erbschaftsachen stattfindet, nicht auch gegen diejenigen, welche irgend andere Vortheile der Erbschaft inne haben (*iuris possessores*). Zwar wird diese Beschränkung von manchen Rechtsgelehrten geleugnet, weil L. 1. §. 1. D. h. t. aus sagt, *hoc interdictum ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinere*¹²; allein L. 2. *ibid.* sagt mit aller Bestimmtheit, daß nur die Besitzer der körperlichen Sachen der Erbschaft mit demselben belangt werden können¹³, und entsprechend bezeichnet L. 3. Cod. h. t. den Erfolg desselben dahin, *ut in petitem corpore transferantur*; es muß also jener Ausdruck in L. 1. §. 1. *cit.* nur auf die Gesamtmasse der zur Erbschaft gehörigen im Besitze des Beklagten befindlichen körperlichen Sachen bezogen werden¹⁴.

⁷ L. 1. Cod. *cit.*

⁸ L. 1. D. h. t. §. 3. J. 1. c. *Vgl. oben Nr. 45. Note 14.

⁹ L. 1. D. *cit.*: *Quomodo dolo malo fecisti, uti desineres possidere.* L. 2. Cod. h. t.

¹⁰ Bähr a. a. D. S. 100. Note 56.

¹¹ L. 13. §. 13. D. de her. pet. 5. 3. *Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum, qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat, omnem etc.*

¹² Fabricius, im rhein. Mus. IV. S. 204—208. Mühlbruch, Lehrb. §. 717. Note 5.

¹³ *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.*

¹⁴ Vgl. Bähr a. a. D. S. 100. Bangerow a. a. D. S. 370. 375.

Die Wirkung des Interdictes, wenn der Kläger siegt, besteht darin, daß sofort der Besitz aller Erbschaftsachen, welche der Beklagte hat, jenem eingeräumt werden muß, in Ansehung derjenigen aber, für welche der Beklagte, obgleich er nicht wirklich besitzt, doch haftet, als ob er besitze, Ersatz zu leisten ist¹⁵. Und zwar kann dabei dem Kläger auch der Besitz derjenigen Sachen nicht vorenthalten werden, deren Eigenthum zwar der Beklagte aus irgend einem speciellen Erwerbgrunde sich heilegt, die aber vom Erblasser bis zu seinem Tode besessen und dann vom Beklagten in Besitz genommen worden sind; der letzte mag dieselben, nachdem er vorerst den anmaßlich erworbenen Besitz aufgegeben hat, vindiciren¹⁶. Auch die vollendete usucapio pro herede einzelner Erbschaftsachen kann der Beklagte nicht geltend machen, um sich von deren Restitution zu befreien, indem dieses, wie bei der hereditatis petitio durch den bekannten Hadrianischen Senatsbeschluß, so bei dem Interdictum durch einen besonderen Zusatz in der Interdictsformel ausgeschlossen ist¹⁷.

Schließlich ist nun noch die Frage zu beantworten, in welchem Verhältnisse dieses Interdictum zu der ordentlichen Erbschaftsklage stehe? Darüber sind die Meinungen unserer Rechtsgelehrten, so viel das römische Recht betrifft, sehr abweichend von einander. Nach einer Meinung war das Interdictum materiell eigentlich nicht verschieden von der hereditatis petitio; der wesentliche Unterschied bestand nur in der formellen Eigenthümlichkeit des Interdictsverfahrens; wäre die hereditatis petitio possessoria früher aufgestellt worden, so würde man des Interdictes gar nicht bedurft haben; jetzt ließ man es nur als einmal hergebrachte Klageform neben jener bestehen; es war aber, seitdem das Eigenthümliche des Interdictverfahrens verschwunden, in der That nur ein anderer Name für die possessoria hereditatis petitio¹⁸; ja, ein Anhänger dieser Ansicht hat sogar die Kühnheit gehabt, diese letzte für eine verkehrte Erfindung der Justinianischen Compilatoren zu erklären¹⁹. Nach einer anderen Ansicht war das Interdict ein eigenes summarisches und provisorisches Rechtsmittel; es hatte keinen anderen Zweck als den, recht bald dem

¹⁵ L. 3. Cod. h. t. Vgl. Note 9.

¹⁶ L. 3. Cod. cit. Omnibus frustrationibus amputatis in petitoem corpora transferantur, secunda proprietatis actione non exclusa. Vgl. Grande, Recht der Nothverben S. 99 fg. Fabricius a. a. D. S. 171—174. Arnolds, Beiträge I. S. 38—46. (unten Nr. 47. Note 62 fg.)

¹⁷ L. 1. D. h. t.: possideresve si nihil usucaptum esset. Ueber die Auslegung dieser Worte vgl. v. Savigny a. a. D. S. 22, 23. Arnolds, im rhein. Mus. II. S. 135—37 (oben Vb. I. S. 132 fg.) und a. a. D. S. 88—93. (unten Nr. 47. Note 150 fg., f. auch oben S. 306.)

¹⁸ v. Savigny, in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Vb. V. S. 18. fg., Vb. VI. S. 229 fg. Fabricius a. a. D. S. 204 fg., und histor. Forschungen I. S. 197—202.

¹⁹ Fabricius a. a. D. Vgl. dagegen Arnolds a. a. D. S. 51—59. (unten Nr. 47. Note 87. fg.)

Erben den Besitz der Erbschaftsachen zu verschaffen; es erzielte aber nicht definitive Entscheidung über das Erbrecht des Klägers; vielmehr konnte der Erfolg des Interdictprozesses noch durch die *hereditatis petitio* (*civilis* oder *possessoria*) der Gegenpartei angefochten werden²⁰.

Um nun auch unsere Ansicht darüber zu äußern, so kann zwar zugegeben werden, daß das Bedürfnis vielleicht zu dem Interdicte nicht geführt haben würde, wenn man gleich Anfangs die *possessoria hereditatis petitio* aufgestellt hätte; eine völlige wesentliche Gleichheit beider ist aber schon deshalb unwahrscheinlich, weil nicht nur im älteren Rechte eine Möglichkeit des Interdictes auch für den Civilerben vorausgesetzt wird²¹, sondern auch die neueren Rechtsammlungen noch eigene Titel darüber aufgenommen und späte Kaiser noch Constitutionen darüber erlassen haben²². Auch wird der Unterschied, daß das Interdict sich nur auf die körperlichen Erbschaftsachen beziehe, in den Justinianischen Rechtsquellen ganz bestimmt hervorgehoben²³. Man kann ferner nicht verkennen, daß bei dem Interdictum eine größere Beschleunigung des Prozesses beabsichtigt war, als sie bei dem ordentlichen Erbschaftsstreite stattzufinden pflegte²⁴, so daß man dasselbe immerhin wohl ein summarisches Rechtsmittel nennen mag, wie im Grunde auch der Hauptvertreter der ersten Ansicht jetzt einräumt, wenn gleich die Natur dieses summarischen Verfahrens nach späterem römischem Prozeßrechte nicht näher zu bestimmen und dasselbe auch nichts den Interdicten ausschließlich Eigenthümliches ist²⁵. Bedenklicher ist es dagegen, das Interdict schlechthin als ein bloß provisorisches Rechtsmittel zu bezeichnen. Allerdings konnte die Partei, die im Interdictprozesse unterlegen war, sei es Kläger oder Beklagter, nachher noch der *civilis hereditatis petitio* mit Erfolg sich bedienen, wenn die *honorum possessio* des Gegners nicht eine solche war, die auch gegen das Civilerbrecht anderer Personen geschützt wurde (*b. p. cum re*)²⁶. Auch ist es wohl möglich, daß unter denselben Parteien, welche zuerst im Interdictprozesse gestritten, nachher noch eine *possessoria hereditatis petitio* stattgefunden habe, insofern die letzte

²⁰ Thibaut, im Arch. für civ. Prag. X. S. 23. Böhr, das. XII. S. 6. Franke a. a. D. S. 97—106. Mayer, Erbr. I. S. 401—417. Bangerow, Pand. §. 509.

²¹ Gai. III. 34. Bgl. Collat. XVI. cap. 3. §. 5, wo schon Böhr a. a. D. S. 99. Note 51, die richtige Ansicht erkannt hat: *honorum possessio nisi propter praetoriam actionem non est necessaria*. Bgl. Richter's Krit. Jahrb. für Rechtsw. Jahrg. IV. S. 17. (oben S. 222. Note 2.)

²² L. 2. 3. Cod. h. t.

²³ Bgl. Note 13.

²⁴ L. 22. Th. Cod. quor. app. non recip. 11. 36.: *Beneficio celeritatis inventum*.

²⁵ v. Savigny, in der Zeitschr. Bd. VI. S. 241—259. Bgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Proc. I. S. 390 flg.

²⁶ Bangerow a. a. D. S. 374 a. G.

sich auf andere Gegenstände bezieht, als das Interdictum²⁷. Sollte aber das Interdict im vollen Sinne des Wortes ein provisorisches Rechtsmittel sein, so müßte angenommen werden, daß auch die im Interdictprozeß wirklich gefällte Entscheidung ihrem Inhalte nach durch die ordentliche Klage noch angefochten werden könnte, und dieses läßt sich für das römische Recht nicht beweisen²⁸. Vielmehr wird zur Begründung des Interdictes Beweis, nicht bloß Bescheinigung, des Rechts zur bonorum possessio, nicht bloß der formellen Aagnition derselben, erfordert²⁹. Dieß aber und nichts anderes ist es, was auch bei der possessoria hereditatis petitio bewiesen werden muß; und wenn nun dort einmal der Beweis für genügend erbracht, also durch das richterliche Urtheil der Kläger für den prätorischen Erben anerkannt worden, so konnte nach den Grundsätzen über die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles diese Entscheidung nicht mittels der hereditatis petitio wieder in Streit gezogen werden³⁰.

Welche Ansicht jedoch für das römische Recht als die richtige angenommen werden möge: für unser heutiges Recht ist die Frage jedenfalls durch die Praxis entschieden. Nach dieser ist das interdictum quorum bonorum durchaus nur ein provisorisches summarisches Rechtsmittel, durch welches derjenige, welcher sein Recht auf die Erbschaft wenigstens bescheinigt, einstweilen den Besitz der zum Nachlaß gehörenden Sachen sich verschaffen kann, so daß also dann der Gegenpartei immer noch frei steht, ihr besseres Recht durch die ordentliche Erbschaftsklage (in petitorio) geltend zu machen³¹.*

47.

Wesen und Umfang der hereditatis petitio. **

Unlängst forderte Thibaut zu neuen Untersuchungen über das Wesen und die Wirkungen der hereditatis petitio auf¹. Seitdem ist über

²⁷ Löhr a. a. D. S. 101 flg.

²⁸ Vgl. v. Savigny, Zeitschr. Bd. VI. S. 259 flg. — Das scheinbarste Argument dafür ist dieses, daß nach dem Theodos. Codex bei dem interdictum quorum bon. die Appellation nicht gestattet war, was bei einer definitiven Entscheidung über das Erbrecht allerdings sehr auffallend wäre. Francke a. a. D. S. 103. Aber dieß Argument verliert einen guten Theil seiner Bedeutung dadurch, daß L. 22. Th. Cod. cit. im Justinianischen Rechte keine Aufnahme gefunden hat.

²⁹ Vgl. Note 6. 7. So erkennen auch Löhr a. a. D. S. 106 und Vangerow a. a. D. S. 374 an. Vnd. Mein. ist Mayer a. a. D. S. 409.

³⁰ v. Savigny a. a. D. Bd. VI. S. 266.

³¹ Vgl. Thibaut a. a. D. v. Savigny a. a. D. S. 265. Puchta, Pand. §. 510 und Andere.

* Rechtslexikon V. S. 615—620. (1844.)

** Lehrb. §. 531. Anm. 1.

¹ Archiv für civ. Prag. Bd. VII. Abh. XII.

diesen Gegenstand eine besondere Abhandlung erschienen, welche durch die Neuheit der darin aufgestellten Grundansicht über das Wesen und den Umfang der Erbschaftsklage Aufmerksamkeit erregen mußte². Den Resultaten dieser Abhandlung kann ich jedoch in wesentlichen Punkten nicht beistimmen. Es möchte daher der Mühe nicht unwerth sein, dieselben einer näheren Prüfung zu unterwerfen. Dieß wird uns Gelegenheit zu Bemerkungen geben, welche vielleicht zu weiterer Aufklärung dieses Gegenstandes Einiges beitragen.

§. 1.

Der Verfasser der erwähnten Abhandlung bestimmt das Gebiet der *hereditatis petitio* auf folgende Weise:

„Gegenstand der *hereditatis petitio* sind diejenigen Sachen und „Rechte, welche der Erblasser bei seinem Tode besaß (detinirte), und „welche, bevor der wirkliche Erbe ihren Besitz ergriff, von Anderen in „Besitz genommen sind. Kläger ist der wirkliche Erbe; Beklagter „aber der, welcher sich eines von ersterem noch nicht besessenen Nach- „lasses ganz oder theilweise bemächtigt hat; sei es, daß er sich selbst „für den Erben hielt (*pro herede possidens*), sei es, daß er wußte, „ihm stehe gar kein Erbrecht zu (*pro possessore possidens*)“.

Die *hereditatis petitio* ist diesennach nicht begründet in Beziehung auf Sachen, deren Besitz der Erblasser schon bei seinen Lebzeiten verloren oder welche der Erbe selbst schon besessen hatte, und ebenso wenig gegen den Besitzer, welcher sich einer aus dem Nachlasse entfernten Sache nicht selbst bemächtigt hat, sondern *Singularsuccessor* des Bemächtigten ist³.

Der Verfasser sucht diese neue Begriffsbestimmung zunächst durch folgende Gründe aus der Natur der Sache und dem Zusammenhange des römischen Klagensystems zu rechtfertigen:

Bekanntlich tritt der Erbe durch die Erwerbung der Erbschaft *ipso iure* zwar in alle übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen ein, aber keineswegs auch in dessen Besitz; den Besitz der Nachlasssachen erwirbt er erst durch *Apprehension* derselben⁴. So lange nun Niemand den Besitz ergriffen hatte, lag der Nachlaß schutzlos da, indem nach altrömischem Recht jeder zugreifen konnte, und dadurch weder ein Diebstahl begangen, noch ein Besitzrecht gekränkt wurde, so daß auch derjenige, welcher in unredlicher Absicht sich in Besitz von Nachlasssachen gesetzt hatte, deshalb weder mit *furti actio* oder *condictio* noch mit

² Fabricius, Bemerkungen über die *hereditatis petitio*, im Rhein. Mus. Bb. IV. S. 165 fg.

³ Bgl. Rhein. Mus. S. 161. 176. l. c.

⁴ L. 23. pr. D. de acquir. v. amit. poss. 41. 2. vgl. L. 30. §. 5. *ibid.* L. 1. §. 15. D. si is qui testamento liber esse iussus erit. 47. 4.

einem possessorischen Interdict belangt werden konnte⁵. Es war also, so schließt nun unser Verfasser, Bedürfniß eine Klage zu haben, welche die Stelle nicht nur der Vindication, sondern vorzüglich auch der possessorischen Interdicte vertrat; und diese Klage wäre denn eben die hereditatis petitio, deren Grundverschiedenheit von der rei vindicatio darin bestehe, daß bei der letzten der Kläger das Eigenthum der streitigen Sache beweisen müsse, bei der ersten aber gar nicht untersucht werde, ob der Erblasser Eigenthum gehabt, sondern nur ob er bei seinem Tode noch besessen, ja nur detinirt habe, und ob der Kläger Erbe sei. Das erwähnte Bedürfniß falle aber weg, sobald der Erbe schon wirklich besessen habe, indem ihm alsdann wegen Besitzverletzung die possessorischen Interdicte und beziehungsweise die Diebstahlsklagen zustehen, bei zufälligem Verlust des Besitzes einzelner Nachlasssachen aber, wo dem Besitzer kein vitium possessionis entgegenstehe, die gewöhnliche Vindication eintreten müsse. Daß bei dieser Vindication der Kläger außer dem Eigenthum des Erblassers auch seine eigene Qualität als Erbe nachzuweisen habe, mache diese Klage nicht zur hereditatis petitio; ebenso wenig die Einrede des Beklagten, er selbst sei der wahre Erbe, als welche nur ein reines Längnen des Klaggrundes enthalte und ebenso zu behandeln sei, als wenn der Besitzer das Eigenthum aus einem andern Grunde erworben zu haben behaupte.

Der wesentliche Streitpunkt bei der hereditatis petitio sei überhaupt nicht, ob dem Kläger oder dem Beklagten das Erbrecht zustehet (was vielmehr in manchen Fällen als Präjudicialpunkt schon vor Anstellung der hereditatis petitio entschieden sein müsse), sondern was alles der Beklagte zu restituiren habe.

Positive Bestätigung dieser so begründeten Ansicht findet denn der Verfasser in der Stelle des Gaius II. §. 52. sqq. vgl. mit L. 1. §. 1. D. si pars hered. und L. 29. D. de usurpat. et usucap., und in §. 3. J. de interdictis oder Gai. IV. §. 144.

Untersuchen wir nun zuerst, ob durch diese Argumentation die Ansicht des Verfassers genügend erwiesen sei.

Der Verfasser hat allerdings gute Gründe angegeben, warum, zumal nach älterem römischem Recht, eine Klage wie die hereditatis petitio besonders dringendes Bedürfniß war. Die juristische Schutzlosigkeit des Nachlasses (ich verstehe hier darunter mit dem Verfasser nur die Gesamtheit der vom Verstorbenen bis zu seinem Tode besessenen Sachen) mußte dieses Bedürfniß gewiß sehr fühlbar machen. Und richtig ist auch

⁵ L. 2. §. 1. L. 6. D. expil. hered. 47. 19.

die Bemerkung, daß die *hereditatis petitio* gewissermaßen nicht nur die *rei vindicatio*, sondern auch die possessoriſchen Interdicte (zum Theil ſelbſt die Diebſtahlſklagen) vertreten mußte. Unrichtig aber ſcheint es mir, wenn die Ausbildung dieſer beſonderen Klage bloß aus jenem beſonderen Bedürfniß abgeleitet und nun darauf vorzüglich die Anſicht über das Weſen derſelben gegründet wird.

Der altrömiſche Rechtsſatz, wornach es jedem geſtattet war, die beſitzloſen Sachen einer Erbschaft nach Belieben zu occupiren, möchte wohl nur zur Erklärung des Umſtandes bedeutend ſein, daß die *hereditatis petitio* regelmäßig auch gegen den *pro possessore possidens* angeſtellt wird. Unabhängig von jenem Rechtsſatze aber und allgemein iſt das Bedürfniß einer Univerſalklage, wie die *hereditatis petitio* iſt, für den Fall, wenn Jemand in der Meinung Erbe oder Allein-Erbe zu ſein, ſich der Erbschaftſachen bemächtigt hat, und nun der wahre Erbe oder Miterbe ſein Recht geltend machen will. Niemand kann für ſolchen Fall die Zweckmäßigkeit, ja Nothwendigkeit einer Rechtshilfe verkennen, durch welche man alles daſjenige, was der Gegner als anmaßlicher Erbe beſitzt, wie durch die *rei vindicatio* alles was der Gegner als anmaßlicher Eigenthümer der Hauptsache hat, mit einem Mal erlangen könne. Und ſelbſt wenn der Rechtsſatz beſtände, daß der Beſitz *ipso iure* auf den Erben übergehe, würde jene Klage nicht überflüſſig ſein. Denn gegen denjenigen, welcher in der guten Meinung Erbe zu ſein ſich in den Beſitz des Nachlaſſes geſetzt hätte, könnten doch bloß die possessoriſchen Interdicte⁶ nicht aushelfen. *Interdicta retinendae possessionis* würden nur bei beweglichen Sachen nach älterem Recht ein halbes Jahr lang Schutz gegeben haben; bei unbeweglichen, und nach Juſtinianiſchem Recht auch bei beweglichen, ſobald der anmaßliche Erbe einmal wirklich deren Beſitz erworben hatte, waren ſie nicht anwendbar, weil ſie gegenwärtigen Beſitz des Klägers vorausſetzen. *Interdicta recuperandae possessionis* würden gegen den vermeintlichen Erben, welcher ſich *bona fide* in den Beſitz der vom Erben noch nicht einzeln ergriffenen Sachen geſetzt hätte, ſo wenig ſtattgefunden haben, wie Diebſtahlſklagen, oder doch nur etwa inſofern der Gegner ſich heimlich des Beſitzes unbeweglicher Sachen bemächtigt hätte und auf des wahren Erben Aufforderung die Uebergabe derſelben noch verweigerte⁷. Die possessoriſchen Interdicte würden auch in dieſer Anwendung durchaus ihre eigenthümliche Natur

⁶ Ich verſtehe darunter nach Savigny nur die *interdicta retinendae und recuperandae possessionis*. L. 1. §. 4. D. uti possidetis. 43. 17.

⁷ Cf. L. 6. §. 1. D. de acquir. v. amitt. poss. 41. 2.

einbüßen, indem der Besitz des Klägers allemal erst durch sein vom Gegner eben bestrittenes Recht der Erbfolge bedingt wäre; denn nur der wirkliche Erbe könnte für sich den Grundsatz anführen: *Le mort saisit le vif*. Es wäre also nicht mehr bloß das Factum des Besitzes, worüber der Streit bestände, sondern zugleich das Rechtsverhältniß der Erbfolge. Zudem würde man auf diese Weise überall nur viele einzelne Klagen erhalten; oder wollte man nach Analogie der possessoriischen Interdicte für Erbschaften besondere Interdicte geben, wobei jene als Ganze in Betracht kämen, so würde man eben dadurch, nur in anderer Form, wieder eine hereditatis petitio haben⁸.

Muß man diesennach ein Bedürfniß der hereditatis petitio auch abgesehen von den von unserem Verfasser dafür angeführten Gründen anerkannt werden, so zeigt sich auch leicht, daß die von ihm gezogene Beschränkung des Umfanges derselben durch seine Argumentation nicht begründet ist. Diese schließt einerseits alle Sachen, deren Besitz der Erblasser nicht bis zu seinem Tode behalten, andererseits auch diejenigen, welche der wahre Erbe, also der Kläger, nach dem Tode des Erblassers selbst schon im Besitze gehabt hat, von der hereditatis petitio aus. Bei dem ersten wollen wir im Sinne des Verfassers suppliren, daß diejenigen Sachen in der Klage mitbegriffen werden, welche nach dem Tode des Erblassers als Accessio zu dem Nachlasse hinzugekommen sind, z. B. Erwerbungen durch *servi hereditarii*, Früchte der Erbschaftsachen, *insula in flumine nata* u. dergl. m.⁹ Aber auch mit dieser Erweiterung läßt sich die aufgestellte Beschränkung nicht aus der Natur der Sache rechtfertigen. Wenn Jemand eine vom Erblasser zur Zeit seines Todes nicht mehr besessene Sache auch eben nur als anmaßlicher Erbe besitzt, warum sollte diese mit einer Specialklage verfolgt werden müssen? warum nicht in der Universalklage mitbegriffen sein, womit ich die ganze Erbschaft, soweit sich der Gegner etwas von derselben angemacht, verfolge? Gesezt z. B. der vermeintliche Erbe hat eine Erbschaftsache dem dritten Besitzer durch *rei vindicatio* oder *condictio furtiva* oder ein *interdictum recuperandae possessionis* abgestritten; oder dieser hat sie jenem als

⁸ Der Verf. findet eine Bestätigung für seine Ansicht in der von D. Gothofredus ad rubr. tit. D. de poss. hered. pet. mitgetheilten Notiz, daß in Frankreich wegen des Grundsatzes *«mortuus saisit vivum»* die hereditatis petitio non ita in usu sei, vielmehr der Erbe *interdictio possessorio retinendae* klagen könne. Allein Gothofred scheint mir hier keineswegs alle Anwendung der hereditatis petitio in Frankreich in Abrede zu stellen, und wäre es der Fall, so müßte dem *interdictio possessorio*, wenn es dem Bedürfniß völlig genügen sollte, nothwendig eine andere Gestalt gegeben sein, als es im römischen Recht hat: es müßte dieß Interdict, wie es die Jurisprudenz immerhin nennen möchte, der römischen hereditatis petitio oder dem *interdictum quorum honorum* verwandt sein, als den eigentlichen possessoriischen Interdicten.

⁹ L. 25. §. 20. et sqq. L. 32. D. de her. pet.

vermeintlichem Erben, indem er die Sache für Eigenthum der Erbschaft erkannte, freiwillig übergeben: in diesen und ähnlichen Fällen besitzt er die Sachen der Erbschaft in der That aus keinem andern Grunde, als weil er factisch für den Erben galt; wie sonderbar, wenn nun der wahre Erbe diese Sachen nur durch Specialvindication sollte erlangen können, während er die andern Nachlasssachen gegen denselben Gegner durch die Universalklage verfolgt! Nach L. 16. §. 4. D. de hered. pet. kann derjenige, welcher als Erbschaftsbesitzer (pro herede possidens) gewaltsam des Besizes entsetzt ist, mit der hereditatis petitio belangt werden, weil er das interdictum unde vi ex hereditaria causa erworben hat und insofern als juris possessor erscheint: und es sollte nicht auch gegen den hereditatis petitio stattfinden, welcher als Erbschaftsbesitzer die schon dem Verstorbenen gewaltsam entzogenen, also von ihm zur Zeit seines Todes nicht mehr besessenen Sachen durch das interdictum de vi oder durch freiwillige Rückgabe wieder erlangt hätte¹⁰?

Ebenso wenig scheint mir die Beschränkung nach der andern Seite hin Billigung zu verdienen. In der Regel wird allerdings in Beziehung auf diejenigen Sachen, welche der wahre Erbe einmal in Besitz genommen hat, ein Bedürfnis der hereditatis petitio nicht mehr hervortreten, indem der Erbe, wenn er auf unrechtmäßige Weise im Besitze gestört oder desselben verlustig geworden ist, durch die possessoriischen Interdicte oder die Diebstahlsklagen zu seinem Recht kommen kann, ohne sich auf den Streit über sein Erbrecht einzulassen. Aber es können Erbschaftsachen auf eine der Form nach rechtmäßige Weise in die Hände eines solchen kommen, der ihre Qualität als Erbschaftsachen nicht bestreitet, jedoch dieselben, weil er sich selbst das Erbrecht beilegt, dem wahren Erben vorenthält. Dieser könnte zugleich noch andere zur Erbschaft gehörige Sachen besitzen, welche der Erbe noch nicht in Besitz gehabt hatte, in Beziehung auf welche also auch nach unseres Verfassers Theorie die hereditatis petitio gegen ihn begründet wäre. Gewiß wäre es sehr unzweckmäßig, wenn diese Klage nun jene anderen Erbschaftsachen bloß deshalb, weil sie der Kläger schon besessen hatte, nicht mitumfassen sollte. Besonders deutlich zeigt sich das Unpassende jener Beschränkung, in dem Falle, wenn der Erbe, der sich in Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, einem Andern als alleinigem oder Mit-Erben den Besitz freiwillig eingeräumt hat, nachher aber erkennt, daß ihm allein die Erbfolge zustehet, und daher den Nachlaß fordert. Soll er hier nicht hereditatis petitio anstellen können? Man sieht durchaus nicht ein, wie

¹⁰ Cf. L. 16. §. 4. l. c. Qui a debitore hereditario exegit petitione hereditatis tenetur.

durch den Besitz des Klägers das Verhältniß wesentlich ein anderes geworden sei, als wenn der Beklagte sich zuerst des Nachlasses bemächtigt hätte.

Endlich umfaßt die hereditatis petitio nicht nur auch solche Sachen, wegen welcher Eigenthumsklage nicht stattfinden könnte, sondern ist selbst in Rücksicht ihres Gegenstandes von größerem Umfange als die possessio-rischen Interdicte, indem auch vom Erblasser bloß detinirte Sachen dabei zur Restitution kommen, ja gegen den Schuldner der Erbschaft zugleich die Forderung durch die hereditatis petitio geltend gemacht werden kann. Daß gegen den Schuldner, welcher selbst Erbe zu sein behauptet, hereditatis petitio gegeben wird, sieht der Verfasser als eine Inconsequenz an, die sich nur durch die Rücksicht auf die Praxis rechtfertige, da nicht leicht Jemand den Schuldner, der weiter nichts vom Nachlasse besitze, mit der hereditatis petitio belangen werde, wenn aber ein pro herede possessor zugleich Schuldner der Erbschaft sei, diese Obligatio zweckmäßig in der allgemeinen Klage zugleich mit geltend gemacht werde¹¹. Allein es muß schon Bedenken gegen jene Ansicht erregen, wenn darnach jener Satz nur als Singularität erklärt werden kann. Es widerspricht aber auch die obige Erklärung dieser angeblichen Inconsequenz den Aussprüchen unserer Quellen; denn diese sagen nicht etwa bei der dem Beklagten aufzulegenden Restitution, es komme dabei auch die Schuld desselben an die Erbschaft mit in Betracht, sondern tragen gerade bei der Frage, gegen wen die hereditatis petitio Statt finde, den Satz vor: *item a debitore hereditario quasi a iuris possessore . . . posse hereditatem peti*, und zwar ohne alle Andeutung, daß darin etwas Singuläres liege: „*nam et a iuris possessoribus posse hereditatem peti constat*“¹².

Nachdem also gezeigt ist, daß die aus der Natur der Sache geschöpften Gründe keinen hinlänglichen Beweis für die Ansicht unseres Gegners abgeben, so wollen wir nun sehen, wie es sich mit den dafür angeführten Belegstellen verhalte. Der Verf. beruft sich vorzüglich auf Gaius II. §. 52., wo der Begriff der pro herede possessio gerade auf den durch Occupation der besitzlosen Sachen des Nachlasses nach

¹¹ Vgl. C. 176. Annt. 14.

¹² L. 13. §. 15. D. de her. pet. vgl. L. 10. in line D. si pars her. pet. — Daß man diesen Fall gar nicht als etwas Singuläres behandelte, beweist auch L. 7. §. 4. 5. D. de exceptione rei iud. 44. 2. — §. 4. *Et ideo si hereditate petita singularis res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.* §. 5. *Idem erit probandum et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat: nam cum hereditatem peto et corpora et actiones omnes quae in hereditate sunt videntur in petitionem deduci.*

dem Tode des Erblassers und vor der Besitzergreifung des Erben erworbenen Besitz beschränkt werde, und darauf soll denn auch das Wort *occupavit* in L. 1. §. 1. D. si pars hered. pet. hindeuten.

Allein wenn Gaius sagt: „*Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat: velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum (est usu) capere, si modo ea res est quae recipit usucapionem; quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur*“: so ist darin allerdings deutlich ausgesprochen, daß die *pro herede usucapio* (wenigstens die ohne *bona fides*, von welcher Gaius zunächst sprechen wollte) nicht mehr Statt finde, sobald der wahre Erbe einmal den Besitz der Sachen ergriffen; und dieß wird auch durch L. 29. D. de usurp., selbst bei *bonae fidei possessio*, bestätigt¹³. Daß aber die Bezeichnung *pro herede possessio* ausschließlich nur demjenigen Besitze zukomme, welcher durch *Occupation* derjenigen Sachen, die bis zur Zeit des Todes noch in des Erblassers Besitz verblieben und durch dessen Tod besitzlos geworden, vom Erben aber noch nicht ergriffen sind, erworben wird, das geht aus unserer Stelle jedenfalls nicht mit solcher Bestimmtheit hervor, daß man darauf eine neue Theorie der Erbschaftsklage bauen könnte. Gaius beschränkt auch selbst die *usucapio pro herede* nicht auf die Sachen, welche bis zum Tode in des Erblassers Besitz geblieben seien. Es läßt sich vielmehr erweisen, daß *pro herede possessio* und *usucapio* auch bei Sachen deren Besitz schon der Erblasser verloren hatte, und *pro herede possessio* (aber freilich nicht *usucapio*) auch bei solchen, welche der Erbe schon besessen hat, möglich, daß also die aufgestellte Beschränkung des Begriffs der *pro herede possessio* nach beiden Seiten hin unhaltbar sei.

Das letzte beweist gerade L. 29. D. de usurp. et usucap. Denn es wird hier demjenigen, welchem als vermeintlichem Miterben von dem wahren Erben, nicht vermöge eines Vergleiches, die Erbschaft *pro parte* herausgegeben ist, respondirt, er könne nicht *usucapiren*, *quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque aliam ullam habes causam possidendi*. Er soll keinen anderen Besitzgrund haben außer dem *pro herede*; er muß also wohl, obgleich er nicht *usucapiren* kann, *pro herede* besitzen, wofern er sich nur auch für den Miterben hält.

Das erste dagegen geht hervor aus L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap. 41. 3. *Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non*

¹³ Vgl. Arnolds Abh. im Rhein. Mus. II. S. 129. (oben Bd. I. S. 128.)

erat, possidebit pro possessore. — Si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur.

Hier ist deutlich gesagt, daß derjenige, welcher selbst schon bei Lebzeiten des Erblassers und über dessen Tod hinaus eine jetzt zur Erbschaft gehörige Sache bebesen hat, noch pro herede zu besitzen anfangen könne, wenn er sich aus gutem Grunde für den Erben des Eigenthümers halte. Ist aber dieß möglich, so ist durchaus nicht einzusehen, warum nicht auch der pro herede zu besitzen anfangende, dem als vermeintlichem Erben von einem andern frühern Besitzer die Sache des Erblassers erst nach dessen Tode herausgegeben ist. Und dann ist ferner nicht einzusehen, warum gegen diesen Besitzer der wahre Erbe nicht hereditatis petitio sollte anstellen dürfen.

Durch diese Bemerkungen scheint uns das Gegentheil von dem, was Fabricius aus Gai. II. §. 52. entnehmen zu können glaubte, erwiesen, und es möchte darnach kaum noch einer näheren Erörterung bedürfen, daß auch das, was §. 3. I. de interd. und Gai. IV. §. 144. über das interdictum quorum bonorum sagen, nicht geeignet ist, die Begriffsbestimmung der pro herede possessio, die der Verf. annimmt, als richtig zu erweisen.

Diese Stellen berühren bei Gelegenheit des interdictum quorum bonorum die allgemeine Eigenthümlichkeit der interdicta adipiscendae possessionis im Gegensatz gegen die retinendae und recuperandae possessionis interdicta; wornach jene nur auf Erlangung eines neuen Besitzes, nicht auf Wiedererlangung eines verlorenen oder Behauptung eines noch bestehenden Besitzverhältnisses, gerichtet sind¹⁴. Nur als Folgerung aus diesem Begriff des interdictum adipiscendae possessionis wird dann hinzugefügt: itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Daß aber dieß schon aus dem Begriff des pro herede possidere, welches bei diesem Interdict auf Seiten des Beklagten vorausgesetzt wird, folge, läßt sich aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle durchaus nicht abnehmen. Und wie kann man behaupten wollen, der Civilerbe, welcher nach dem bonorum possessor den Besitz von Erbschaftsachen erlangt, besitze nicht pro herede? Gaius sagt: pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est,

¹⁴ Cf. L. 2. §. 3. D. de interdictis. 43. 1.

quam is qui putat se heredem esse. Der Verf. aber schreibt: „Sobald der bonorum possessor schon wirklich den Nachlaß besessen hat, kann ihn kein anderer mehr pro herede oder pro possessore in Besitz nehmen“.

Einen directen Beweis gegen des Verf. Ansicht geben endlich noch L. 14. §. 2. D. quod metus causa. 4. 2.:

Si is, cui vis admissa est, decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore qui vim intulit possidet. propter quod heredi non erit metus causa actio etc.

und L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. D. de actione rer. amot. 25. 2.:

Si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus est maritus, hereditatis petitione vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id, quod amotum est.

Hier wird die hereditatis petitio ausdrücklich in Beziehung auf solche Sachen zugelassen, welche schon dem Besitze des Erblassers entzogen waren¹⁵.

§. 2.

Vergleichen wir nun mit der bisher besprochenen die Ansicht über das Wesen der hereditatis petitio, welche wir schon an einem andern Orte als die richtige geltend zu machen gesucht haben¹⁶.

Die hereditatis petitio, sagten wir dort mit Löh¹⁷, ist eine Vindication des Erbrechts, eine Klage auf Anerkennung des Rechts der Repräsentation des Verstorbenen in seinen Vermögensverhältnissen. Denn, so wollen wir mit Buchta¹⁸ hinzufügen, unter Erbrecht verstehe ich nicht das Recht Erbe zu werden, sei nun die hereditas schon delata oder nicht einmal dieses. Erbrecht ist vielmehr das Recht Erbe zu sein, das Recht, welches durch die Acquisition der Erbschaft erworben wird¹⁹. Es ist also das Rechtsverhältniß des Erbeseins in seiner Totalität, was nach unserer Meinung zunächst den Gegenstand der hereditatis petitio ausmacht, in gleicher Weise, wie Gegenstand der rei vindicatio das Eigenthum einer einzelnen Sache ist. Es liegt uns nun ob, die Richtigkeit dieser Ansicht auch aus den Quellen zu beweisen.

¹⁵ Hiernach wird sich auch Niemand berechtigt halten, folgende Stelle im Sinne des Verf. einschränkend zu erklären: Pauli rec. sentt. I. 13 b. §. 1. und Consultatio vet. Icti cap. VI.

In petitione hereditatis ea veniunt, quae defunctus mortis tempore dereliquit, vel ea quae post mortem ante aditam hereditatem ex ea quaesita sunt. — Cons. I. c. Si secundum edicti formam testamentum obsignatum extitit, bona, quae, cum moreretur actor tuus, eius fuerunt, sollenniter petes.

¹⁶ Rhein. Mus. II. S. 141 fg. (oben Bd. I. S. 136 fg.)

¹⁷ Magazin für Rechtsw. und Gesetzg. IV. S. 19. Vgl. auch Arch. für civ. Prag. XII. S. 101.

¹⁸ Rhein. Mus. III. S. 303.

¹⁹ „und durch die Hereditatis Petitio geschützt ist“ setzt Buchta, unserer Ansicht entsprechend, hinzu.

Das Wort hereditas wird bekanntlich in unsern Quellen in zwei Bedeutungen gebraucht, welche man durch die Ausdrücke „objective“ und „subjective Bedeutung“ zu unterscheiden pflegt. In der ersten Bedeutung bezeichnet hereditas die Masse des Vermögens oder den Complexus von Vermögensverhältnissen, welche durch den Tod eines Subjects auf ein anderes übergehen. So definirt Cicero²⁰: Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, und auch in vielen Stellen unserer juristischen Quellen ist diese Bedeutung unverkennbar vorausgesetzt: z. B. wo von der reellen Theilung unter Miterben, und bei der hereditatis petitio, wenn von der Restitution der Erbmasse die Rede ist.

In der andern Bedeutung ist die Hereditas, wie Julian und Gaius gleichmäßig sich ausdrücken, nihil aliud, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit²¹. Successio aber bedeutet hier die wirkliche Nachfolge in die Vermögensverhältnisse des Verstorbenen, die wirkliche Repräsentation desselben in der angegebenen Beziehung. Nicht der Act, wodurch man Nachfolger wird, oder das Erbe-werden ist unter successio zu verstehen, sondern das Verhältniß, daß man Nachfolger ist, das fortbestehende Verhältniß des Erbeseins. Daher wird die Hereditas von Gaius²² auch als ius successionis erklärt, nicht als ius succedendi, worunter man etwa auch die rechtliche Möglichkeit durch seine Willenserklärung Erbe zu werden, ein ius acquirendi hereditatem, verstehen könnte²³.

Beide Bedeutungen des Wortes hereditas, die subjective und die

²⁰ Top. cap. 6.

²¹ L. 62. D. de R. I.; L. 24. D. de V. S.

²² L. 1. §. 1. D. de div. rer. In den ächten Institutionen des Gaius ist die Stelle lüdenhaft; die Justinianischen Institutionen haben ius hereditatis statt ius successionis. Theophilus umschreibt es mit το δικαίον τὸ παρέρχον μοι παρήρηόταν, ὡς ἀθροῦς τὴν ἐξέου λαμβάνειν πειρουσίαν, was Reiz nicht genau übersetzt ius praebens mihi facultatem ut alterius patrimonium universaliter acquiram. Denn das λαμβάνειν bezeichnet hier nicht eigentlich das acquirere, κτήσις, sondern vielmehr das factische Annehmen, die Verfügung über die Erbschaftsachen, wozu die acquisitio schon vorausgesetzt wird.

²³ Eine solche Verwechslung von ius successionis und ius succedendi begeht z. B. Vinnius ad tit. 1. de reb. corp. und streitet daher gegen die römischen Definitionen. Dagegen führt Ulr. Huber ganz richtig aus, die hereditas sei das ius successionis non acquirendae sed acquisitae. Digress. Iustinianae IV. 28. — Sehr sonderbar wird die obige Definition der Hereditas von Donellus aufgefaßt. Comment. lib. VI. cap. 2. Nachdem er zuerst dargethan hat, daß die hereditas weder actus noch ius succedendi, noch res, cui succeditur, noch auch res, quae per successionem obtinetur, sein könne, kommt er zuletzt darauf, successio stehe hier für res quae successit in ius defuncti, und dies sei die hereditas, weil diese zunächst als juristische Person in die Stelle des Verstorbenen eintrete. Es ist klar, daß so aufgefaßt unsre Definition eigentlich keine wäre, indem man immer erst fragen müßte, was ist denn die res quae successit? Und wollte man nun darauf antworten: „die Gesamtheit der Vermögensrechte des Verstorbenen,“ so hieße das soviel als: „die Gesamtheit der Vermögensrechte des Verstorbenen succedit in die gesammten Vermögensrechte desselben.“

objective, stehen übrigens in der engsten Wechselbeziehung zu einander, indem das Vermögen des Verstorbenen eben nur in Beziehung auf die Succession in dasselbe juristisch als Ganzes in Betracht kommt. Daher werden auch beide von Africanus ganz mit einander verflochten, indem er sagt: *Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis, non singulares (singulas) res demonstrat*²⁴.

Fragt man nun, welche Bedeutung mit dem Worte *hereditas* in der Zusammensetzung *hereditatis petitio* zu verbinden sei, so sollte man freilich auf den ersten Blick geneigt sein, die sogenannte objective Bedeutung vorzuziehen, da man doch durch die Klage die zur Erbschaft gehörigen Sachen und Rechte erlangen will, und nur gegen Besitzer derselben die Klage angestellt wird. Dieß ist denn auch die Meinung vieler Schriftsteller gewesen, und so hat auch *Dü Roi* die subjective Bedeutung von *hereditas* bei der Bestimmung des Gegenstandes der *hereditatis petitio* ganz ausgeschlossen. Er drückt sich also aus: „die *res incorporalis*, die den Gegenstand der *hereditatis petitio* ausmacht, ist hier kein Recht, sondern eine *universitas bonorum*; nicht das Erbrecht, sondern die Erbschaft; wobei das *Incorporale* darin liegt, daß die Erbschaft außer den *res corporales* zugleich und vielleicht allein in Rechten und Forderungen besteht“²⁵. Wenn er aber als Argument für diese Ansicht den Umstand anführt, daß die Intention der *hereditatis petitio* immer laute „*hereditatem meam esse*“, niemals „*me heredem esse*“, so bedenkt er nicht, daß wir auch bei der Eigenthumsklage nirgend die Intention „*me ex iure Quiritium dominum esse*“ finden, obgleich diese eben dasselbe ausdrücken würde, was die gewöhnliche Formel der Intention „*rem ex iure Quiritium meam esse*“ bezeichnet; er bedenkt nicht, daß auch das gerade in Frage steht, was in jener Formel der *hereditatis petitio* das Wort *hereditas* bedeute. Man verstehe indessen immerhin darunter das gesammte Vermögen des Verstorbenen und betrachte also die *hereditatis petitio* als eine *Vindication* dieses Vermögens, so heißt dieß im Grunde, wenn man nur die Sache genau ansieht, doch nichts anderes, als daß sie eine *Vindication* des Erbrechts, nämlich der Succession in dieses Vermögen, sei. Denn das Eigenthum an der *Universitas*,

²⁴ L. 208. D. de V. S. vgl. L. 3. pr. §. 1. D. de hon. poss. 37. 1. Beide Stellen zeigen recht klar, wie man die *Hereditas* in dem sogen. objectiven Sinne gar nicht ohne Beziehung auf das Rechtsverhältniß der Erbfolge auffaßt. Man vergleiche auch noch *Huschte* im Rhein. Mus. VI. S. 271 fg. Ihm ist die *Hereditas* das ganze Vermögensleben des Verstorbenen, die effective Vermögensfähigkeit desselben, und die Vererbung faßt er auf als den lebendigen Uebergang jener vermögensrechtlichen Freiheit des Verstorbenen auf ein anderes Individuum, das daher in so fern eine Personeneinheit mit jenem bilde. Ebenso nach ihm *Büchel* civilrechtl. Erörter. Bd. 2. S. 11. 12.

²⁵ *Archiv für civ. Pragis* VI. S. 303. Vgl. *Vinn.* I. c.

welches *Du Roi* annimmt, was ist es in der That anderes als das *ius successiois*, in Rücksicht dessen eben das Vermögen des Verstorbenen als *Universitas* behandelt wird?²⁶ Es besteht jenes sogenannte Eigenthum nur darin, daß auf den Erben alle einzelne das Vermögen des Verstorbenen bildenden Rechtsverhältnisse insgesammt übergegangen sind, dieser also durch jenen in Beziehung auf seine Vermögensverhältnisse repräsentirt wird.

Mit Recht erklären wir daher die *hereditatis petitio* als *Vindication* der *successio in universum ius defuncti*; und daß diese Ansicht auch von Römischen Juristen aufgestellt worden sei, dafür geben die oben angeführten Stellen von Julian und Gaius, welche die *Hereditas* als *successio in universum ius defuncti* definiren, das bedeutendste Argument an die Hand.

L. 62. D. de reg. iur. ist aus Juliani lib. 6. Digestorum, und L. 24. D. de V. S. aus Gaii lib. 6. ad edictum provinciale; es geht aber aus den Inscriptionen von L. 54. D. de her. pet. vgl. L. 7. D. si pars her. pet., und von L. 15. 17. 41. D. de her. pet. L. 2. D. si pars her. pet. hervor, daß Julian und Gaius in den genannten Büchern von der *hereditatis petitio* gehandelt haben; es ist also sehr wahrscheinlich, daß sie jene Definition gerade in Beziehung auf die *hereditatis petitio* aufgestellt und damit den eigentlichen Gegenstand dieser Klage haben bezeichnen wollen²⁷.

Bestätigt wird dieß auch durch L. 8. D. de her. pet., wo der Ausdruck *legitimam hereditatem vindicare* vorkommt. Denn auf die Masse des erbhaftlichen Vermögens oder den Nachlaß in der von Fabricius angenommenen Beschränkung kann dieser Ausdruck gar nicht bezogen werden, da die Erbschaft im objectiven Sinne immer dieselbe ist, es mag der Erbe *lege* oder *testamento* berufen sein. Nur das *ius successiois* kann unterschieden werden, je nachdem es unmittelbar auf allgemeiner Bestimmung des Rechts oder auf testamentarischer Anordnung beruht. Ganz entsprechend unserer Ansicht ist endlich der Ausdruck *successionem vindicare*, den wir in unsern Quellen mehrmals finden, durchaus von gleicher Bedeutung wie *hereditatem petere*²⁸.

²⁶ Schon in einer Constitution von Constantin findet sich der Ausdruck *dominium delatae portiois* (sc. hereditatis); L. 4. Th. Cod. de legitimis hereditatibus; und Theophilus definirt die hereditas als *δικαίον, ὃ ποιεῖ με τῆς ἐτέρου περιουσίας ἀπόρον γενέσθαι δεδωσθην*, (sicutque ut alieni patrimonii universalis sim dominus, nach der Uebersetzung von Reib).

²⁷ Diese Bemerkung hat schon Noodt in comment. ad tit. D. de her. pet. gemacht.

²⁸ L. 49. in f. D. de inofficioso test. 5. 2. L. 4. Cod. in quibus causis cessat l. t. praeser. 7. 34. L. 5. 9. Cod. commun. de succession. 6. 59. L. 2. Cod. unde legitimi. 6. 45. L. 15. Cod. de postlim. 8. 50. (*successiois iura vindicare*). So findet sich auch *successionem obtinere* in L. 5. Cod.

Mögen wir also auch zugeben, was *Dü Roi* bemerkt, daß man ursprünglich die *hereditatis petitio* als eine *Vindication* mehrerer Sachen und zwar zunächst nur der körperlichen Sachen, die zur Erbschaft gehörten, angesehen und behandelt habe (wofür man als Argument anführen kann, daß nach *Gaius IV. §. 16.* bei der alten *Vindicatio* die *Hereditas* durch irgend eine körperliche Sache derselben symbolisch dargestellt wurde)²⁹, so ist dieß doch nicht die Ansicht der ausgebildeten Jurisprudenz, welche, obgleich sie künstlicher erscheint, in der That doch der wahren Natur der Sache besser entspricht.

Hier erklärt sich denn auch, wie die *hereditatis petitio* als in *rem actio* aufgefaßt ist. Sie ist in *rem actio*, nicht weil ihr ein quasi *dominium* an einer *res incorporalis* entspricht; *Puchta* hat das Irrige und Grundlose dieser Begriffe *Dü Roi's* genügend gezeigt³⁰; die *hereditatis petitio* ist in *rem actio*, weil sie auf das absolute, unabhängig von jeder besondern Verpflichtung einer bestimmten Person bestehende, Verhältniß der Erbfolge gerichtet ist, und demgemäß auch eine absolute nicht auf die Person des Beklagten sich beziehende Intention, die Intention „*hereditatem actoris esse*“, nicht etwa „*Numerium Negidium dare facere praestare oportere*“, enthält. Diese Intention: *hereditatem meam esse* ist der Klage wesentlich, und es kann daher nicht darauf ankommen, was man im einzelnen Fall durch die Klage vom Beklagten erlangen will, ob körperliche Sachen oder Bezahlung von Schulden u. s. w.; die Klage muß immer in *rem actio* bleiben³¹.

ad Sc. Trebellian. 6. 49. und *successionem deferri* für *hereditatem deferri* 3. B. L. 4. 7. Cod. de legit. hered. 6. 38. L. 3. Cod. unde legitimi. 6. 15.

²⁹ Es ist auch nicht zu verwundern, wenn noch später ähnliche Vorstellungen durchdringen z. B. in L. 9. Cod. de pet. her. *res hereditarias hereditatis petitione vindicare*.

³⁰ Rhein. Mus. I. S. 286. Man könnte eben so gut von *dominium* an einer Forderung wie von *dominium* eines *ius eundi agendi* u. s. w. sprechen. Denn auch die *obligatio* ist *res incorporalis*, so wie die Leistung, die ihren Inhalt ausmacht. Und selbst ein *dominium* am Eigentumsrechte einer körperlichen Sache müßte man annehmen. Denn so wie man das Recht der *Servitut* in abstracto als einen Gegenstand des Erwerbens und des Habens betrachtet, so kann man auch eben so das Eigentum als Gegenstand behandeln, und es macht keinen Unterschied, daß man gewöhnlich die Sache nennt, wenn von Erwerben, von Haben, oder Behaupten des Eigentums an derselben die Rede ist.

³¹ Daß die *hereditatis petitio* wirklich in *rem actio* sei, glaube ich schon in meiner angeführten Abhandlung S. 141. gegen die neue Meinung *Rohrhirt's* hinreichend bewiesen zu haben. *Rohrhirt's* Meinung ist auch, meines Wissens, noch von Niemand angenommen, aber ausdrücklich verworfen von *Mühlenbruch doctrina* edit. 3. §. 518. und *Unterholzner* im Rhein. Mus. V. S. 32., und v. *Löhr* hat mir seinen Beifall zu erkennen gegeben, daß ich S. 141. Anm. 21. ihn von der *Mitgenossenschaft* an *Rohrhirt's* Einsaße freigesprochen habe. Ich kann aber *Unterholzner* auch nicht zugeben, daß die *hereditatis petitio* gegen den Erbschaftsschuldner, welcher unser Erbrecht bestreitet, nicht in *rem actio* sei. Die Forderung bleibt freilich immer Forderung und kann ihren Charakter nicht dadurch verlieren, daß sie in die Erbschaftsklage hineingezogen wird; aber diese Klage ist immer in *rem actio* mit der Intention: *hereditatem meam esse*. Es zeigt sich dieß am deutlichsten, wenn der Erbschaftsschuldner zugleich andere Sachen der Erbschaft besitzt oder nach Anstellung der Klage erlangt. (L. 41. pr. D. de her. pet.) Nach *Unterholzner's* Ansicht müßte hier die Klage halb in *rem* halb in *personam* sein,

In neuerer Zeit hat Stahl³² die Erbschaftsklage gleich der Klage aus jedem andern Familienbände für ein bloßes *praejudicium* erklärt, als welche zunächst und wesentlich nur auf Anerkennung des Erb-Bandes, der Erbenqualität des Klägers gerichtet sei. Diese Ansicht stimmt in so fern mit der unserigen überein, als auch wir als den eigentlichen Gegenstand des Erbschaftsstreites die Anerkennung des Erbrechts des Klägers betrachten³³. Stahl aber, wie er das Erbrecht unter das Familienrecht stellt, will durch jenen Ausdruck andeuten, daß die Erbschaftsklage ihrem eigentlichen Wesen nach nicht auf Vermögen gerichtet sei, sondern gleich den vorzugsweise sogenannten Präjudicialklagen nur die Geltendmachung einer persönlichen Qualität, eines Familienbandes, bezwecke. Allein obgleich gewiß jeder zugeben wird, daß das Erbrecht seine natürliche Grundlage in der Familie hat und nach ursprünglicher Rechtsansicht auf dieser wesentlich beruht, so ist doch auch nicht zu verkennen, daß im Römischen Recht, welches schon seit den zwölf Tafeln in Ernennung des Erben und Vertheilung des Vermögens der Willkür so freien Spielraum gab, diese Ansicht sehr zurückgetreten ist, und in der ausgebildeten Römischen Jurisprudenz auf die Behandlung des Erbschaftsverhältnisses keinen Einfluß übt, wengleich man der testamentarischen Willkür aus Rücksicht auf die Familie gewisse Beschränkungen aufgelegt hatte. Vielmehr behandeln die Römischen Juristen das Erbschaftsverhältniß immer aus dem Gesichtspunkte des Vermögensrechts, wie schon die Stellung dieser Lehre in den Römischen Systemen beweist: und so erscheint auch bei ihnen die *hereditatis petitio* durchaus als eine vermögensrechtliche Klage, ähnlich der *rei vindicatio*, zu der sie nur weil sie *de universitate*, jene aber *singulae rei* ist, einen Gegensatz bildet³⁴. Sie ist *petitorisch*, wie die *rei vindicatio*; nur gegen denjenigen, welcher an den Kläger etwas zu restituiren hat, findet sie Statt; sie ist also keine Präjudicialklage in dem Sinne, wie wir bei Gaius IV. 44. *praeiudiciales formulae* erklärt finden. Allerdings hatte das Römische Prozeßrecht eine Form, nach

oder im letzten Fall die Anfangs rein persönliche Klage später halb in *rem* werden, nachdem vielleicht das Haupturtheil *hereditatem actoris esse* schon gesprochen ist. Und wie sollte es sein, wenn der Beklagte im Anfang des Proceßes gar nichts, weder *rem* noch *ius* besitzt, nachher aber eins oder das andere oder beides erlangt? L. 18. §. 1. D. h. t. Die Analogie der *rei vindicatio per sponionem* paßt nicht hieher; denn bei dieser ist der Proceß über das *dare oportere* rein formell und nur die darin eingeschlossene in *rem actio* ist ernstlich; bei der *hereditatis petitio*, auch wenn sie gegen den Erbschaftsschuldner angestellt ist, wird aber Niemand sagen, daß das Urtheil über das Erbrecht des Klägers Nebensache oder rein formell sei.

³² Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht. Bb. 2. 1833. S. 260.

³³ Vgl. auch Büchel über *iura in re* und deren Verpfändung. Marburg 1834. S. 3. Anm.

³⁴ L. 1. pr. D. de rei vind. — Stahl erkennt dieß auch nicht; er macht es aber dem römischen Recht zum Vorwurfe, daß es die Erbschaftsklage als eine *actio in rem*, als eine Klage auf die Gesamtheit der Sachen der Erbschaft betrachte und so den eigentlichen Charakter derselben verkenne.

welcher bloß präjudiciell das Recht der Successio richterlich entschieden werden konnte, ohne daß dabei schon eine Verwirklichung dieses Rechts in bestimmten Erbschaftsrechten zur Sprache kam. Es war dieß die formula per sponsonem, deren man sich nach Gai. IV. 93. 94. bei in rem actiones anstatt der petitorischen bedienen konnte; die Formel, welche, obgleich eine in personam actio darstellend, doch, wie der jüngere Haffe gut entwickelt hat³⁵, gerade den nächsten Zweck der in rem actio, Anerkennung des ihr zum Grunde liegenden Rechts, rein für sich ohne Vermischung mit obligatorischen Leistungen, zu erfüllen geeignet war, indem dadurch bloß ein richterlicher Ausspruch über das Recht herbeigeführt wurde, ohne daß eine wirksame condemnatio des Beklagten beabsichtigt war, vielmehr, wo diese nöthig war, noch ein besonderes Judicium vermöge einer zweiten Sponson, pro praede litis et vindiciarum, hinzukommen mußte. Dieß war aber durchaus nichts Eigenthümliches des Erbschaftsstreites, sondern war bei allen in rem actiones, war namentlich beim Eigenthumsstreite in gleicher Weise anwendbar. Es deutet also nicht auf eine Verschiedenheit der hereditatis petitio und rei vindicatio in dieser Beziehung.

§. 3.

Fassen wir nun den oben aufgestellten Begriff der hereditatis petitio, daß sie eine Vindication der successio in universum ius defuncti sei, wieder auf, so können wir den Umfang und die Grenzen der Anwendung dieser Klage auf folgende Weise erklären.

Das römische Recht erfordert, wengleich nicht ohne Ausnahme³⁶, doch regelmäßig als Voraussetzung zur Anstellung der Klage außer dem Dasein des Rechts, welches der Klage zum Grunde liegt, eine thätliche Verletzung oder Beeinträchtigung dieses Rechts, deren Aufhebung durch richterlichen Beistand bezweckt wird, und es ist den in rem actiones mit petitoria formula eigen, daß sie außer der Anerkennung des absoluten, abgesehen von der Person des Beklagten bestehenden, Rechts zugleich die Erfüllung der durch die Verletzung desselben entstandenen Verbindlichkeit des Beklagten zum Ziele haben. So findet die rei vindicatio nur gegen denjenigen statt, welcher den Gegenstand des Eigenthums, die Sache, dem Eigenthümer rechtswidrig vorenthält. Und so wird auch die hereditatis petitio nur gegen denjenigen gegeben, welcher dem Erben etwas vorenthält, was diesem als Erben rechtlich gebührt³⁷.

³⁵ Rhein. Mus. VI. S. 154 ff.

³⁶ Vgl. Haffe l. c. S. 2 ff.

³⁷ Die Ausnahmen in L. 13. §. 14. L. 20. §. 8. D. de her. pet. cf. L. 27. pr. §. 3. D. de rei vind. brauchen wir hier nicht zu berücksichtigen.

Es wird eine thätliche Verletzung der Succession zur Anstellung der Klage vorausgesetzt. Diese Verletzung aber kann darin bestehen, daß der Gegner etwas besitzt oder hat (in dem weiten Sinne, wie die Römer hier das *possidere* nehmen), was als zu der Erbschaft gehörig dem Erben zu restituiren ist. Nur wo etwas der Art zu restituiren ist, kann regelmäßig die *hereditatis petitio* angestellt werden.

Gegenstand dieses Habens kann nun vor Allen die Masse der körperlichen Sachen der Erbschaft sein; aber auch jede einzelne dieser Sachen; denn in jeder einzelnen Sache kann die Succession des Erben, das eine Recht desselben in allen Sachen des Verstorbenen³⁸, verletzt werden. Und es kann hierbei nicht darauf ankommen, ob die Sache schon der Verstorbene selbst im Vermögen hatte, oder ob sie erst später zu der Erbschaft hinzugekommen ist; denn in der Erbschaft lebt die Vermögensperson des Verstorbenen fort; jene ist eins mit diesem; was also der Erbschaft erworben, ist so gut als habe es der Verstorbene selbst schon gehabt. Es kann auch nicht in Betracht kommen, ob der Verstorbene die Sachen bis zu seinem Tode im Besitze gehabt; denn zu den Sachen des Verstorbenen gehören ohne Zweifel auch die in seinem Eigenthum befindlichen, die er nicht besitzt; also auch auf sie erstreckt sich das Recht der Erbfolge, und sie sind Gegenstände, in denen eine Verletzung der Succession möglich ist³⁹. Auf der andern Seite aber können Sachen, welche der Verstorbene besaß, ja nur detinirte, auch wenn sie nicht dem Eigenthume nach in sein Vermögen gehören, unter die *hereditatis petitio* fallen. Denn obgleich weder juristischer Besitz noch Detention *ipso iure* auf den Erben übergehen⁴⁰, so entspricht es doch dem Wesen der Erbfolge, daß auch in jene factischen Verhältnisse, so weit sie juristische Vortheile gewähren, der Erbfolger eintrete, und wer ihm die Möglichkeit dazu anmaßlich entzieht, der verletzt zwar keinen Besitz des Erbfolgers, weil dieser ihn nicht hatte, aber er verletzt dessen Successionsrecht⁴¹.

Aber ferner wer auch gar keine körperliche Sache besitzt, die zu der

³⁸ Gufsche l. c. S. 272. Man hat sich viel Mühe gegeben, den Satz, daß auch gegen den Besitzer einer Sache der Erbschaft *hereditatis petitio* stattfinde (L. 4. L. 9. 10. pr. D. h. t.) dadurch zu erklären, daß man nachwies, wie der Besitz einer einzelnen Erbschaftssache je nach der Gesinnung des Besitzers als Besitz der ganzen Erbschaft erscheinen könne. Vgl. z. B. Donellus und Noodt l. c. Diesen Erklärungsversuchen liegt auch etwas Wahres zum Grunde; es herrscht aber dabei doch die Vorstellung, als müsse das *petere hereditatem* eigentlich auf die ganze objective Masse der Erbschaft bezogen werden, während es nach der richtigen Ansicht nur auf das ganze Successionsrecht und folgeweise dessen Anerkennung und Verwirklichung in jedem einzelnen Recht der Erbschaft gerichtet ist.

³⁹ Vgl. oben S. 319 ff.

⁴⁰ Vgl. Savigny, Recht des Besitzes, §. 21. — Auch zur Detention gehört eine Willensbestimmung, *animus*, des Detinirenden, *affectio tenendi*. L. 1. §. 3. D. de acquir. v. amitt. poss. 41. 2.

⁴¹ Vgl. L. 19. pr. §. 2. D. de her. pet.

Erbschaft in Beziehung steht, kann sich doch in einer der Succession des Erben widerstreitenden Anmaßung befinden, in so fern er in Folge eines rechtswidrigen Eingriffes in die Succession auch ein bloßes Recht, *ius hereditarium*, im Gegensatz von Sachen, haben kann. Daher kann z. B. gegen den, welcher durch den Besitz von Erbschaftsachen eine Klage gegen einen Dritten erworben hat, *hereditatis petitio* angestellt werden⁴², und aus demselben Grunde ist sie auch gegen den Schuldner der Erbschaft möglich, der als *iuris velut possessor*, als Inhaber der erb-schaftlichen Schuldforderung, betrachtet wird⁴³.

Ueberhaupt fällt die Frage, wodurch eine die *hereditatis petitio* begründende Verletzung des Erbrechts begangen werde, durchaus zusammen mit der Frage, was der Beklagte bei der *hereditatis petitio* zu restituiren habe, und es kommt daher darauf an, wie in dieser Beziehung unsere Klage von den Römern praktisch behandelt worden ist, wovon unten noch näher die Rede sein wird. Denn so fern der Gegner irgend etwas hat, was er, mit der Erbschaftsklage belangt, restituiren müßte, so liegt eben darin ein Grund, warum diese Klage gegen ihn angestellt werden kann; das Haben und Vorenthalten eines solchen Vortheils enthält die reelle Verletzung der Successio, welche zur Aufstellung der Erbschaftsklage vorausgesetzt wird.

Bis hiehin haben wir bloß das Materielle der Verletzung in's Auge gefaßt, die Gegenstände, in denen sie möglich sei. Es bedarf aber noch einer näheren Bestimmung die Art und Weise derselben. Denn nicht in jeder Anmaßung einer zur Erbschaft gehörenden Sache liegt eine Verletzung des Successionsverhältnisses. Es kann in der Anmaßung einer Sache oder eines Rechts der Erbschaft eben so wohl bloß eine Anmaßung gegen das fragliche einzelne Recht des Verstorbenen oder der Erbschaft oder des Erben (welche hier alle als eine Person anzusehen sind) enthalten sein, wenn z. B. behauptet wird, daß eine Sache, die der Erbe als solcher in Anspruch nimmt, gar nicht zur Erbschaft gehöre, als auch eine Anmaßung gegen das Erbrecht, wenn z. B. nicht in Abrede gestellt wird, daß eine Sache zur Erbschaft gehöre, aber das Erbrecht desjenigen, welcher die Sache fordert, geläugnet und aus diesem Grunde ihm die Restitution derselben verweigert wird.

Fragt man nun, wie sich erkennen lasse, ob Jemand, indem er den Besitz einer Erbschaftsache sich anmaßt, dadurch nur das Eigenthumsrecht, ohne Beziehung auf Erbfolge, oder vielmehr das Erbrecht des

⁴² L. 16. §. 4. D. h. t.

⁴³ L. 13. in fine. L. 14—16. pr. D. h. t.

Gegners bestreite, so drängt sich von selbst zuerst der Fall auf, wenn Jemand in der Meinung, selbst zur Nachfolge in das Vermögen des Verstorbenen berufen zu sein, Sachen der Erbschaft in Besitz genommen hat. Hier ist offenbar des Besitzers Anmaßung gegen die Successio des Andern gerichtet. Es ist ein wesentlicher Punkt dieses Rechtsstreites, daß entschieden werde, wer von beiden wirklich der Erbe sei, und so wird natürlich die Klage auf das *ius successionis* selbst und damit folgeweise zugleich auf alles dasjenige gerichtet, was der Gegner von der Erbschaft besitzt, und was er alles dem Kläger aus einem und demselben Grunde, der durch die Entscheidung über das Erbrecht des Klägers beseitigt wird, vorenthält. Wenn dagegen der Besitzer nicht sein Erbsolgerecht als Rechtsgrund seines Besitzes geltend macht, sondern aus irgend einem andern Grunde, der mit dem Erbrecht in keiner Verbindung steht, das Eigenthum der Sache selbst erworben zu haben glaubt oder wenigstens seinen Besitz rechtfertigt, so steht er zu dem Erben in keinem andern Verhältniß, als in welchem er zu dessen Erblasser stehen würde. Sein Besitz steht dem Eigenthum des Erblassers und somit jetzt des Erben entgegen, aber gegen das Successionsrecht des Erben ist er seiner Entstehung und seinem Grunde nach nicht gerichtet. Es findet also hier *vindicatio rei singularis* statt, und wenn gleich auch dabei das Successionsrecht des Klägers in Frage kommen kann, so kommt es doch nur zufällig und nur als Bedingung dieses einzelnen Rechts in Betracht⁴⁴. Somit erklärt sich aus der Natur der Sache die Regel: wer pro herede, nicht aber wer aus einem andern speciellen Rechtsgrunde Sachen der Erbschaft besitzt, kann mit der hereditatis petitio belangt werden.

Es ist aber ferner noch der Fall in Betracht zu ziehen, wenn der Besitzer von Erbschaftssachen weder selbst Erbe zu sein behauptet, noch einen speciellen Grund seines Besitzes angibt, sondern ohne rechtlichen Grund, pro possessore, den Besitz erworben zu haben gestehen muß. Eine solche durch nichts gerechtfertigte Anmaßung von Erbschaftssachen enthält natürlich auch immer eine Verletzung des dem Erben durch die Erbschaft zugefallenen Eigenthums der einzelnen Sachen, und es kann sein, daß ihr nur die Nichtachtung fremden Eigenthums zum Grunde liegt, ohne daß an ein Successionsverhältniß gedacht wird, z. B. wenn Jemand eine fremde Sache, ohne zu wissen, daß sie zu einer Erbschaft gehöre, eigenmächtig an sich genommen hat. Es kann aber auch jene Anmaßung gerade hervorstechend als ein Eingriff in die Successio,

⁴⁴ Doch wird hierbei vorausgesetzt, daß er nicht eigenmächtig die im Nachlasse factisch befindliche Sache an sich gebracht habe. Vgl. oben S. 331. und unten S. 337 flg.

vermöge deren der Erbe allein berechtigt ist sich in den Nachlaß des Verstorbenen zu mischen, erscheinen, und dieß muß namentlich dann der Fall sein, wenn Jemand nach dem Tode des Verstorbenen solcher Sachen, die sich factisch in dessen Nachlasse befinden, willkürlich sich bemächtigt.

Gegen solchen *possessor pro possessore* nun die *hereditatis petitio* als universelle Klage zu geben, dazu lag noch eine besondere Veranlassung in dem alten Recht der *pro herede usucapio*. Da nach diesem Jedermann sich der noch besitzlosen Sachen der Erbschaft ohne Gefahr bemächtigen und dieselben sogar in einem Jahr *usucapiren* konnte, und diese Erzfizung der Erbschaftsachen nach der ältern Ansicht sogar als Erzfizung der *Hereditas* selbst betrachtet wurde, so mußte eine solche Besitznahme recht offenbar als ein Eingriff in die *Successio* des Erben scheinen und daher die *hereditatis petitio* für diesen Fall sehr natürlich gefunden werden. Bei diesem Rechte mußte es auch sehr häufig vorkommen, daß Einzelne, wie sich ihnen Gelegenheit darbot, z. B. Hausgenossen, Cognaten und Affinen des Verstorbenen⁴⁵, einen ganzen Complexus von Erbschaftsachen in Besitz nahmen. Dadurch aber ergab sich von selbst das Bedürfniß, gegen solche Besitzer die Gesamtklage zu gestatten, und es wäre das Gegentheil offenbar ganz unnatürlich gewesen.

So gab also nicht nur die allgemeine Ansicht der Sache die Berechtigung, sondern es lag auch im römischen Rechte noch ein besonderes praktisches Bedürfniß vor, auch gegen den *possessor pro possessore* die *hereditatis petitio* zu gewähren, und es kann uns nicht wundern, daß man an das Gewöhnliche sich haltend unbedingt den Satz aufstellte, gegen den *possessor pro possessore* finde *hereditatis petitio* statt; so zwar, daß darunter auch Fälle subjumirt sind, aus welchen man freilich, wie Haffe bemerkt⁴⁶, nicht erkennen kann, wie ein praktisches Bedürfniß habe dazu treiben können, über den Titel *pro herede* hinaus zu gehen.

§. 4.

Auf diese Weise scheint mir nun die Regel, welche Ulpian in L. 9. D. de her. pet. aufstellt:

⁴⁵ Gewiß erlangten häufig gerade die nächsten Anverwandten des Verstorbenen auf diese Weise einen Theil von seiner Erbschaft, von welcher sie das beschränkte agnatische Erbrecht sonst ausschloß; und es mag wohl zu der Zeit nicht für so tadelnswert, als es uns auf den ersten Blick erscheint, gehalten worden sein, wenn jene nächsten Angehörigen einem entfernten Agnaten auf gut Glück einen Theil der Erbschaft vorwegnahmen, um ihn, wenn er sich nicht zeitig meldete, ganz zu behalten.

⁴⁶ Archiv für civ. Prag. V. S. 65. Es ist übrigens zu bemerken, daß der Erbe gegen den *possessor pro possessore* auch *specialis in rem actio* anstellen kann. L. 2. §. 1. D. *expilatae hered.* 47. 19.: *quamvis ad exhibendum agi posse, siqui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit.*

eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam⁴⁷, aus der Natur der Sache erklärt und gerechtfertigt.

Nähere Erörterungen unserer Regel geben die folgenden Stellen L. 11—19. D. h. t. Zunächst L. 11. erklärt, wer pro herede besitze. Pro herede possidet qui putat se heredem esse. Sed an et is, fährt Ulpian fort, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus . . . putat teneri; quo iure nos uti Proculus scribit. Donellus erklärt dieses: non solum dici pro herede possidere qui putat se heredem esse, sed etiam qui se heredem non esse sciens tamen se esse mentiatur⁴⁸; und dieser Satz ist in so fern allerdings richtig, als es beim Anfange des Rechtsstreites nur darauf ankommt festzustellen, ob der Besizer mit der hereditatis petitio belangt werden könne oder nicht, dieses aber durch die Antwort desselben auf die Frage nach seinem Titel entschieden werden muß⁴⁹. Daher sagt denn auch L. 12. l. c., pro possessore besitze wer sich gar nicht, auch nicht lügenhafter Weise, für den Erben ausbebe, noch einen andern Besitzgrund anführe. Ob nämlich der Beklagte wirklich glaubt Erbe zu sein, darauf kommt es vorläufig noch nicht an; genug, daß er's sagt. Erst wenn es sich um die Restitution handelt, kommt die Wahrheit seiner Behauptung in Frage, weil hier das pro herede und pro possessore einen bedeutenden Unterschied in der Verbindlichkeit des Beklagten begründet. Doch ist L. 11. cit. vielleicht eher von dem Falle zu erklären, wenn Jemand zwar nicht heres im strengen Sinne, also nicht iure civili, aber doch aus einem andern Grunde zur Succession berufen zu sein glaubt⁵⁰; und so schließt sich gleich daran: Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Der bonorum possessor besitz wirklich pro herede, weil er sich loco heredis, pro herede, zur Succession berufen und daher zum Besitze der Erbschaftsachen berechtigt hält, und es findet daher directa, nicht wie viele glaubten⁵¹,

⁴⁷ Buchholz in seinen Versuchen S. 8. not. 49. will in unserer Stelle das Wörtchen ius erklären durch ius hereditatis, wie in §. 3. I. de interdict. tota hereditas der res hereditaria entgegengesetzt werde; denn es heiße nur einfach ius nicht ius hereditarium. Wer aber mit unserer Stelle L. 13. §. 15. L. 18. §. 1. 2. L. 34. §. 1. L. 35. D. de her. pet. L. 10. in fine D. si pars her. pet. vergleicht, kann keinen Augenblick anstehen, diese neue Erklärung zu verwerfen, und unter ius in unserer Stelle allerdings ius hereditarium, darunter aber nicht nur Servituten, sondern auch andere Rechte, namentlich Forderungen, zu verstehen. Hereditarium bezieht sich auf beides, sowohl ius als rem, obgleich das Adjectiv nach dem letzten ihm zunächst stehenden Substantiv in weiblicher Form gesetzt ist.

⁴⁸ Donellus l. c. §. 30. cf. Cuiac. recitat. ad h. t.

⁴⁹ L. 11. Cod. de pet. her.

⁵⁰ So versteht die Stelle auch Fabricius S. 171.

⁵¹ S. auch hier Donell. und Noodt l. c.

bloß utilis hereditatis petitio gegen ihn Statt. Civilrechtlich war der bonorum possessor, der nicht zugleich Civilerbe war, eben sowohl wie jeder andere ein unbefugter Besitzer, und hereditatis petitio gegen ihn immer begründet; sie wurde nur unwirksam durch den prätorischen Schutz, der dem bonorum possessor verliehen wurde. Wo also dieser Schutz wegfiel, da trat die Klage in ihrer alten Gestalt ein. Nur als praedo konnte man ihn nicht mehr ansehen, wenn er sich nach dem Edicte vor Anderen zur Succession berufen glaubte; er mußte nun gleich dem, welcher civilrechtlich die Erbschaft erworben zu haben glaubte, als possessor pro herede behandelt werden⁵².

Dem bonorum possessor, sollte man glauben, müsse der Universalfideicommissar in der vorliegenden Beziehung ganz gleichgestellt werden, indem ja auch dieser nach der Restitution der Erbschaft gleich dem bonorum possessor heredis loco ist⁵³, und sein Besitz der Erbschaftsachen, auf einer behaupteten successio in universum ius defuncti beruht. Doch gab man gegen den, welchem als Fideicommissar die Hereditas restituirt war, nur utilis hereditatis petitio⁵⁴. Es erklärt sich dieses dadurch, daß der Fideicommissar nur mittelbar durch den Fiduciar zur Succession gelangt. Gegen diesen nämlich ist primo loco hereditatis petitio begründet⁵⁵, und nur so weit sie gegen ihn nichts ausrichten kann, wird sie utilitatis causa gegen den Fideicommissar gegeben. Zudem ist in Betracht zu ziehen, daß der Fideicommissar erst seit Nero's Zeit als successor in universum ius behandelt wurde, und daß es zur Zeit der classischen Juristen nach dem Pegasianischen Senatsbeschlusse noch immer viele Fälle gab, in welchen er bloß in singulas res succedirte, also der Fiduciar juristisch noch allein als der Repräsentant des Verstorbenen galt⁵⁶. Nachdem aber der Universalfideicommissar immer als successor in universum ius behandelt wird, ist es freilich natürlich, nach der Restitution der Erbschaft immer gegen ihn allein oder pro parte die Erbschaftsklage zu richten; besonders dann, wenn der Fiduciar selbst sich der Erbschaft gar nicht bemächtigt und dieselbe bloß durch einfache Erklärung dem Fideicommissar restituirt hat.

Außer gegen den Fideicommissar wird auch gegen diejenigen, welchen durch ein besonderes Rechtsgeschäft die Hereditas als Ganzes von dem unmaßlichen Erben überlassen worden ist, utilis hereditatis petitio

⁵² Cf. L. 20. §. 13. D. de her. pet. L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap.

⁵³ Effectu quodammodo heres est. L. 5. §. 1. D. quod cum eo.

⁵⁴ L. 13. §. 5. 6. cf. §. 4. D. de her. pet. und L. 20. §. 13. eodem.

⁵⁵ Cf. L. 16. §. 7. D. de her. pet.

⁵⁶ Einen solchen Fall scheint L. 16. §. 7. cit. im Auge zu haben.

ist es, was ich behaupte, daß der Erbe das Eigenthum der Sachen, quas in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset (auch bei der hereditatis petitio), nicht zu beweisen brauche. So sagt ja auch L. unica cit. unbedingt, quid iam planius, quam ut heredibus traderentur? — wobei indessen wohl zugegeben werden mag, daß der Gegner sogleich im Erbschaftsstreite sein präterirtes Eigenthum an den streitigen Sachen beweise.

Wohl zu beachten ist übrigens, daß der obige Satz nur gegen denjenigen gilt, welcher sich selbst der Nachlassachen bemächtigt hat; daß er also keine Anwendung findet, wenn Jemand durch ein giltiges Rechtsgeschäft den Besitz der von einem andern zuerst ergriffenen Sache erworben hat. Denn dieser besitzt in keiner Beziehung pro possessore; er hat den Titel seines Besitzes in dem Rechtsgeschäft, durch welches er ihm übertragen ist, und es findet also nur rei vindicatio gegen ihn statt. Auf der andern Seite muß dagegen derselbe Grundsatz consequent auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Gegner pro herede die Sachen des Nachlasses in Besitz genommen hat und nun gegen den wahren Erben an einigen dieser Sachen aus anderem Grunde, als vermöge seines angemakten Erbrechts, das Eigenthum in Anspruch nimmt. Denn obgleich er das Eigenthum aus anderem Grunde zu haben behauptet; den Besitz hat er nur pro herede erworben, und es muß also in Beziehung auf diesen dasselbe gelten, was vom possessor pro possessore gesagt worden. Spricht doch auch die oben benutzte Stelle des Theodosischen Codex nicht davon, daß der Gegner ohne die Meinung Erbe zu sein, pro possessore, den Nachlaß in Besitz genommen habe; vielmehr scheint auch das Erbrecht des Mannes in Frage gestellt zu sein; es mag also dieser vielleicht geglaubt haben, daß er zur Erbschaft seiner verstorbenen Frau berufen sei⁶⁹.

daß von Reservation der Eigenthumsklage die Rede sein könne. Ja, fast man die Constitution des Justinianischen Codex in ihrem ganzen Zusammenhange auf, so muß man die proprietatis actio nur auf die rei vindicatio und kann sie nicht auf die hereditatis petitio beziehen. Das »Ergo iubemus« deutet auf einen Zusammenhang des folgenden mit dem vorhergehenden; »in petitores« ist also auf die Verwandten der Frau, die mit dem Manne in Streit befangen sind, zu beziehen; dem letzten ist aber im Vorhergehenden das Erbrecht abgesprochen; dennoch wird ihm secunda proprietatis actio vorbehalten; also kann diese nicht die hereditatis petitio sein. Dieß scheint mir das Resultat zu sein, wenn man die Stelle ganz für sich betrachtet; und dieß wird nur deutlicher, wenn man L. un. Th. Cod. damit vergleicht. Eine Veränderung haben die Compileroren mit dieser Stelle vorgenommen, aber nicht um den im pr. ausgesprochenen Rechtsatz, sondern um den petitor in der unpraktisch gewordenen Bedeutung herauszubringen; und sie haben den §. 2 benutzt, um jenen Rechtsatz anzudeuten, weil dieser in gebieterischer Form abgefaßt war, während das pr. in fragender Rede den unbezweifelbaren Satz leicht hintürrt. Und wie kann man endlich annehmen, daß die Compileroren diesen praktisch so brauchbaren und angemessenen Rechtsatz, quo nihil planius, stillschweigend über Bord geworfen hätten? Vgl. noch Franke, das Recht der Rotherben, S. 99–102.

⁶⁹ Cf. L. 25. §. 6. D. de her. pet.

Als pro possessore possidens kann ferner mit der hereditatis petitio belangt werden, wer entweder schon dem Verstorbenen selbst oder Andern auf unrechtmäßige Weise den Besitz von Erbschaftsachen entzogen hat, wie der fur et raptor oder vi possidens⁷⁰. Eben so derjenige, welcher den Besitz durch ein rechtlich ungiltiges Geschäft, dessen Mängel ihm bekannt sein mußten, erworben hat, z. B. wer wissentlich von einem Wahnsinnigen gekauft, von einer Unmündigen wissentlich eine dos angenommen, als Gatte von dem andern Gatten ein Geschenk erhalten hat⁷¹. Daß der Erwerber auch wissen müsse, daß die Sache zur Erbschaft gehöre, wird dabei nicht gesagt, und eben so wenig, daß der Besitz von einem solchen, welcher selbst pro herede oder pro possessore besessen, auf den andern übergegangen sei. Obgleich wenigstens das eine oder das andere zur Anstellung der hereditatis petitio vorauszusetzen der Natur der Sache angemessen schiene, so mag man sich doch schlechtweg an den Satz gehalten haben, daß wer pro possessore besitze mit der Erbschaftsklage belangt werden könne. Es läßt sich aber nicht behaupten, daß gegen jeden, welcher wissentlich eine Erbschaftsache, wenn gleich durch ein rechtmäßiges Geschäft, erworben hat, als pro possessore possidens die hereditatis petitio stattfindet. L. 13. §. 1. cit. enthält nur solche Fälle, in denen abgesehen von dem Umstande, daß die Sache in fremdem Eigenthum befindlich, das Rechtsgeschäft schlechthin ungiltig und der Grund der Ungiltigkeit dem Erwerber bekannt ist, z. B. wenn ich von einem Wahnsinnigen, den ich als solchen kenne, die Sache gekauft habe. Dagegen wenn ich von einer dispositionsfähigen Person die Sache, obgleich wissend, daß sie nicht jener, sondern der Erbschaft gehört, kaufe, so ist der Kaufcontract dennoch giltig und Grund meines Besitzerwerbes; ich besitze pro emtore, wengleich mala fide. Daher ist es ganz consequent, wenn Ulpian in L. 13. §. 8. D. de her. pet. die Meinung einiger Juristen, welche gegen den, qui sciens alienam emit hereditatem, die hereditatis petitio geben wollten, weil er quasi (gewissermaßen) pro possessore possidet, verwirft; nemo enim, seht er hinzu, praedo est qui pretium numeravit⁷²: sed ut emtor hereditatis utili tenetur. Nur wenn ein Erbschaftsbesitzer sich dolo malo des Besitzes entäußert und der neue Erwerber durch seine Mitwissenschaft an diesem Dolus Theil genommen hat, muß man nach L. 25. §. 8. L. 13. §. 14.

⁷⁰ L. 14. §. 2. D. quod met. causa. L. 13. pr. L. 16. §. 4. D. de her. pet.

⁷¹ L. 13. §. 1. D. l. c.

⁷² Dieser Grund reicht freilich zu weit; denn darnach würde auch wer wissend dem Wahnsinnigen gekauft hat, nicht pro possessore besitzen, man möchte denn hier auch die Zahlung juristisch für keine halten.

D. de her. pet. wohl auch gegen den letzten immer hereditatis petitio gestatten.

Daß endlich auch der Erbe des pro herede oder pro possessore possidens, und zwar ohne Rücksicht auf die Meinung, in welcher er besitz, mit der hereditatis petitio belangt werden kann, wie in L. 13. §. 3. D. h. t. ausgesprochen wird, bedarf keiner Erklärung, da es eine bekannte Regel ist, daß der Besitz des Erblassers mit der ihm einmal anhaftenden Qualität auf den Erben übergeht⁷³, und so gut der Erbe die vom Erblasser begonnene pro herede usucapio unwissend vollendete⁷⁴, eben so gut auch gegen ihn die hereditatis petitio stattfinden mußte, wenn gleich er nicht wußte, daß sein Erblasser und nach ihm er selbst pro herede oder pro possessore besaß. — L. 13. §. 11. D. eodem aber weiß auch ich nicht genügender zu erklären, wie Cujacius⁷⁵ oder Huber⁷⁶, obgleich mich diese nicht völlig befriedigen.

Noch einige Worte sind hier hinzuzufügen in Rücksicht des Schuldners der Erbschaft. Von diesem läßt sich nicht süglich sagen, daß er pro possessore besitze, wenn er nicht bezahlt. Auch kann man es nicht als einen Eingriff in die Erbfolge betrachten, wenn er dem Erben die Zahlung verweigert, weil er bezweifelt, daß dieser der Erbe, also der jetzige Gläubiger sei; er muß sich versehen, daß er nicht einem Andern als dem wahren Erben zahle, und sein Lügen ist nichts als negative Litiscontestation auf die Special-Forderungsklage des Erben, welcher behauptet sibi dari fieri oportere. Stellt aber der Schuldner dem Erben die Behauptung entgegen, daß er, der Schuldner, vielmehr der Erbe sei, so ist sofort klar, daß seine Zahlungsverweigerung in einer positiven Anmaßung gegen das Erbrecht des Klägers ihren Grund hat und nur ein Ausfluß solcher Anmaßung ist, deßhalb also hereditatis petitio gegen ihn stattfindet. Daher sagt L. 42. D. h. t. Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

§. 5.

Nachdem nun das Wesen der hereditatis petitio entwickelt und darnach zugleich bestimmt worden ist, gegen welche Personen dieselbe angestellt werden könne, so ist nun auch noch Einiges darüber zu sagen, wem die Klage zustehe.

⁷³ L. 11. D. de divers. temp. praescri. 44. 3. L. 2. §. 19. D. pro emptore. 41. 4.

⁷⁴ L. 20. 22. 40. D. de usurp. et usucap. 41. 3. L. 6. §. 2. L. 7. pr. D. pro emptore. 41. 4.

⁷⁵ Obs. lib. 9. cap. 25.

⁷⁶ Eunomia Rom. p. 271.

Die Klage kann mit Erfolg der wahre Erbe anstellen; natürlich auch dessen Erbe; nicht aber der Singularsuccessor desselben, z. B. der Käufer der Erbschaft, der bloß im Namen des Erben als procurator in rem suam die Klage erheben mag. Der Käufer konnte sich vom Verkäufer die hereditatis petitio cediren lassen; und nachdem gemäß einem Rescript des Divus Pius dem Käufer der Erbschaft auch ohne Cession utiles actiones gegeben wurden⁷⁷, konnte er in dieser Weise wohl auch hereditatis petitio anstellen; aber dabei wurde nur die Cession der Klage, das mandatum ad agendum, jüngirt, nicht wie bei der Klage des bonorum possessor ein Erbrecht des Klägers. Nur wer vom Fiscus die Erbschaft gekauft hat, kann aus eigenem Rechte hereditatis petitio anstellen, selbst wenn dem Fiscus die verkaufte Erbschaft nicht zugefallen war⁷⁸. Wer nur pro parte heres ist, stellt auch die Klage pro parte an; er vindicirt sein Theilerbrecht⁷⁹.

Unter dem Erben ist zunächst der civilrechtliche unmittelbare Erbsfolger, heres, zu verstehen; nur diesem stand civilis hereditatis petitio zu. Aber die Klage ist utiliter auch auf den prätorischen unmittelbaren Erbsfolger, den bonorum possessor, und auf den Universalfideicommissar als mittelbaren Erbsfolger ausgedehnt worden. Wir haben darüber bekanntlich besondere Titel in den Pandekten, de possessoria und de fideicommissaria hereditatis petitione. Dennoch sind dagegen Zweifel vorgebracht worden, ob sich dieß auch im Recht der classischen Juristen schon so verhalten habe⁸⁰. Zwar daß man dem Fideicommissar nach dem Sc. Trebellianum fictitiam hereditatis petitionem gegeben habe, läugnet der Verf. nicht; er nimmt vielmehr in die Stelle des Edicts nach der von ihm beliebten Fassung desselben ausdrücklich die Erwähnung der hereditatis petitio auf; er glaubt nur, daß dieses Edict kein anderes gewesen sei als welches überhaupt dem Fideicommissar und gegen ihn (ei et in eum quasi heredi et in heredem) die erbchaftlichen Klagen als utiles actiones gestattet habe. Was dagegen den bonorum possessor betrifft, so glaubt er nicht nur, daß das Edict bloß im Allgemeinen von den fictitiae actiones des bonorum possessor gesprochen, einer ihm zustehenden hereditatis petitio aber gar nicht speciell erwähnt habe, sondern hält es selbst für sehr unwahrscheinlich, daß ihm vermöge jenes allgemeinen Edicts auch hereditatis petitio gegeben worden sei, da für

⁷⁷ L. 16. pr. D. de pactis. 2. 14.

⁷⁸ L. 54. D. de hered. pet. cf. L. 1. Cod. de hered. vend. 4. 39. L. 2. Cod. de quadrienni praescript. 7. 37. Mühlenbruch, doctrina pandect. edit. III. Vol. III. §. 703. not. 9.

⁷⁹ Tit. D. Si pars hereditatis petatur. 5. 4.

⁸⁰ Rhein. Mus. IV. S. 177 ff. S. 209—211.

gestattet, z. B. gegen den emtor hereditatis, oder gegen den Mann, dem sie dotis causa überlassen ist⁵⁷. Das praktische Bedürfnis ist hier augenscheinlich⁵⁸, und der Besitz der Erbschaftssachen erscheint hier auch beinahe eben so wie der Besitz des anmaßlichen Erben selbst als eine Verletzung gegen die Succession des Klägers, da er sich nur von einem angemessenen Erbrecht ableitet.

Von selbst versteht sich übrigens, daß, wenn nach älterem Recht Jemand sein vermeintliches Intestaterbrecht durch in iure cessio auf einen Andern übertragen hatte⁵⁹, gegen diesen directa hereditatis petitio stattfinden mußte, da durch jene Cession der Cessionar ganz an der Stelle des Cedenten eigentlicher Heres werden sollte.

Possessor pro possessore ist vor allem derjenige, welcher eigenmächtig die besitzlosen Sachen des Nachlasses occupirt hat, ohne sich für den Erben zu halten⁶⁰. Daher setzt sich auch wer in der Meinung, Eigenthümer einer vom Verstorbenen besessenen Sache zu sein, dieselbe eigenmächtig ergreift, der hereditatis petitio aus. Denn obgleich er sich für den Eigenthümer hält, so qualificirt ihn doch die Art seiner Besitzergreifung als possessor pro possessore, indem er durch willkürlichen Eingriff dem Erben die Möglichkeit entzieht, in das Besitzverhältniß seines Erblassers einzurücken, und die Qualification seines Besitzes sich nicht nach dem von der Erwerbung des Besitzes unabhängigen Grunde, aus welchem er zum Besitze berechtigt zu sein glaubt, sondern nach der Erwerbart desselben bestimmt⁶¹.

Es ist daher auch nach unserer Ansicht ganz richtig, was Fabricius S. 171—172 ausführt, daß in solchem Falle der Erbe nur zu beweisen brauche, daß die Sache sich factisch im Nachlasse befunden, nämlich im Besitze des Erblassers bis zu seinem Tode gewesen, und von dem Gegner eigenmächtig occupirt worden sei, während hingegen der Besizer, um die Sache dem Erben zu entziehen, sein prätextirtes Eigenthum zu erweisen habe. Wollte man dieß nicht annehmen, so könnte Jeder durch Besitzergreifung der besitzlosen Sachen des Nachlasses den Erben in die nachtheilige Lage verlegen, das Eigenthum an den Sachen beweisen zu müssen, indem er nur zu behaupten brauchte, daß ihm das Eigenthum zustehe.

⁵⁷ L. 43. §§. 4. 8—10. D. l. c.

⁵⁸ Ne singulis iudiciis vexaretur. Vgl. Fabricius l. c. S. 125. Er macht daselbst die ganz richtige Bemerkung, daß §. 9. cit. nach L. 2. pr. Cod. de quadr. praescript. unpraktisch sei.

⁵⁹ Gaius III. §. 83.

⁶⁰ L. 41. §. 4. — L. 13. pr. D. h. t.

⁶¹ Vgl. oben S. 28. 29.

Den positiven Beweis für unsere Meinung scheint mir L. unica Theod. Cod. Quorum bonorum (IV. 21.) zu geben⁶².

Quid iam planius, sagen die Kaiser Arcadius und Honorius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiam si quid possit tribui de proprietate luctamen?

Hier wird vorerst deutlich anerkannt, daß der Erbe das Recht habe, in die Besitzverhältnisse des Verstorbenen einzutreten, und dafür verlangen könne, daß ihm die Sachen, so wie sie der Verstorbene besessen, herausgegeben werden. Es wird aber zugleich nicht undeutlich ausgesprochen, daß es hierbei keinen Unterschied mache, ob der Gegner das Eigenthum der fraglichen Sachen bestreite. Zwar ist nicht zu läugnen, daß man, wie Savigny sagt⁶³, das hypothetische possit auch von einer noch unbestimmten bloß möglichen Zukunft verstehen könnte, so daß in der Stelle eine gegenwärtige Bestreitung des Eigenthums noch nicht vorausgesetzt würde. Allein bedenkt man, daß die Kaiser hier nicht bloß einen einzelnen Rechtsfall entscheiden, sondern eine allgemeine Rechtsnorm hinstellen wollten, wie insbesondere aus §. 2. hervorgeht, so ist es nicht sehr wahrscheinlich, daß sie als einen eigentlich ganz müßigen Zusatz die Worte hinzugefügt haben, welchen so leicht und ungezwungen eine sehr wichtige Bedeutung beigelegt werden kann. Und läßt sich nicht mit Grund vermuthen, daß die besondere Beschaffenheit des Rechtsfalls, welcher zu der Constitution Veranlassung gegeben, auch diesen Zusatz hervorgerufen habe, daß also dabei das Eigenthum der Erbschaftsachen wirklich schon in Frage gestellt war? Der Rechtsfall war nach §. 1. der const.⁶⁴ ohne Zweifel, wie ihn auch Savigny S. 253. auffaßt, dieser: Es hatte der Ehemann den Nachlaß seiner ohne Testament verstorbenen Ehefrau in Besitz genommen, und nun machten die Verwandten der Frau ihr Intestaterbrecht geltend. Der Mann wollte manche Sachen nicht herausgeben, weil er Eigenthümer derselben zu sein behauptete, obgleich sie erweislich die Frau bis zu ihrem Tode besessen hatte. Es wird entschieden, diese Sachen müsse er unweigerlich den Erben aus-

⁶² Im Justinianischen Codex ist die Stelle als L. 3. Cod. Quor. honor. sehr verändert und gibt in dieser Form weniger schlagenden Beweis.

⁶³ Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 254.

⁶⁴ Constat autem virum ab intestatae uxoris bonis superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa tum lex ipsa naturae successores eos faciat. Die Constitution hat nach dieser Erklärung nichts Räthselhaftes mehr: man muß nur dabei bedenken, daß ohne Zweifel auch die mit allgemeiner Sanction in edictaler Form erlassenen Constitutionen häufig eben solche besondere Veranlassungen hatten, wie die einfachen Rescripte, und daher wohl eben so wie diese mit besonderer Beziehung auf ihre Veranlassung abgefaßt wurden.

händigen, könne aber sein Eigenthum demnächst besonders geltend machen. Derselbe Grundsatz ist noch wieder in §. 2. enthalten:

Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis in petitem corpore transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

Beziehen wir auch diese Stelle nach Jacob Gothofred auf den petitor, welchem ein vacantes oder proscribirtes Vermögen vom Princeps geschenkt worden⁶⁵, und erkennen also darin eine neue Verordnung, als welche sie sich in den Anfangsworten ankündigt, wodurch das was für den Erben schon bisher unzweifelhaft Rechtens gewesen (*quid iam planius?*) auch auf jenen petitor ausgedehnt worden, so bestätigt sie doch, was vom Erben gesagt ist; und im Justinianischen Codex, wo dagegen der Anfang der Constitution weggelassen ist, wird sie, mit dem Zusatz *per interdictum quorum bonorum* vermehrt, schlechthin auf den Erbschaftskläger bezogen, da die erwähnten *petitiones* im Justinianischen Recht ganz verbannt sind. Betrachten wir nun die vorliegenden Worte der Constitution näher, so scheint mir vorerst schon der Ausdruck *omnibus frustrationibus amputatis* darauf zu deuten, daß die Herausgabe der im Nachlasse befindlichen Sachen auch durch Vorschützung angeblichen Eigenthums keine Verzögerung erleiden solle, obgleich er nicht nothwendig so gedeutet werden muß. Dann aber liegt dasselbe noch bestimmter in den Schlussworten *secundaria actione proprietatis non exclusa*. Wozu diese Bemerkung, wenn nicht an den Fall, daß das Eigenthum der fraglichen Sachen streitig gemacht werde, gedacht wird? Es war keine Veranlassung da zu bemerken, daß der Besitzer, nachdem er die irrig für erbchaftliches Eigenthum gehaltenen Sachen herausgegeben habe, nachher noch sein Eigenthum an denselben vindiciren könne. Natürlich aber war es, dem Besitzer, welcher trotz seiner Behauptung, daß ihm und nicht dem Erben das Eigenthum zustehe, vorläufig die Sache herauszugeben gezwungen wird, den Trost hinzuzufügen, daß er ja seine Eigenthumsklage immer noch anstellen könne, also nicht in schlechtere Lage versetzt werde, als wenn er die Sachen gar nicht in Besitz genommen hätte. Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht auch der Ausdruck *secundaria proprietatis actio*⁶⁶; der Streit über das Eigenthum muß dem jetzigen nachstehen; er ist, in Beziehung zu diesem gedacht, secundär. Da also die Wortfassung und der ganze Zusammenhang der Constitution mit unserer Meinung vollkommen harmonirt,

⁶⁵ Cf. tit. Theod. Cod. X. 40. Iust. Cod. X. 12.

⁶⁶ Der Justinianische Codex hat *secunde*.

und da wir auf diese Weise einen Rechtsatz erhalten, welcher der Natur des Verhältnisses nach dem Obigen durchaus angemessen erscheint, so trage ich kein Bedenken der ersten unter den von Savigny aufgestellten Erklärungen unseres Gesetzes, welche eben auch die unserige ist, vor der zweiten, für welche er selbst sich entscheidet, den Vorzug zu geben.

Man könnte aber einwenden, die const. cit. beziehe sich nur auf das *interdictum quorum bonorum*, wie im Theodosischen Coder aus der Rubrik des Titels und im Justinianischen aus den in die Constitution selbst eingeschobenen Worten hervorgehe; sie könne also nichts für die *hereditatis petitio* beweisen, für welche wir doch unseren Satz aufgestellt haben. Darauf entgegne ich dieses: Das *interdictum quorum bonorum* kann höchstens in der Beziehung vor der *hereditatis petitio* bevorzugt sein, daß dabei ein schleunigeres Verfahren stattfindet. Daher wäre es allenfalls möglich, daß dieser Beschleunigung wegen im *Interdictproceß* die Streitigkeit über das Eigenthum der Erbschaftsachen ganz ausgeschlossen und einem besondern Proceß überwiesen würde, während bei der *hereditatis petitio* die *exceptio dominii* zulässig wäre⁶⁷. Allein auf keinen Fall kann durch das *interdictum* der Erbe einen bleibenden Vortheil erlangen, der ihm bei der *hereditatis petitio* entginge. Dies würde aber der Fall sein, wenn er durch jenes den Besitz der vom Verstorbenen bis zu seinem Tode besessenen Sachen unbedingt erlangen und dann ruhig die Eigenthumsklage des Gegners und dessen Beweis erwarten könnte, bei der *hereditatis petitio* aber nicht vom Gegner den Beweis seines vorgeschützten Eigenthums zu fordern berechtigt, sondern seinerseits zu beweisen verpflichtet wäre, daß die im Nachlasse factisch befindlichen Sachen, deren Eigenthum der Gegner sich heilegt, Eigenthum des Verstorbenen gewesen seien, also zur Erbschaft wirklich gehören⁶⁸. Und das

⁶⁷ Vgl. Franke, Recht der Notherben, S. 101.

⁶⁸ Daß es durchaus unzulässig sei, die L. un. cit. gerade auf das von unsern Practikern angenommene und von Thibaut verteidigte Verhältniß des *interdictum quorum bonorum*, als eines bloß probitorischen Rechtsmittels, zu der *hereditatis petitio*, als der petitorischen die definitive Entscheidung über das streitige Erbrecht herbeiführenden Klage, zu beziehen, so daß unter dem de proprietate locutamen und der *actio de proprietate non exclusa* eben die nach dem *Interdictproceß* noch zulässige *hereditatis petitio* zu verstehen wäre: dieß hat Savigny, wie auch Thibaut anerkennt, ganz vortreflich gezeigt. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. V. S. 5—8. vgl. Archiv für civ. Prag. X. S. 458. Dagegen hat v. Löhr im Arch. für civ. Prag. XII. S. 104. 105. Savigny's Erklärung zwar für L. un. Theod. Cod. zugegeben, glaubt aber, daß das Edict, wie es sich im Justinianischen Coder finde, eben so wenig von einem speciellen darin nicht ange deuteten Falle zu erklären, wie unter der *proprietatis actio* die *rei vindicatio* zu verstehen sei, da der Theil der Constitution, der dieß nach ihrer ursprünglichen Fassung möglich gemacht habe, von Justinian's Compilatoren weggelassen sei. Mir aber scheint dieser Gebrauch älterer Quellen zur Erklärung des Justinianischen Rechts wohl zulässig, wenn das Resultat sich so gut in den Zusammenhang des letzten hinein fügt. *Actio proprietatis* ist an sich leichter von der *rei vindicatio* wie von der *hereditatis petitio* zu verstehen, und bezeichnet jedenfalls auch jene. Man wird also durch die Worte berechtigt, sich den Fall so vorzustellen,

possessio nichts zu thun; z. B. *interdictum possessorium*“. Nun ist aber merkwürdig, daß in einer unverfälschten Quelle der Ausdruck *interdictum possessorium* gerade in einer Beziehung vorkommt, nach welcher er von *bonorum possessio* abgeleitet werden muß, während sonst nur die Zusammenstellung *interdicta veluti possessoria* einmal in unseren Quellen sich findet⁹⁸. Gaius IV. §. 145. sagt uns, daß das *interdictum adipiscendae possessionis*, welches dem *bonorum emtor* zu Gebote stand, von einigen *possessorium interdictum* genannt worden sei. Dieß kann aber nicht füglich anders abgeleitet werden als von der dem Vermögensverkauf vorhergehenden *bonorum possessio* der Gläubiger, welche nun nach vollzogenem Verkauf auf den *bonorum emtor* übergehen sollte⁹⁹. Warum sollten nun nicht eben so gut manche Juristen der Kürze wegen die *fictitiae actiones* des *bonorum possessor* auch *possessoriae actiones* genannt haben? *Fictitia actio* war eine allgemeine Bezeichnung; auch die *Publiciana actio* z. B. war *fictitia*¹⁰⁰; *possessoria actio* aber konnte bei der großen Bedeutung der *bonorum possessio* im Recht der classischen Juristen nicht leicht mißverstanden werden, um so weniger, seitdem die alte *bonorum emtio*, welche übrigens mit der erbhaftlichen *bonorum possessio* viel Verwandtschaft hatte, unpraktisch zu werden anfing. Wir nehmen hiernach an den *possessoriae actiones* in L. 4. D. de Carbon. edicto (von Julian), und in L. 50. §. 2. D. de bonis libert. (von Tryphonin) durchaus keinen Anstoß, und sehen uns nicht veranlaßt, darin eine Interpolation für *fictitiae actiones* zu vermuthen. Lassen wir daher auch die *possessoria hereditatis petitio* in Ehren, und nehmen nicht ohne Noth in L. 13. D. de bon. c. tab. in den Worten *hereditatem petenti* eine Interpolation an. Denn es ist gar nicht zu kühn, die *possessoria hereditatis petitio* bis auf Julian zurückzuführen, und finde ich es im Gegentheil wahrscheinlich, daß Julian bei seiner neuen Redaction des Edicts, mit Rücksicht auf das sogenannte *Senatusconsultum Iuventianum*, zuerst diese Klage aufgestellt habe¹⁰¹.

Auch der *Fiscus* endlich hat die *hereditatis petitio* in Ansehung der ihm als *caduca* oder *ereptoria* oder *vacantia bona* zugefallenen

⁹⁸ L. ult. D. de servitut. 8. 1. Mir wenigstens ist sonst keine Stelle bekannt, worin *Interdictum possessorium* vorkäme.

⁹⁹ Gai. III. §. 79. 80.

¹⁰⁰ Gai. IV. 134—136.

¹⁰¹ So hatte auch der *sector bonorum* früher nur ein *interdictum sectorium*, ähnlich dem *interdictum quorum bonorum* (Gai. IV. 146.): erst zu Julian's Zeit, also vielleicht nach dem Sc. Iuvent., scheint man auch ihm *hereditatis petitio* eingeräumt zu haben. L. 51. D. de her. pet. »Ei qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur.« Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. 1. Abth. 1. Bd. S. 311.

Erbschaften¹⁰², obgleich er weder heres noch bonorum possessor genannt, sondern beiden entgegengesetzt wird¹⁰³. Dasselbe muß auch von den juristischen Personen, welche nach neuerem Recht vor dem Fiscus Anspruch auf das erblose Vermögen haben, gelten¹⁰⁴.

Die Klage des Fiscus und dieser ihm vorgehenden Personen kann aber eben weil sie nicht heredes sind, gewiß nur als utilis hereditatis petitio angesehen werden¹⁰⁵.

§. 6.

Nach dem Obigen ist die Frage, ob der Kläger wirklich Erbe sei, der eigentliche Kern des Erbschaftsstreites, und hierauf war zunächst die richterliche Entscheidung gerichtet; der Jüder sprach zuerst das Urtheil aus, daß der Kläger Erbe sei oder nicht¹⁰⁶, wofern nicht etwa dieses Urtheil durch confessio in iure überflüssig geworden war¹⁰⁷. Der Zweck aber, welchen der Kläger durch den Prozeß verfolgt, ist die factische Anerkennung seiner Successio von Seiten des Gegners; er will dadurch zugleich dasjenige erlangen, was dieser als anmaßlicher Erbfolger besitzt, und weshalb er eben gegen ihn als Kläger aufzutreten genöthigt war. Es ist daher, wenn der Kläger für den Erben erklärt ist, durch den Richter ferner zu bestimmen, was der Beklagte dem Kläger zu restituiren habe. Die hereditatis petitio war arbitraria actio, wobei der Richter dem Beklagten zuvor die Restitution in gehöriger Weise befahl, auch nöthigenfalls mit Gewalt (manu militari?) erzwingen konnte, und nur so fern die Restitution nicht zu erreichen stand, den Beklagten in eine entsprechende Geldsumme condemnirte¹⁰⁸. Es fragt sich also, was soll

¹⁰² L. 20. §. 6. 7. D. de her. pet.

¹⁰³ L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14. L. 1. 4. Cod. de bonis vacant.

¹⁰⁴ Tit. Cod. de bonis vacant. 10. 10.

¹⁰⁵ Vgl. v. Schröter zur Lehre von den bona vacantia, in der Zeitschr. für Civilrecht u. Proc. X. nro. III. S. 104—106. 137. Ich bin durch diese Abhandlung überzeugt worden, daß der Fiscus allerdings als Universalsuccessor, analog dem heres und bonorum possessor, anzusehen sei. Ich möchte jedoch daraus, daß ihm nur utilis hereditatis petitio zusteht, nicht den Schluß ziehen, daß seine Universalsuccession nur eine prätorische sei. Denn dieß ist nicht aus dem Charakter der Universalclage zu erkennen, sondern vielmehr aus dem Charakter der einzelnen Klagen, welche als erbchaftliche vom Fiscus angestellt werden können. Diese gingen aber ohne Zweifel civiliter und als directae actiones auf den Fiscus über, da ihm durch leges die bona zugewiesen waren. Und selbst wer vom Fiscus die Erbschaft gekauft hatte, succedirte civiliter in universum ius (Stieber de bonorum emtione §. 3.); und doch wird auch ihm nur utilis hereditatis petitio gegeben. (L. 54. cit.)

¹⁰⁶ L. 20. §. 6. D. de her. pet. »a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset«. cf. L. 43. 57. D. eodem. L. 57. 58. D. de rei vind. L. 9. 15. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 5. Cod. de pet. her.

¹⁰⁷ Cf. L. 25. §. 1. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Gleiche Bedeutung hatte auch hier der Eid: hereditatem meam esse. L. 11. §. 3. D. de iureiur. 42. 2.

¹⁰⁸ §. 31. I. de action. L. 68. D. de rei vind. Vgl. hierüber G. Haffe im Rhein. Mus. VI. S. 67 fig. und Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 329 fig. — Justinian hat die Klage für bonae fidei actio erklärt. L. 12. Cod. de petit. hered. §. 28. I. de action.

der Beklagte bei der hereditatis petitio zu restituiren angehalten werden? eine Frage, welche, wie in §. 3. bemerkt worden, enge mit der Frage zusammenhängt, gegen wen die hereditatis petitio wirksam angestellt werden könne.

Bekanntlich ist dieser Gegenstand durch den auf Hadrian's Veranlassung gefaßten sogenannten Juventianischen Senatsbeschluß, welcher uns wenigstens seinem Hauptinhalt nach in L. 20. §. 6. D. de her. pet. erhalten ist, normirt worden¹⁰⁹. Dieser betraf zunächst die dem Fiscus zugefallenen Erbschaften, und nahm in der Einleitung sogar Bezug auf einen einzelnen Fall, indem nämlich die Erbschaft des Rusticus¹¹⁰, welche zum Theil als caduca dem Fiscus anheimgefallen war, von den vermeintlichen Erben, antequam partes caducae fisco¹¹¹ peterentur, veräußert worden war. Die Bestimmungen desselben sind aber auf alle hereditatis petitiones ausgedehnt worden, wie ein Rescript von Marcus Aurelius bestätigt¹¹². Durch diesen Senatsbeschluß nun wurde der Grundsatz eingeführt, den eine umfassende und durchdringende Interpretation nach allen Seiten weiter entwickelt und ausgeführt hat, daß der bonae fidei possessor von der Erbschaft durchaus keinerlei Vortheil behalten, jedoch auch durch den Umstand, daß er sich irrtümlich für den Erben hielt, keinen positiven Schaden an seinem Vermögen erleiden dürfe, daher so viel aber auch nicht mehr restituiren müsse, als er durch den Besitz der Erbschaft bereichert worden: daß dagegen der malae fidei possessor nicht nur gar keinen Vortheil von der Erbschaft haben, sondern Alles restituiren müsse, was dem Erben durch die unrechtlche Anmaßung der Erbschaft entzogen ist, so daß er vom Anfange seines Besitzes an für dolus und culpa haftet und nach Anstellung der Klage selbst den casus trägt.

Fabricius hat in der zweiten Abtheilung seines Aufsatzes S. 180 fgg. gute Bemerkungen darüber gemacht, wie das praktische Bedürfnis, besonders wegen der Verwickelung des römischen Erbrechts durch das Zueinandergreifen der civilrechtlichen und prätorischen Erbfolge und der caducarischen Gesetze, es wünschenswerth machte, in dieser Art den Erfolg

¹⁰⁹ Vgl. L. 22. L. 40. pr. D. de her. pet.

¹¹⁰ Die Familie, welche den Beinamen Rusticus führte, war in jener Zeit sehr angesehen. Vgl. Heineccii historia edictorum, opusc. post. pag. 453. Ein Fabius Rusticus kommt auch als Legatar in dem von Puggé mitgetheilten römischen Testament aus der Zeit des Nerva oder Trajan vor (Mhein. Mus. I. S. 249. 254.); vielleicht derselbe, der in L. 20. §. 6. cit. als Erblasser erwähnt wird.

¹¹¹ Vielleicht interpolirt für aerario oder populo. Vgl. Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. VI. S. 423.

¹¹² L. 1. Cod. de pet. her. (die Inscription hat ohne Zweifel verkehrt M. Aelius Ant.) Vgl. L. 20. §. 7—10. D. de her. pet.

des Erbschaftsstreites geschlechtlich zu bestimmen. Jedoch bin ich geneigt zu glauben, daß manches, was an den Hadrianischen Senatsbeschluß angeknüpft oder erst der nach diesem sich bildenden Theorie zugeschrieben wird, schon vorher durch die Doctrin vorbereitet war, und der Senatsbeschluß nicht durchaus neues Recht enthielt, sondern vielleicht zum Theil nur fortsetzte und allgemein entschied, worüber bisher, wie auch in andern Lehren, die Ansichten der Juristen geschwankt haben mochten. Das strenge Festhalten bloß der aus der Betrachtung der einzelnen in der Erbschaft enthaltenen Rechte als einzelner sich ergebenden Resultate mußte der Natur des Verhältnisses, namentlich wenn man es mit einem Besitzer, der sich für den Erben hielt, zu thun hatte, nicht ganz angemessen erscheinen. Indem man den Begriff einer *universitas* aufstellte und die Erbschaft nicht bloß als eine Vielheit einzelner Rechte, sondern als ein Ganzes, als Ein Vermögen, ansah, konnte man leicht dahin kommen, denjenigen, welcher sich in der Meinung Erbe zu sein in den Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, bevor der wahre Erbe sein Recht geltend machte, gewissermaßen als einstweiligen Vertreter des Subjects dieses Vermögens zu behandeln und in Beziehung zu ihm nicht so sehr die einzelnen Rechte als solche, als vielmehr das Ganze des Vermögens in's Auge zu fassen, und wie nun einem Vermögen die Wandelbarkeit, das Ein- und Austausch von Rechten natürlich ist, so auch hier den Gegenstand der Restitution nach solchem Gesichtspunkte zu bestimmen.

So vermurthe ich z. B. in Betreff des eingenommenen Werthes veräußerter Erbschaftsachen, und umgekehrt in Betreff der für die Erbschaft, insbesondere mit erbchaftlichem Gelde, erworbenen Sachen schon vor unserem Senatsbeschluß andere Grundsätze aufgestellt waren, als bei den *Vindications* einzelner Sachen galten. Es ist freilich schwer, dieß quellenmäßig nachzuweisen, weil begreiflicher Weise in das Justinianische Recht meist nur Stellen aus spätern Schriften, in denen das Hadrianische Senatsconsult schon berücksichtigt war, angenommen wurden¹¹³. Aber es scheint mir doch die Darstellung in L. 18—20. §. 5. D. de her. pet. und die Art wie Ulpian in L. 20. §. 6. *ibid.* das Senatsconsultum einführt¹¹⁴, für meine Vermuthung zu sprechen.

¹¹³ Die ältesten Juristen, von denen sich Stellen im Tit. D. de her. pet. finden, sind Neratius, Scaevola, Celsus und Julianus, und alle diese haben gewiß noch unter Hadrian gelebt.

¹¹⁴ *Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito, et de fructibus, quibus cum forma senatusconsulto sit data, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere.* Auch ist nicht unbemerkt zu fassen, daß der Senatsbeschluß unmittelbar in Anwendung auf einen einzelnen Erbfall erlassen ist, wovon sich wohl erwarten läßt, daß er sich einigermaßen an schon gangbare Lehrmeinungen angeschlossen habe.

ihn das *interdictum quorum bonorum* ganz dasselbe geleistet habe, wie jene Klage. L. 2. D. de poss. her. pet. hält es für interpolirt, und die Benennung *possessoria hereditatis petitio* ist ihm auch erst eine von den Justinianischen Compilatoren erfundene Terminologie, vor welcher, meint er, den alten Classikern die Augen übergegangen wären⁸¹.

Ich kann jedoch dieser neuen Meinung meinen Beifall nicht schenken. Ueber das Verhältniß des *interdictum quorum bonorum* zu der *hereditas petitio* werde ich mich weiterhin in §. 8. erklären. Hier will ich nur zu beweisen suchen, daß wir nach den Zeugnissen unserer Quellen an der Existenz einer *possessoria hereditatis petitio* schon im Recht der classischen Juristen nicht zweifeln, und selbst den Namen derselben nicht mit Grunde verdächtigen können; daß wir also vielmehr nach einer Erklärung, wie damit das *interdictum quorum bonorum* zusammenbestehe, suchen müssen, als wegen angeblicher Gleichheit beider Rechtsmittel jene Zeugnisse zu verwerfen uns berechtigt halten können.

Ich finde es schon an sich nicht wahrscheinlich, daß die Justinianischen Compilatoren, um einige kleine erst von ihnen zugestuzte Excerpte anzubringen, einen besondern Titel unter einer selbsterfundenen Rubrik gemacht haben. Hätten ihnen nicht die Schriften der alten Juristen, namentlich die Werke über das Edict, Veranlassung zur Aufstellung dieses Titels gegeben, so würden sie sich gewiß damit begnügt haben, die Bemerkung, die wir unter dem Titel *de possessoria hereditatis petitione* finden, gelegentlich in dem Titel *de hereditatis petitione* einzuschieben. Fänden sie dagegen bei den Alten einen solchen Titel, so ist es sehr begreiflich, daß sie demselben in ihrer Compilation auch einen Platz gönnen wollten, wenn gleich sie nur eine kurze Bemerkung darunter zu stellen hatten. Dieß ist dem in anderen Theilen erkennbaren Verfahren der Compilatoren sehr entsprechend.

Betrachten wir den Inhalt des fraglichen Titels näher, und im Zusammenhange mit dem vorhergehenden und nachfolgenden, so kann gar kein Zweifel bleiben, daß schon in den Werken zum Edict und so auch in diesem selbst, wie die Restitutoren desselben angenommen haben⁸², ausdrücklich von der *hereditatis petitio* des *bonorum possessor* die Rede gewesen sei.

Ulpian handelt in seinem lib. 14. ad edictum von dem pflicht-

⁸¹ S. 209. Anm. 64. Die Wortverbindung *fideicommissaria hereditatis petitio* findet der Vf. nicht unrichtig, meint aber doch *fideicommissariae h. p.* wäre besser. Mir scheint *fideicommissaria h. p.* ganz richtig die *h. p.*, welche der Fideicommissar gegen jeden Besitzer pro herede oder pro possessore anstellt, die aber gegen den Fideuciar selbst nicht statt hat (L. 3. §. 2. D. h. t.), zu bezeichnen; unter *fideicommissariae h. p.* dagegen könnte auch wohl die Forderung des Fideicommisses gegen den Fideuciar verstanden werden.

⁸² Cf. de Weyhe libri tres Edicti. p. 188.

widrigen Testament⁸³; dann in lib. 15. von der hereditatis petitio des heres ex asse und pro parte⁸⁴. Aus demselben Buche ist nun L. 1. D. de possessoria her. pet. genommen⁸⁵, welche sagt: Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit: hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est.

Zu diesem Fragment wird aus Gaii lib. 6. ad edictum provinciale, in welchem ebenfalls die Lehre von der hereditatis petitio vorgetragen war⁸⁶, hinzugefügt:

per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

Hieraus geht vorerst hervor, daß Gaius und Ulpian in Verbindung mit der Lehre von der hereditatis petitio auch von der fraglichen Klage des bonorum possessor gesprochen haben. In der ersten Stelle, welche durchaus nicht den Schein einer Interpolation an sich trägt, ist von früher besprochenen civiles actiones heredibus propositae die Rede. Darunter können keine andere als die Universalklagen des Erben verstanden werden, und man muß den Plural entweder dadurch, daß man auch die querela inofficiosi mit hineinzieht, oder durch Unterscheidung der hereditatis petitio ex asse und pro parte erklären. Denn für die einzelnen Erbschaftsklagen, actiones hereditariae, welche auf den Civilerben als solchen ipso iure übergingen, war es weder nöthig noch thunlich, besondere Formeln aufzustellen, da diese durchaus eben so, wie die Klagen des Erblassers selbst, beschaffen und nach Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses verschieden waren, eine Beziehung auf die Erbfolge aber, durch welche der Kläger in das streitige Verhältniß eingetreten war, dabei gar nicht vorkam⁸⁷. So gut wie in L. 1. können und müssen nun auch in L. 2. cit. die superiores⁸⁸ civiles actiones auf die Universalklagen des Civilerben gedeutet werden. Dann fällt die Wahrscheinlichkeit einer Interpolation in Ansehung der Worte hereditatis petitionem völlig weg, und es tritt die dringendste Wahrscheinlichkeit ein, daß die Juristen hier von einer Universalklage und zwar von einer hereditatis petitio des bonorum possessor gesprochen haben. Denn

⁸³ L. 1. 6. D. de inoff. test. 5. 2.

⁸⁴ L. 2. 9. 11. 13. 16. 18. 20. 23. 25. u. s. w. D. de her. pet. L. 4. D. si pars her. pet.; und gewiß ist auch in L. 1. D. eodem. statt V. mit Haloander zu lesen XV.

⁸⁵ Die Ausgabe der Gebrüder Krieger hat hier fehlerhaft lib. V. statt lib. XV.

⁸⁶ L. 1. 3. 15. 17. 21. 35. 41. D. de her. pet. L. 2. D. si pars her. pet.

⁸⁷ Arg. Gai. IV. 34. 35.

⁸⁸ Dieß Wort hält Fabricius auch für interpolirt.

das *interdictum quorum bonorum*, welches etwa als Stellvertreter der fehlenden *hereditatis petitio* hätte genannt sein können, kommt an einer ganz andern Stelle des *Edicts*, in Ulpian's lib. 67. ad *edictum*, vor⁸⁹.

Dies bestätigt sich noch mehr, wenn wir zu dem folgenden Titel übergehen. *Ex ordine*, sagt L. 1. h. t., aus Ulpian's lib. XVI. ad *edictum*, *occurrit actio, quae proponitur his, quibus restituta est hereditas. Nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex senatus-consulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit. Es ist actio in der einfachen Zahl, die ex ordine occurrit, und diese wird von den actiones, quae ex Senatus-consulto transeunt, deutlich unterschieden. Eben so wird in den beiden andern aus Pauli lib. 20. ad *edictum* und aus Ulpiani lib. 16. cit. haec actio in der einfachen Zahl, als entsprechend der civilis hereditatis petitio, genannt; woraus ganz klar wird, daß im *Edict* speciell von der hereditatis petitio fideicommissaria die Rede gewesen sein muß⁹⁰. Und wie sollte nun mitten zwischen den Universalklagen das *Edict* über die Klagen des *bonorum possessor* gekommen sein, wenn nicht auch diesem hereditatis petitio beigelegt wäre?*

Ich will nicht läugnen, daß an diesem Orte des *Edicts* auch überhaupt die *actiones fictitiae*, welche dem *bonorum possessor* und Universal*fideicommissar* und gegen beide als prätorische Erben gegeben wurden, aufgeführt waren. In Betreff des *Fideicommissars* macht dieß L. 3. §. 2. D. de *fideicomm. her. pet.* sehr wahrscheinlich, um so mehr, als zu bezweifeln ist, ob noch in einer andern Stelle des *Edicts* von den Universal*fideicommissen* die Rede war⁹¹. Weniger wahrscheinlich ist es in Beziehung auf den *bonorum possessor*; denn die *fictitiae actiones*, welche ei *et in eum* gegeben werden⁹², betreffen schon eigentlich das Verhältniß der Erbfolge selbst, welche dem *bonorum possessor*

⁸⁹ L. 1. D. quor. bonor. — L. 2. ibid. ist freilich aus Pauli lib. 20. ad *edictum*, worin nach L. 14. 19. 22. 24. 26. u. f. w. D. de h. p. die Lehre von der hereditatis petitio enthalten war; es kann aber diese Stelle leicht des Gegenjatzes wegen bei dieser Lehre vorgekommen sein. Dagegen geht aus L. 1 cit. hervor, daß das int. quor. bon. in einer viel spätern Stelle des *Edicts* seinen Platz hatte, und aus L. 1. D. de poss. her. pet. daß nach dem *Edict* über die her. pet. noch eine andere Universal*klage* zum Vortheil des *bonorum possessor* aufgestellt war.

⁹⁰ Vgl. auch L. 54. pr. D. de her. pet.

⁹¹ In dem tit. D. ad Sc. Trebell. finden sich nur drei Stellen aus Ulpian's Werke ad *edictum*, und von diesen sind zwei, L. 37. u. L. 39., aus lib. 46., woraus auch L. 1. u. 3. D. de fid. her. pet. genommen sind, und die dritte, L. 43., ist aus lib. 22., wo sicher auch nicht ex professo von den *fideicommissen* gehandelt wurde. Vgl. Gommel's *Palingenese* III. S. 128. 132. Ferner finden sich daselbst vier Stellen aus Paul. ad *edictum*, und von dieser sind drei aus lib. 20., dem Sitz der Lehre von der hereditatis petitio, und eine, die sich auf das *comprommissum* bezieht, L. 36., aus lib. 43.

⁹² Ulp. Fragm. XXVIII. 42.

durch das prätorische Edict gewährt wird; und von dieser ist an einem ganz andern Orte des Edicts die Rede; in Ulpiani ad edictum lib. 39. et seqq.⁹³; in Pauli ad edictum lib. 41. et seqq.⁹⁴, und in Gaii ad edictum provinciale lib. 14.⁹⁵.

Jedenfalls aber steht zu behaupten, daß der hereditatis petitio des bonorum possessor im Edict ausdrücklich Erwähnung geschehen, und die fictitiae actiones ei et in eum in unserer Stelle nur etwa gelegentlich mit angeführt worden. Denn eigentlich war für sie hier gar nicht der Platz, und L. 1. D. poss. her. pet. deutet nicht auf Klagen, welche eben sowohl gegen als für den bonorum possessor aufgestellt wurden. Auch konnte die Formel für die hereditatis petitio, welche dem bonorum possessor gegeben wurde, nicht wohl in gleicher Weise eingerichtet sein, wie die Formel der actiones hereditariae in ihrer Anwendung auf den bonorum possessor⁹⁶. Denn wie könnte die Formel so gefaßt werden: si Aulus Agerius L. Seii heres esset, tum si ea hereditas, de qua agitur, ex iure Quiritium eius esset?⁹⁷ Es ist also klar, daß die hereditatis petitio von den andern fictitiae actiones des bonorum possessor unterschieden werden mußte.

Den sprechendsten Beweis für die Richtigkeit unserer Meinung gibt endlich noch L. 1. D. de rei vind. aus Ulpiani lib. 16. ad edictum, also an die vorhergehenden Titel sich anschließend, indem sie sagt: Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subiicitur actio singularum rerum petitionis. Denn die fictitiae actiones ei et in eum sind keine actiones de universitate; es kann also keinen Zweifel leiden, daß Ulpian und Gaius in der Abtheilung ihrer Werke, aus welchem L. 1. und 2. D. de poss. her. pet. entlehnt sind, einer im Edict proponirten de universitate actio, d. i. einer hereditatis petitio utilis des bonorum possessor erwähnt haben.

Aber der Name? Die Bezeichnung possessoria h. p. scheint unserem Verf. ganz unlieblich. „Man denke sich einmal bonorum possessorius! — läßt man aber bonorum weg, so wird die Sache fast noch ärger, denn possessorius ist das Adjectiv von possessio und hat mit bonorum

⁹³ L. 4. 3. 5. D. de bon. poss. 37. 1. L. 8. 10. D. de bon. poss. c. tab. 37. 2. L. 3. 5. 8. 10. 12. 14. D. de legat. praest. 37. 5. u. f. w.

⁹⁴ L. 6. D. de bon. poss. L. 4. 6. 11. D. de bon. poss. c. tab. L. 9. 11. 15. D. de legat. praest. u. f. w.

⁹⁵ L. 11. D. de bon. poss. L. 7. 9. 12. D. de bon. poss. c. tab. L. 2. D. de dot. collat. u. f. w.

⁹⁶ Gai. IV. 34. cf. 35. in der Ausgabe von Heffter. Die hereditatis petitio ist nicht hereditaria actio, sondern heredis actio.

⁹⁷ Vgl. Gai. I. c. mit L. 10. §. 1. D. de her. pet. Dasselbe gilt auch von der fideicommissarischen her. pet.

In L. 18. pr. cit. wird die Frage aufgestellt, ob hereditatis petitio gegen den stattfinde, welcher durch einen Argentarius verkauft lassen und das Geld bei diesem verloren habe. Darüber werden abweichende Meinungen von Labeo, dem berühmten Zeitgenossen des Augustus, und von Octavenuß, der wohl vor Hadrian gelebt hat¹¹⁵, angeführt; und zwar wird von Labeo die Frage unbedingt bejaht, quia suo periculo male argentario credidit, von Octaven aber dahin beantwortet, daß der Beklagte seine actiones gegen den Argentarius abzutreten habe. Also schon Labeo nahm an, daß der Preis verkaufter Erbschaftsgegenstände der hereditatis petitio sein könne. Ohne hinreichenden Grund bezieht man diese Stelle nur auf den Verkäufer der ganzen Erbschaft¹¹⁶. Denn hereditatis ist nicht nothwendig zu venditione zu ziehen, sondern kann mit possessor verbunden werden¹¹⁷; es ist also nicht nöthig, die Stelle bloß vom Verkauf der Erbschaft im Ganzen zu verstehen. Und wäre dieß auch richtig, so wäre doch sehr unwahrscheinlich, daß die Rechtsentwicklung von Labeo bis Hadrian bei dieser Beschränkung stehen geblieben sei, da der Verkauf aller einzelnen Erbschaftsgegenstände für den Erben dieselben, ja schlimmere Folgen haben konnte, wie der Verkauf der Hereditas im Ganzen, und sonst auch kein Grund vorhanden war, in jener Beziehung zwischen beiden einen Unterschied zu machen: zumal da schon frühzeitig gegen den Käufer der Erbschaft utilis hereditatis petitio eingeräumt wurde¹¹⁸.

Ferner in L. 36. pr. D. h. t. wird auch Proculus als Autorität angeführt bei einer Erörterung über hereditatis petitio wegen der Pretia verkaufter Erbschaftsgegenstände, und in L. 31. §. 5. D. eodem Cassius bei der Frage, ob eingezogene Erbschaftskapitalien bei der hereditatis petitio mit zur Restitution kommen.

Am meisten entgegen steht unserer Annahme das Bruchstück der Ratio Hadrian's in L. 22. D. h. t., worin die Bestimmung über Erstattung des Kaufwerths veräußerter Sachen sich als eine ganz neue anzukündigen scheint. Vielleicht aber ist dabei auf die Beschränkungen, unter denen früher diese Sätze galten, oder auf verschiedene Meinungen, welche darüber herrschten, Bezug genommen. Doch lassen wir dieß dahin gestellt sein. Klar ist es, daß die Bestimmungen des Senatsbeschlusses dem praktischen Bedürfniß sowohl in Rücksicht des bonae fidei possessor als in Rücksicht des Erben entsprachen; und was den Vortheil des letztern

¹¹⁵ Zimmern, Gesch. des röm. P.-R. I. §. 90.

¹¹⁶ Rhein. Mus. IV. S. 182. Anm. 21.

¹¹⁷ Si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdidit vgl. »possessor hereditatis« in L. 20. §. 20. L. 41. 49. u. a. D. h. t.

¹¹⁸ L. 13. §. 4. D. de her. pet., wo Cassius allegirt wird.

angeht, so mußte besonders gegen den *malae fidei possessor* das Bedürfniß einer Aenderung des damaligen Rechts auf das dringendste fühlbar sein, weil dieser bisher nach dem Recht der alten *pro herede possessio* und *usucapio* zu sehr geschützt war, und der Erbe gegen Verschleuderungen durch denselben, die natürlich von ihm immer zu fürchten waren, durchaus keinen Schutz hatte.

Die Theorie über die Restitution des Beklagten, wie sie sich auf den Grund unseres Senatsbeschlusses gebildet hat, hier vollständig zu erörtern, ist nicht meine Absicht. Hat man einmal die richtigen Gesichtspunkte aufgefaßt, so ist die Sache keinen besondern Schwierigkeiten unterworfen, und die Ausführungen der römischen Juristen über diesen Punkt, von denen uns in dem Titel *de her. pet.* Bruchstücke erhalten sind, sind durchgängig sehr klar und dem Geist des zu interpretirenden Gesetzes entsprechend. Es läßt sich nun nicht verkennen, daß hiernach die *hereditatis petitio* in der That große Aehnlichkeit mit einer persönlichen Klage gewonnen hat, so daß die Kaiser Diocletian und Maximian allerdings wohl Veranlassung hatten, dieselbe eine *mixta personalis actio* zu nennen¹¹⁹, wie Ulpian früher gesagt hatte, daß sie, obgleich in *rem actio*, doch *quasdam personales praestationes* habe¹²⁰. Es ist aber dabei zu bemerken, daß dasjenige, was die *hereditatis petitio* eigentlich als in *rem actio* qualificirt, die *Intention hereditatem meam esse*, immer noch in gleicher Weise besteht. Nur in Beziehung auf die Frage, was dem Erben als solchem gebühre, in der Behandlung des objectiven Inhalts der *Hereditas*, und demgemäß in der Bestimmung der Restitution des Beklagten hat sich die Theorie des römischen Rechts durch den Hadrianischen Senatsbeschluß geändert. Eine persönliche Verpflichtung des Beklagten besteht bei jeder in *rem actio*, wo es etwas zu restituiren gibt, und die Leistung desselben ist z. B. bei der *rei vindicatio*, was die Restitution der Sache selbst betrifft, keine andere als bei der *depositi*, *commodati* oder *pigneratitia actio*. Auch bei der *rei vindicatio* ist es möglich, daß von der Restitution der Sache selbst, auf welche sie sich bezieht, gar nicht mehr die Rede ist, sondern der Beklagte nur zu andern Leistungen verurtheilt wird; z. B. wenn dieselbe nach der *Litiscontestatio* durch Schuld des Besitzers zu Grunde gegangen ist¹²¹. Ja eine Hauptneuerung des Hadrianischen Senatsbeschlusses ist von der *hereditatis petitio* auf die *rei vindicatio* übertragen; nämlich

¹¹⁹ L. 7. Cod. de pet. her.

¹²⁰ L. 25. §. 18. D. de her. pet.

¹²¹ L. 13—22. L. 27. §. 2. L. 36. §. 1. D. de rei vind.

daß sie auch *adversus eum, qui dolo malo possidere desiit*, angestellt werden kann¹²². Doch wird weder in diesem Falle, noch wenn sie gegen den, *qui liti se obtulit*¹²³, angestellt wird, die *rei vindicatio* für eine Forderungsklage gehalten.

Wenn derjenige, welcher vor der *Litizcontestation dolo malo* den Besitz aufgegeben hat, gestorben ist, bevor gegen ihn der Prozeß anhängig gemacht war, so kann dieserhalb gegen die Erben desselben nicht die *rei vindicatio* angestellt werden, sondern nur in *factum actio*, so weit sie bereichert sind¹²⁴. Ist dagegen schon mit dem Erblasser *Lis contestata*, so kann das einmal eingegangene *Judicium* auch gegen die Erben fortgesetzt werden, und diese werden jedenfalls condemnirt, so weit der Erblasser durch Vergehen in Rücksicht des Streitgegenstandes sich verantwortlich gemacht, namentlich wenn er *dolo malo possidere desiit* oder *post acceptum iudicium* durch seine Schuld sich die Restitution unmöglich gemacht, die Sache zerstört oder verdorben hatte; übrigens aber, abgesehen von ihrer eigenen *Culpa*, sind sie nur zur Restitution verpflichtet, so weit sie besitzen¹²⁵. Verhält es sich nun etwa bei der *hereditatis petitio* anders hiemit? Wäre sie den Forderungsklagen gleichgestellt, so müßte dieß der Fall sein; denn sowohl die *negotiorum gestorum actio* als die *condictio furtiva*, womit man die *hereditatis petitio* gegen den *bonae-* und gegen den *malae-fidei possessor* am ersten vergleichen mag, finden gegen den Erben mit gleicher Wirkung statt wie gegen den Erblasser¹²⁶. Es ist aber wirklich nicht der Fall. Unsere Quellen sagen nichts davon. Nur das wird darin ausgesprochen, daß der Erbe, auch wenn er nicht weiß, daß sein Erblasser *pro herede* oder *pro possessore* besessen, mit der *hereditatis petitio* belangt werden könne, vorausgesetzt, daß er selbst im Besitze sei. Nur so kann L. 13. §. 3. D. de her. pet. verstanden werden¹²⁷; und es ist durchaus

¹²² L. 27. §. 3. *ibid.* »cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deducis. Aql. L. 36. pr. *ibid.*

¹²³ L. 25—27. pr. D. *ibid.* vgl. L. 13. §. 13. D. de her. pet.

¹²⁴ L. 32. D. de rei vind. »Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes eius in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt; sed in factum actio adversus eos reddi debet, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt.« (Iulian. lib. 55. Digest.)

¹²⁵ L. 42. D. de rei vind. »Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem (condemnationem) veniet.« (Paul. lib. 26. ad edictum)

¹²⁶ L. 3. §. 7. D. de negat. gest. 3. 5. L. 7. §. 2. L. 9. D. de conditione furtiva. 13. 4. — Daher wird es auch behauptet von Fabricius S. 194., der aber auch in Rücksicht der *rei vindicatio* Irriges annimmt, indem er L. 52. cit. übersehen hat.

¹²⁷ Neratius lib. 6. *membranarum* scribit ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedissee. Idem esse lib. 7. ait, etiamsi putavit

unzulässig, mit Beziehung auf L. 7. §. 2. L. 9. D. de cond. furt. ein Mehreres aus jener Stelle zu folgern, da die Gleichheit der hereditatis petitio gegen den malae fidei possessor mit der conductio furtiva erst durchgreifend zu erweisen ist, ehe man die über die letzten sprechenden Stellen zum Beweise eines bei jener geltenden Satzes benutzen kann. Auch bedienen sich L. 42. und L. 52. D. citt. des allgemeinen Ausdrucks in rem actio, in rem agere, der auch auf die hereditatis petitio anwendbar ist, und nach der Inscription von L. 42. ist es nicht wahrscheinlich, daß sie nur die rei vindicatio gemeint habe¹²⁸, obgleich ich wegen des „fundi possessor“ und der Vergleichung mit L. 55. ibid. gern zugebe, daß bei L. 52. cit. zunächst nur an die rei vindicatio zu denken sei. Warum sollte aber auch bei der Uebertragung der Bestimmung über dolus praeteritus auf die rei vindicatio in Rücksicht der Haftbarkeit des Erben ein anderes als bei der hereditatis petitio angenommen worden sein? Nur muß bemerkt werden, daß es einer in factum actio wegen der den Erben gebliebenen Bereicherung nicht bedarf, wenn der Erblasser mit der hereditatis petitio belangt werden konnte, weil dann schon der Besitz dieser Bereicherung genügt, um auch gegen den Erben die hereditatis petitio anzustellen.

Hier mag noch ein anderes für unsern Gegenstand interessantes Fragment einer nähern Betrachtung unterzogen werden. Ich meine

L. 36. pr. und §. 1. D. de her. pet.

In den beiden unmittelbar vorhergehenden Fragmenten war gesagt, daß gegen den Vater oder Herrn hereditatis petitio möglich sei, wenn der Sohn oder Sklave res hereditarias detinere, si facultatem restituendarum rerum habet; ferner wenn er den Kaufpreis veräußerter Erbschaftsachen im Peculium des Sklaven habe; und selbst wenn der Kaufpreis noch nicht an den Sklaven ausgezahlt sei, posse a domino quasi a iuris possessore hereditatem peti, quia habet actionem, qua eam pecuniam consequatur, quae quidem actio etiam ignorantem acquireretur.

heres eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est. Der letzte Zusatz deutet bestimmt genug an, daß hier vorausgesetzt wird, der Erbe besitze auch. Auf die Fälle, da ohne Besitz die her. pet. möglich, kommt Ulpian erst in §. 13. 14., und da ist keine Rede davon, daß der Erbe bloß wegen des dolus seines Erblassers mit dieser Klage belangt werden könne. Man achte auch darauf, daß in §. 3. Neratius genannt wird, der doch wahrscheinlich seine meisten Schriften schon vor Hadrian herausgegeben hat. L. 57. D. de her. pet. aus Neratii lib. 7. membran. steht dem nicht entgegen, weil darin von dem dolo possidere desiisse nur in Rücksicht der Zeit nach der Litiscontestatio die Rede ist: neque dolo malo fecerit, quo minus possideret quod iudicio devictus (so lesen die Gebrüder Kriegel statt revictus; die Vulgata hat victus) restitueret (so liest Haloander gewiß besser für restituerit): der Grundsatz aber, daß nach der Litiscontestatio der Beklagte für dolose Entäußerung des Besitzes hafte, entschieden schon vor Hadrian bestand.

¹²⁸ Vgl. die Inscriptionen von L. 2. 4. 10. 12. 14. 16. 21. 23. u. f. w. D. de rei vind.

In L. 36. cit. wird nun die Frage aufgeworfen: Si a domino vel a patre, qui pretia possidet, hereditas petatur: an filio vel servo mortuo vel servo manumisso vel emancipato filio intra annum agi debeat? et an debitum sibi dominus vel pater deducere potest?

Würde hier der Gesichtspunkt aufgestellt, daß der Empfang der Kaufpreise eine persönliche Verpflichtung, eine eigentliche Obligatio, begründe, so müßte man die Frage bejahen. Es wäre dann eine nur in die Form der hereditatis petitio aufgenommene de peculio actio, welche nach Auflösung der Gewalt nur noch intra annum zulässig wäre, und wobei der Vater oder Herr das Recht hätte, seine Forderung an das Peculium vorabzuziehen¹²⁹. Es wird aber geantwortet: Iulianus verius esse ait id quod Proculus quoque respondit, perpetuo actionem dandam, nec deduci oportere id quod sibi debetur; quia non de peculio agatur, sed hereditas petatur. Es werden also die pretia rerum venditarum schlechthin als zur Erbmasse gehörig betrachtet (pretium successit in locum rei), und der Vater oder Herr muß sie herausgeben, weil er sie in dem Peculium des Sohnes oder Sklaven besitzt, nicht weil diese zu deren Restitution persönlich verbindlich geworden¹³⁰.

Aber unsere Stelle fährt fort: Haec recte si pretia habeat servus vel filiusfamilias: quodsi propterea hereditas petatur a domino, quod servus debitor fuit, perinde haberi debet, atque si de peculio ageretur. Hier wird im Gegensatz der Fall einer obligatio des Sklaven, welche zur hereditatis petitio Veranlassung gibt, erwähnt; und ganz richtig wird entschieden, daß dann die hereditatis petitio, so weit sie den Inhalt dieser Forderung gegen den Herrn geltend machen sollte, sich nach den Regeln der actio de peculio (oder auch beziehungsweise der actio de in rem verso, quod iussu u. s. w.) richten müsse. Denn die Forderungsflage verändert sich nicht dadurch, daß sie in die hereditatis petitio hineingezogen wird; es ist hier gerade die actio de peculio, die aus der Verbindlichkeit des Sklaven stattfindende Forderung gegen den Herrn, welche cum sua natura in hereditatis petitionem venit¹³¹.

¹²⁹ Tit. D. quando de peculio. 15. 2. L. 14. D. de negot. gest. 3. 5. L. 1. §. 42. D. depositi. 16. 3. L. 9. §. 2. sqq. D. de peculio. 15. 1. L. 11. 12. Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 38. pr. D. de peculio.

¹³⁰ Damit stimmt es freilich nicht gut überein, wenn in L. 34. §. 1. gesagt wird: si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio servi habeat, posse a domino, quasi a iuris possessore, hereditatem peti: und nicht ohne Grund vermuthet daher Cujacius, daß hier die unterstrichenen Worte aus der folgenden L. 35. eingeschlichen seien. Vgl. Cuiac. in lib. XX. Pauli ad edictum: Opp. edit. Neap. Tom. V. p. 268. 269.

¹³¹ Cf. L. 20. §. 4. D. de her. pet.

Es wird nun noch weiter hinzugesetzt: *Idem dicendum, Mauricianus ait, etiam si pecuniam ex pretio perceptam servus vel filius consumserit, sed alias ex peculio solvi potest.* Hat der Sohn oder Sklave die eingenommenen Gelder consumirt, so tritt nun für ihn die Nothwendigkeit ein, die Restitution aus seinem andern Peculiarvermögen zu bestreiten; sobald aber dieses in Anspruch genommen wird, also auch wenn dieserhalb gegen den Vater oder Herrn geklagt wird, so müssen auch die darüber geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen.

Dies ist auch wieder bei der *rei vindicatio* und bei andern in *rem actiones* nicht anders. Wie die *hereditatis petitio*, so kann auch die *rei vindicatio* gegen den *filiusfamilias*, qui *restituendi facultatem habet*, angestellt werden¹³². Hat nun z. B. der *Filiusfamilias* als *malae fidei possessor* die Früchte consumirt oder die Sache deteriorirt u. dgl., und kann deshalb nicht, wie gefordert wird, die Sache selbst *cum omni causa restituiren*, so ist der Erfolg der, daß er in eine entsprechende Geldsumme verurtheilt wird. Eben das kann auch bei *Servitutentlagen* eintreten¹³³. Wenn alsdann diese durch die *Condemnatio* begründete *Obligatio* des Sohnes durch die *actio iudicati* gegen den Vater geltend gemacht werden sollte, so würde diese Klage nur als *actio de peculio* angestellt, und nur soweit das *Peculium* reicht, der Vater condemnirt werden können. Nun ist es aber klar, daß auch, wenn die in *rem actio* gegen den Vater anstatt gegen den Sohn angestellt wird, die Restitutionspflicht des ersten sich nicht weiter erstrecken kann, als die *Condemnation* des Sohnes gegen den Vater *erequirt* werden könnte: vorausgesetzt, daß keine eigene Schuld des Vaters dabei in Betracht kommt. Eben so müßte es sich denn auch bei der Klage gegen den Herrn des Sklaven verhalten, obgleich gegen diesen letztern selbst nicht geklagt werden kann¹³⁴.

§. 7.

An die Untersuchung über den Umfang der Restitutionspflicht bei der *hereditatis petitio* knüpft sich die Frage an, wiefern die *Usucapion* aus dem Titel *pro herede* dafür von Bedeutung sei. Mit dieser Frage habe ich mich in einer früheren Abhandlung besonders beschäftigt¹³⁵. Ich suchte dort zu erweisen, daß nach dem Senatsbeschlusse, dessen *Gaius II. 57.* erwähnt, sowohl der *bonae fidei possessor* als der *praedo* die

¹³² L. 36. cit. §. 1. L. 9. in fin. D. de rei vind.

¹³³ Bgl. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. L. 5. §. 3. 4. D. si ususfr. pet. 7. 6. L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. L. 7. D. si serv. vind. 8. 5. L. 6. §. 3. cf. L. 10. §. 1. D. ibid.

¹³⁴ Bgl. Keffler, Ueber *Ritiscontestation* und Urtheil. S. 420 fig.

¹³⁵ Rhein. Mus. II. S. 125—148. (oben Bd. 1. nr. 42)

pro herede usucapirten Sachen dem mit der hereditatis petitio klagenden Erben eben so zu restituiren gehalten sei, als hätte die Usucapion gar nicht stattgefunden; daß also nach dieser Zeit und so denn auch im Justinianischen Rechte von einer vollkommen wirkamen pro herede usucapio nicht mehr die Rede sein könne. Ohne meine Abhandlung zu kennen (denn er nennt sie nirgend) ist Fabricius durch seine Untersuchung zu demselben Resultate gekommen, und zwar größtentheils vermittelt derselben Argumente, welche auch ich geltend gemacht hatte. Auch haben mehrere andere Gelehrte ihre Zustimmung zu der von mir vertheidigten Behauptung ausgesprochen¹³⁶. Dagegen ist dieselbe von andern theils durch bloßes Gegenreden, ohne sich auf Widerlegung einzulassen, abgewiesen¹³⁷, theils mit einigen neuen Argumenten angefochten worden¹³⁸. Bei der Wichtigkeit des Gegenstandes, welche mir schon einmal in einem praktischen Rechtsfall lebendig entgegengetreten ist, sei es vergönnt hier noch einmal die Resultate der bisherigen Erörterungen darüber zusammenzustellen.

Vor Hadrian konnte jeder Occupant der besitzlosen Sachen der Erbschaft pro herede usucapiren. Auf die Meinung des Besitzers, zur Erbfolge berufen zu sein, kam überall nichts an¹³⁹, ausgenommen sofern sie die Anwendung der Regel *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse* ausschließen konnte¹⁴⁰. Durch den Senatsbeschluß unter Hadrian wurde darin eine Aenderung eingeführt: jedoch nicht dergestalt, daß in irgend einem Falle die usucapio pro herede ipso iure aufgehoben worden wäre, sondern nur in der Art, daß ungeachtet der vollendeten Usucapion die usucapirten Sachen doch in Folge der Erbschaftsklage restituirt werden mußten¹⁴¹. Es ist nun die Frage: beschränkte

¹³⁶ v. Röhr im Arch. für civ. Prag. XII. S. 86. Anm. 2. Unterholzner im Rhein. Mus. V. S. 26 fig. Puererus de usucapione pro herede natura diss. inaug. Jenae 1835. §. 6. 20. und der Recensent dieser Schrift in der Jenaer Litt. Ztg. Dec. 1835. Nr. 221. S. 329. 330. (Auf die beiden letztgenannten bin ich erst aufmerksam geworden, als ich diese Schrift schon zum Drucke abgegeben hatte. In Betreff unserer Frage enthält die Diss. nichts Neues, sondern schließt sich ganz an meine frühere Ausführung an). Vgl. noch Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. 4. Ausg. §. 932. not. vv. und Thibaut, System des P.-R. 8. Ausg. §. 1013. not. I. m. Was zu der letzten Stelle in den von Froben herausgegebenen Erörterungen II. S. 395 fig. dem Publikum aufgetischt wird, ist, wie fast Alles in diesem Buche, so fehlerhaft, daß darauf gar keine Rücksicht zu nehmen ist.

¹³⁷ Kobschirt, Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht I. S. 121—123.

¹³⁸ Fritsch, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch des Civilrechts. S. 330—336. Vgl. dessen neue Ausgabe dieses Lehrb. §. 132. not. vv. Diefem scheint auch beizustimmen Mühlensbruch, Lehrb. des Pandektenrechts. §. 265. Anm. 6. und 7.

¹³⁹ Gai. II. 52—56. vgl. L. 29. D. de usurp. et usucap. 41. 3.

¹⁴⁰ L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap. L. 2. §. 1. 2. D. pro herede 41. 5. Vgl. Rhein. Mus. II. S. 127—131. (oben Bb. I. S. 126 fig.) und Thon im Rhein. Mus. IV. S. 100 fig.

¹⁴¹ Gai. II. 57. *Scutum factum est, ut tales usucapiones revocarentur, et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.* — Ueber Gai. II. 58. vgl. mit III. §. 201. hat Unterholzner a. a. O. eine scharf-

sich diese Bestimmung auf den praedo? oder fand sie auch Anwendung auf denjenigen, welcher sich für den wahren Erben haltend Erbschaftsachen in Besitz genommen hatte?¹⁴² Gaius beantwortet diese Frage nicht bestimmt, weil er sie sich nicht aufgeworfen hat. Aber seine Darstellung berechtigt wenigstens nicht zu der Behauptung, daß sich der Senatsbeschluß nur auf den Praedo bezogen habe. Vielmehr ist damit die andere Meinung sehr wohl verträglich. Gaius will zwar, indem er die *usucapio pro herede* einführt, gerade das im Gegensatz gegen die Regel besonders hervorheben, daß man durch selbe auch wissend eine fremde Sache erwerben könne. Der Gegensatz gegen die Regel liegt aber schon darin, daß bei dieser Art der *Usucapion* auf *bona fides* nicht gesehen wurde, daß also die Frage, ob der Besitzer bei Erwerbung des Besitzes in *bona fide* gewesen oder nicht, hier gar nicht zur Untersuchung kam, sofern nur die Sache erst als Erbschaftsache in Besitz genommen war, und nicht ein früherer Besitz in eine *possessio pro herede* verwandelt werden sollte. So sagt auch Gaius: *si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit . . . ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem: d. h. in diesem Falle wird nur Usucapionsfähigkeit der Sache erfordert, auf bona fides kommt es nicht an. Und dann setzt er hinzu: quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur. Zu dieser species possessionis et usucapionis, quae pro herede vocatur, gehörte doch auch der Fall, wenn man *bona fide* die Erbschaftsachen als solche in Besitz genommen hatte; also konnte diesen Fall Gaius in den vorhergehenden Worten nicht ausschließen wollen. Er hat ihn nur nicht ausgezeichnet, weil es unnötig war hervorzuheben, was juristisch keinen Unterschied machte, so wie in der ganzen *Usucapionslehre* kein Wort von *bona fides* vorkommen würde, wenn wir sonderbarer Weise ein Recht hätten, welches jedem Besitze ohne Unterschied die Wirkung der *Usucapion* beilegte. So kann auch der Ausdruck *improba usucapio* in §. 55. auf das ganze Institut der *usucapio pro herede*, wie es im alten Recht bestand, bezogen werden: als Bezeichnung, nicht, wenn ich so sagen darf, der subjectiven Schlechtigkeit der *Usucapion*, wobei der Besitzer in mala*

finnige Erklärung aufgestellt, nach welcher darin keine Ausnahme von II. 57. enthalten wäre, und auch die Lesart der Handschrift et statt Set beibehalten wird. Wir können jedoch diesen Punkt hier dahingestellt sein lassen.

¹⁴² Es versteht sich von selbst, daß dem *honorum possessor*, welcher dem *Civilerben* vorging, jenes Gesetz nicht nachtheilig sein konnte. Denn er konnte ja die *hereditatis petitio* des *Civilerben* durch *exceptio* völlig ausschließen. — Auch muß man gewiß annehmen, daß der *honorum possessor cum re* auch solche Sachen, die der *Civilerbe* schon im Besitze gehabt hatte, noch *pro herede usucapiren* konnte, um so sein *bonitatisches* Eigentum in *quiritisches* zu verwandeln.

fide war, sondern der objectiven Verwerflichkeit eines solchen Instituts, wobei auf bona fides gar nicht gesehen wurde, wobei also der Besitzer von Anfang an in mala fide sein konnte, und doch usucapirte. Auch die Bezeichnung *lucrativa usucapio* haben Unterholzner und Fabricius für jede *usucapio pro herede*, auch die des *bonae fidei possessor*, in Anspruch genommen¹⁴³, und in der That ist nicht zu verkennen theils daß die Bezeichnung für die *pro herede usucapio* überhaupt nicht unpassend, theils daß der Satz *haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur* ganz ungezwungen von der ganzen *species possessionis et usucapionis*, quae *pro herede vocatur*, zu verstehen ist; und wenn Gaius hinzusetzt: *nam sciens quisque alienam rem lucrifacit*, so möchte dieß theils nicht von so entscheidender Bedeutung sein, weil es etwa nur eine hinführende Erklärung des Gaius sein könnte, theils aber läßt es sich auch mit Unterholzner recht wohl erklären, „weil dadurch jeder auch wissend (wie vielmehr unwissend) eine fremde Sache gewinnen kann“. Meines Erachtens kann diese Erklärung keinen Anstoß finden, wenn man nur nicht voraussetzt, daß Gaius im Vorhergehenden immer positiv den Fall vor Augen habe, wenn der Besitzer in mala fide ist, sondern vielmehr die *usucapio pro herede* überhaupt als eine besondere *species usucapionis* auffaßt, die durch die Eigenthümlichkeit ausgezeichnet sei, daß es dabei auf bona fides des Besitzers nicht ankomme¹⁴⁴.

Ist nun die bisherige Auslegung nicht verwerflich, so ergibt sich von selbst, daß in Gai. II. §. 57. die Worte *tales usucapiones* sehr wohl von jeder *usucapio pro herede*, wodurch dem wahren (prätorischen oder civilen) Erben die Erbschaftsachen entzogen würden, verstanden werden können, und, wie auch Savigny anerkennt, dem ganzen Zusammenhange nach am angemessensten so verstanden werden¹⁴⁵. Doch hiermit haben wir eine Entscheidung über unsere Frage noch nicht gewonnen. Es müssen noch andere Argumente geliefert werden, um für das Justinianische Recht die Behauptung zu rechtfertigen, daß derjenige,

¹⁴³ Rhein. Mus. V. S. 27. Anm. 1.; IV. S. 201.

¹⁴⁴ Eine Befätigung gibt L. 71. §. 4. D. de furtis 47. 2. *Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cuius interest rem non surripi; interesse autem eius videtur, qui damnnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset.* Diese Stelle gehört zwar dem Lehrer Julian's, Javolenus (L. 5. D. de manum. vind.) an, und so könnte man sagen, sie rede eben nur von der *possessio* und *usucapio pro herede* des praedo. Allein *possessio* und *usucapio pro herede* hieß doch auch der Besitz und die *usucapio* desjenigen, welcher sich zur Erbfolge berufen glaubte; und sogar vorzugsweise, da der Besitz des praedo im Gegensatz gegen jenen auch als *possessio pro possessore* bezeichnet wurde. Javolenus hätte sich also sehr verständlich ausgedrückt, wenn er doch nur den Praedo gemeint hätte. Auch haben die Justinianischen Compiler die Stelle nicht so verstanden; sie würden sonst dieselbe nicht aufgenommen haben.

¹⁴⁵ Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. V. S. 21. Anm. 29.

welcher bona fide pro herede usucapirt hat, doch dem Erben gegenüber sich nicht auf diese Usucapion berufen könne. Ich habe dafür folgende Argumente vorgebracht:

1) Es ist den Grundsätzen, welche der sogenannte Juventianische Senatsbeschuß über die Restitution bei der Erbschaftsklage aufstellte, durchaus angemessen, daß der Usucapient pro herede die usucapirten Sachen dem Erben nicht vorenthalten könne; ja es müßte dem römischen Rechte der Vorwurf einer sehr merkwürdigen Inconsequenz gemacht werden, wenn jener Satz nicht anerkannt wäre. Dieses Argument ist auch von andern, namentlich von Fabricius in voller Stärke geltend gemacht worden¹⁴⁶. Dagegen ist von Fritsch erinnert worden: der Senatsbeschuß spreche nur von dem, was der Besizer für verkaufte Erbschaftssachen erlöst habe, und passe daher nicht auf die Sachen, welche er erst verkaufte, nachdem er sie usucapirt hatte. Es komme nun freilich nicht darauf an, ob er die verkauften Sachen in der Zwischenzeit würde usucapirt haben oder nicht, und so entstehe eine Ungleichheit zwischen demjenigen, welcher die Erbschaftssachen behalte und selbst usucapire, und demjenigen, welcher dieselben vor Vollendung der Usucapion verkaufe und durch den Käufer oder dessen Successor usucapiren lasse. Diese Ungleichheit komme aber lediglich daher, daß der Erbe gegen den letzteren eine bloße Geldforderung habe, welche er durch Usucapion von Seiten seines Gegners nicht verlieren könne. Und wenn hin und wieder gesagt werde, daß der Besizer jeden Gewinn herausgeben müsse, so beziehe sich dieß nur auf Einnahmen, welche er von den Erbschaftssachen bezogen habe, und welche die juristischen Classiker wie einen Kaufpreis behandeln zu müssen geglaubt haben.

Allein lassen wir auch vorerst diese Beschränkung gelten, so ist doch die Inconsequenz in diesen Bestimmungen so auffallend, daß man sich nicht wohl dabei beruhigen kann. Man denke nur: Wer bona fide die Erbschaftssachen in Besitz nahm, dieselben auch bona fide veräußerte,

¹⁴⁶ Rhein. Mus. IV. S. 201. 202. vgl. mit II. S. 134. 135. Daher sind auch schon Mehrere auf die Vermuthung gekommen, daß der bei Gaius erwähnte Senatsbeschuß kein anderer als der sogenannte Juventianische sei. Rudorff in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VI. S. 422. Anm. 2. Fabricius a. a. D. S. 199. Unterholzner a. a. D. S. 27. Anm. 2. und Verjährungslehre I S. 326. Vgl. meine Abh. a. a. D. S. 134. Anm. 14. (oben Bb. I. S. 131 flg.) Dagegen bin ich darauf aufmerksam gemacht worden, daß das Sctum in L. 20. §. 6. D. de her. pet. von bonis, welche dem Fiscus (oder dem Aerar) zugefallen, rebe; gegen den Fiscus aber usucapio pro herede nicht zulässig gewesen sei. L. 9. 18. D. de usucap. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14. L. 10. D. de div. temp. 44. 3. Allein diesen Stellen widerspricht es nicht, daß Sachen pro herede usucapirt werden konnten, bevor die bona vacantia geworden waren (a. t. e. diem, quo certum esse coepit neque heredem neque honorum possessorem extare, L. 1. §. 2. cit. vgl. L. 10. §. 1. cit.) und es mögen nicht selten bona deshalb vacantia geworden sein, weil den berufenen Erben das Beste durch usucapio pro herede vorweggenommen war.

so daß nun der Käufer sie usucapirte, der sollte nichts desto weniger den erhaltenen Kaufpreis herausgeben; wer aber Anfangs bona fide die Sachen besitzend, nachher erkennend, daß er nicht Erbe sei, kluger Weise die Sachen nicht verkaufte, bevor er usucapirt hatte, der sollte als Usucapient die Sachen selbst, und wenn er sie später veräußerte, deren Kaufpreis behalten dürfen, obgleich er, wenn er früher veräußert hätte, nicht nur den erhaltenen Kaufpreis, sondern auch den wahren oder gar den durch iuramentum in litem bestimmten Werth der Sachen hätte restituiren müssen ¹⁴⁷.

Es scheint mir aber auch die von dem erwähnten Verf. angenommene beschränkende Erklärung des fraglichen Senatsbeschlusses nicht richtig zu sein. Man könnte zwar die eine Bestimmung desselben:

Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperuissent deminutaeve fuissent, restituere debere:

so auslegen, daß sie auf die erst nach der Usucapion veräußerten Sachen keine Anwendung leide, weil diese nicht mehr ex hereditate veräußert wären; denn quod usucaptum est, de hereditate exiit ¹⁴⁸. In dem folgenden Satze aber

Item eos, qui bona invaissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent; eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent,

ist eine specielle Beziehung auf empfangene Kaufpreise veräußertter Sachen keineswegs enthalten, sondern überhaupt ausgesprochen, daß der bonae fidei possessor, wenn er auch die Erbschaftsachen selbst nicht mehr besitze, doch jede Bereicherung, welche ihm dadurch zu Theil geworden, erstatten solle. Diese Bestimmung ist denn auch von den römischen Juristen im umfassendsten Sinne interpretirt worden, wie aus L. 23. L. 25. pr. §. 1. §. 11—17. L. 27. §. 1. — L. 31. L. 36. §. 4. L. 40. §. 1. L. 52. 55. D. h. t. zur Genüge hervorgeht. Es findet sich in diesen Stellen keine Spur, daß die Juristen die lucra, von deren Restitution dort die Rede ist, als einen Kaufpreis behandeln zu müssen glaubten, und es war dieß auch durchaus nicht nöthig, da der Senatsbeschuß überhaupt auf jede Bereicherung Rücksicht nimmt. Vielmehr

¹⁴⁷ L. 20. §. 11. 12. 21. L. 25. §. 5—8. D. de her. pet.

¹⁴⁸ L. 21. D. h. t.

wird in L. 23. die erste Bestimmung über die Restitution der empfangenen pretia beschränkt und beziehungsweise erweitert mit Rücksicht auf die letzte, wornach es nur darauf ankommt, ob der Besitzer in totum locupletior factus est. Und verschiedene Einkünfte, welche restituirt werden müssen, werden nicht mit dem Kaufpreise, sondern mit Früchten verglichen (L. 27. 29. cit.); in Ansehung der Restitution der Früchte aber wird ebenfalls auf das locupletiores factum esse Rücksicht genommen¹⁴⁹. So ist es also auch nicht gegründet, den allgemeinen Aussprüchen in L. 55. und L. 28. cit.: *lucrum ex eo, quod propter hereditatem accipit, facere non debet, und: omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est*, eine so beschränkte Deutung zu geben.

Nun stelle man sich den ganzen Zusammenhang dieser Bestimmungen vor Augen und prüfe, wie sich dazu die Behauptung, daß der Besitzer dennoch die (damals noch in einem, höchstens zwei Jahren) usucapirten Sachen nicht herauszugeben brauche, verhalte. Man nehme nur dieses: Was der bonae fidei possessor aus Veranlassung des Besitzes der Erbschaft sofort zum Eigenthum erworben hat, muß er nichts desto weniger herausgeben, so weit er dadurch bereichert ist, z. B. Sachen, welche er gegen Erbschaftsachen eingetauscht hat, oder welche ihm als Gegengeschenk für dasjenige, was er aus der Erbschaft verschenkt hatte, gegeben worden sind¹⁵⁰, oder welche er von den Schuldnern der Erbschaft¹⁵¹ oder von denjenigen, welche in Rücksicht der Erbschaft seine Schuldner geworden sind, sei es als eigentliche Zahlung, oder als datum in solutum, oder vergleichsweise, erhalten¹⁵², und selbst diejenigen Sachen, welche er selbst erst mit Rücksicht auf die Erbschaft angeschafft hat¹⁵³. Da der Besitzer an diesen Sachen sofort das Eigenthum erwirbt, so kann von Usucapion in Ansehung derselben nicht mehr die Rede sein; er muß sie also ohne Zeitbeschränkung restituiren, so lange er noch den Vortheil davon hat¹⁵⁴. Dagegen sollte er die Sachen, welche ursprünglich

¹⁴⁹ L. 40. §. 1. cit. *Praedo fructus suos non facit, sed auget hereditatem, ideoque eorum quoque fructus praestabit; in bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutione quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est.*

¹⁵⁰ L. 25. §. 11. D. h. t.

¹⁵¹ L. 25. §. 17. L. 31. §. 5. L. 16. §. 1. eodem.

¹⁵² L. 16. §. 4. 5. 7. L. 40. §. 2. L. 55. eodem.

¹⁵³ L. 20. pr. eodem.

¹⁵⁴ Dasselbe gilt auch von den Früchten, deren Eigenthum der bonae fidei possessor schon durch die Perception erwirbt. Ich halte dieß nämlich nach den neuern Untersuchungen von Bode und Unterholzner im Allgemeinen für ausgemacht, und finde insbesondere auch in Ansehung des Besitzers einer Erbschaft einige Unterstützung dieser Ansicht in L. 40. §. 2. h. t. Vgl. *Kritische Zeitschr. für Rechtsw.* II. S. 190—212.

zur Erbschaft gehörten, behalten dürfen, weil er sie ein Jahr lang besessen hatte. Die Nebensachen sollte er restituiren; die Hauptsachen, die er noch wirklich im Besitze hat, und aus keinem andern Grunde, als weil er sich für den Erben hielt, im Besitze hat, sollte er als gute Beute davon tragen¹⁵⁵. In allen obigen Beziehungen ist die Verbindlichkeit des malae fidei possessor, von dem Augenblicke an, da er in malam fidem kam, noch strenger; auch er jedoch würde nach römischem Recht, wenn er nur bei der Besitzerverbung in bona fide war, die Hauptsachen gewinnen, sobald er die Usucapion vollendet hätte, weil fortdauernde bona fides nach römischem Recht bei der Usucapion überall nicht erforderlich war. Ich muß gestehen, ich kann mich in diese Inconsequenzen nicht finden; ich kann vollends das nicht glauben, daß man, wo solche Inconsequenzen durch eine allgemeine Fassung des Gesetzes so leicht zu vermeiden waren, dennoch ausdrücklich nur die usucapio pro herede das Prædo in ihrer Wirksamkeit beschränkt habe. Dieses hätte aber das Gesetz ausdrücklich aussprechen müssen; denn hätte es von der usucapio pro herede schlechtweg gesprochen, so würde es auch auf die Usucapion desjenigen, welcher bona fide zu besitzen angefangen, sich bezogen haben. Hingegen wie klar und consequent ist Alles, wenn man annimmt, daß jede usucapio pro herede dem wahren Erben gegenüber in so fern unwirksam geworden sei, daß sie den Usucapienten nicht von der Restitution der Sache befreite, sofern dieselbe sonst von ihm gefordert werden könnte. Es findet sich z. B. ein dem Anscheine nach gültiges Testament vor; der eingesetzte Erbe setzt sich in den Besitz der Erbschaft. Nach einiger Zeit entdeckt man ein späteres Testament, worin ein anderer Erbe eingesetzt ist. Jener bleibt einstweilen noch im Besitze, es sei nun, daß er jenen Umstand erfahren habe und wissentlich den unbefugten Besitz behauptete oder nicht. Er muß in jedem Falle wenigstens die erlangte Bereicherung herausgeben. Oder es setzt sich ein Verwandter als vermeintlicher nächster Intestaterbe in den Besitz der Erbschaftsachen; hernach tritt ein näherer Erbe auf. Es ist billig, daß jener, so lange er irrte, nur seine Bereicherung und diese ganz herausgebe; aber wie unbillig, wenn er nach kurzer Usucapionszeit die Sachen dem wahren Erben vorenthalten könnte, selbst dann, wenn er wohlfundig des bessern Erbrechts seines Gegners den einmal angefangenen Besitz bis zur Vollendung der Usucapion festhielt. Und wie häufig mußten solche

¹⁵⁵ Daß man auch dieß als *lucrum* ansah, und zwar in einem prägnanteren Sinne, als in welchem für jeden *bonae fidei possessor* die Usucapion ein *lucrum* ist, geht hervor aus L. 71. §. 1. D. de furtis. (Ann. 144.) vgl. mit L. 12. §. 1. L. 52. §. 10. L. 74. D. de furtis. 47. 2.

Fälle nach dem Recht der classischen Juristen vorkommen, und wie kurz war die Usucapionszeit, nach deren Ablauf die Erbschaft so vermindert worden wäre!

2) Ein zweites Argument für meine Ansicht gewährte mir L. 1. D. quorum bonorum, in den Worten: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, — id illi restituas.

Ich hatte die Erklärung Savigny's, welche zu den Worten possideresve si nihil usucaptum esset, nur das pro possessore wiederholt¹⁵⁶, angefochten und behauptet, es müsse erklärt werden quod pro herede aut pro possessore possides, possideresve (sc. pro herede aut pro possessore), si nihil usucaptum esset. Dagegen ist erinnert worden, diese Erklärung stehe in Widerspruch mit der Pandektenstelle, welche sagt, was man ex iusta causa in Besitz genommen, das besitze man auch nach erfolgter Usucapion immer noch auf denselben Titel¹⁵⁷; denn darnach werde auch die pro herede usucapirte Sache noch pro herede besessen, es könne also nur auf die iniusta causa pro possessore das possideresve bezogen werden. Allein abgesehen von solchem besonderen Grunde einer andern Erklärung ist die meinige ohne Zweifel der Fassung der Stelle angemessener und ungezwungener, sowohl wegen der Wortverbindung überhaupt als auch insbesondere wegen der Allgemeinheit des Ausdrucks si nihil usucaptum esset. Nun war jene Meinung von der Fortdauer der ursprünglichen causa possessionis nach der Usucapion keineswegs allgemein anerkannt¹⁵⁸. Es ist also gewiß unwahrscheinlich, daß der Prätor gerade diese Meinung einiger Juristen zur richtigen Auslegung, auf welche so vieles ankam, wesentlich vorausgesetzt habe. Es ist aber noch insbesondere in Ansehung des Titels pro herede unwahrscheinlich, daß es gewöhnlich gewesen sei, auch nach Vollendung der Usucapion noch den Besitz als possessio pro herede zu betrachten und regelmäßig so zu nennen: theils weil man auch den Besitz des Prädo possessio pro herede zu nennen pflegte; theils weil man gewiß schon vor Hadrian die Regel aufstellte: eum teneri hereditatis petitione, qui pro herede vel pro possessore possidet, diese aber doch auf den Usucapienten nicht

¹⁵⁶ Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. V. S. 23. Anm. 30.

¹⁵⁷ L. 1. §. 1. D. pro suo. 41. S. L. 3. §. 4. D. de poss.

¹⁵⁸ L. 1. §. 1. cit.: sed an desinam ex causa emtionis (possidere) post usucapionem, dubitatur. et Mauricianus dicitur existimasse non desinere. (Maurician war jünger als Hadrian und Julian. Noch später war Marcan, wenn man etwa so mit der Vulg. lesen will; aber von diesem hätte wohl Ulpian nicht gesagt: dicitur existimasse. Vgl. Zimmern's Rechtsgefch. §. 94. 101. — L. 3. §. 4. cit. Ex pluribus causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant, et eum, qui usuceperit, et pro emtore et pro suo possidere.

anwandte; theils endlich, weil es auch an sich in der That nicht passend scheint, von demjenigen, der sich jetzt und vielleicht schon vor vollendeter Usucapion weder mehr für den Erben hält noch als solcher gerirt, zu sagen, er besitze die usucapirte Erbschafts Sache noch pro herede, während man dagegen den Käufer einer Sache sehr wohl für alle Zukunft als possessor ex causa emtionis bezeichnen mag. Aber wenn man auch annimmt, was ich eben als unwahrscheinlich bestreite, so muß man in der Auslegung von L. 1. D. quor. bon. dennoch zu demselben Resultate kommen. Denn es soll darin gesagt sein: quod de his bonis 1. pro herede possides, 2. pro possessore possides, 3. pro possessore possideres, si nihil usucaptum esset, id illi restituas. Zu 1. gehört nun nach jener Meinung nicht nur was man bona fide als vermeintlicher Erbe in Besitz genommen und noch als fremdes Eigenthum im Besitze hat, sondern auch was man pro herede usucapirt hat, weil man auch dieses jetzt noch pro herede besitzt: man möchte denn auch hier noch entgegensetzen wollen, daß Usucapirte sei nicht de his bonis¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Interessant ist es zu vergleichen, wie man die L. 1. cit. zu erklären versucht hat, ehe die Institutionen des Gaius der Wissenschaft wieder gewonnen waren. Die Stoffe bezieht den Satz possideresve, si nihil usucaptum esset, auf die Usucapion eines Dritten, welchem der Erbschaftsbesitzer veräußert habe, und bringt ihn mit dem folgenden, quod quidem (Vulg. quodque) dolo malo fecisti ut desineres possidere, in Verbindung. Donellus (ad tit. Cod. quor. bon.) umschreibt jene Worte des Edicts ganz richtig auf diese Weise: quod de his bonis pro herede vel pro possessore possides, item et hoc quod pro herede prove possessore non possides, possideres tamen alterutro titulo, si a te usucaptum non esset: nimmt aber deshalb nicht an, daß die so usucapirten Sachen (über den titulus pro possessore erklärt er sich nicht näher) unwiderruflich restituirt werden mußten, sondern erklärt jene Bestimmung dadurch, daß man nur in diesem präparatorischen Iudicium die Einrede der Usucapion, als welche eine weitläufigere Untersuchung veranlassen könnte, nicht zulässig gefunden habe. Mit Recht sagt aber dagegen Rogge in seiner diss. inaug. proponens interpret. L. 1. D. quor. bon., Regiomonti 1817. S. 23. Cui opinioni ut omnia obloquantur, ita haec res praesertim, quod nihil praetor dicit de tali usucapionis incertitudine sed diserte iubere videtur etiam res usucaptas restitui, ergo et utraque parte eas esse usucaptas quamvis consentiente. Dieser Schriftsteller selbst macht folgenden Erklärungsversuch: Es sei kein Zweifel, daß die usucapirten Sachen von der Restitution ausgeschlossen seien. Allein da das Interdict sich auf das ganze Vermögen beziehe, so habe das Bedenken entstehen können, ob derjenige, welcher die dazu gehörigen Sachen zum Theil usucapirt habe, zum Theil noch nicht, überall noch mit dem Interdict belangt werden könne, weil er entgegen könnte, daß er nicht mehr die Universalitas, sondern nur einzelne Sachen noch pro herede besitze. Tali exceptioni, sagt er, ut occurratur, praetor adiecisse videtur, etiam eam horum bonorum universitatem seu partem quotam, quam possideres totam pro herede si nihil usucaptum ex his rebus esset, restituas, singulis rebus scilicet usucaptis retinendis. Für diese Erklärung spreche auch der Ausdruck si nihil usucaptum esset. Aber: una tamen relinquitur difficultas, quam non video quomodo componere possim, si verbis me adstrictum teneam: verbo enim possideresve aperte ex praecedenti nihil aliud suppleri potest, quam pro herede vel possessore; cui id repugnat, quod pro possessore possidens nihil valeat usucapere. Suspecto igitur praetorem verba incuriosius composuisse et tantum pro herede possidentem spectasse. Diese Schwierigkeit ist nun durch Gaius, von dem das Bruchstück de interdictis damals schon bekannt geworden war (diss. cit. pag. 5.), ganz beseitigt, so zwar, daß man nun gerade umgekehrt geglaubt hat, daß possideresve nur auf den pro possessore possidens beziehen zu müssen. Es ist aber dadurch zugleich auch die Unhaltbarkeit der obigen Erklärung, welcher ohnehin schon der sachliche und sprachliche Zusammenhang entgegenstand, vollends klar geworden.

So hatte der Prätor nach unserer Auslegung jedenfalls, unbekümmert um die verschiedenen Meinungen der Juristen, verständlich und unzweideutig ausgesprochen, was er wollte, während dieß nach der andern Auslegung nur durch subtile Unterscheidung und künstliche Zerlegung der Rede herausgefunden, und außerdem auch noch folgende Sonderbarkeit sich daraus ergeben würde.

Das *interdictum quorum bonorum* mußte dem *bonorum possessor cum re* auch gegen den ihm nachstehenden Civilerben helfen, z. B. dem emancipirten Sohne gegen den nächsten Agnaten, dessen *hereditas* in der Collision mit jenem *sine re* war. Es muß also unter dem *quod pro herede possides* auch dasjenige verstanden werden, was der wahre Heres als solcher in Besitz genommen hat. Dieser konnte aber, da er nach Civilrecht Eigenthümer war, nicht erst durch die civilrechtliche *Usucapion* noch Eigenthum erwerben. Wenn er also auch nicht wußte, daß ihm ein anderer als *bonorum possessor* vorgehe und nun die in Besitz genommenen Sachen über die *Usucapionszeit* hinaus befeßen hatte, so mußte er dieselben nichtsdestoweniger an den *bonorum possessor* herausgeben, weil bei ihm keine *Usucapion* eine Aenderung in Ansehung der Restitutionspflicht bewirken konnte. Dagegen sollte derjenige, welcher sich nur für den Erben hielt, wirklich aber weder nach Civilrecht noch nach prätorischem Recht der nächste Erbe war, durch den Ablauf der *Usucapionszeit* den Vortheil gewinnen, daß er die Erbschaftsachen behalten konnte?

Nach Allem diesem ist auch der Umstand gewiß nicht unbedeutend, daß nach unserer Erklärung die ganze L. 1. cit. auch in der Justinianischen *Compilation* noch praktisch ist, während nach der andern Auslegung angenommen werden muß, daß die *Compiler* unbedachtsam auch das unpraktisch gewordene beibehalten haben. Es ist zwar auch noch bemerkt worden, L. 1. cit. beziehe sich nur auf das *interdictum quorum bonorum*, und dieses könne denkbarer Weise auf Gegenstände gerichtet sein, auf welche die *hereditatis petitio* nicht gehe. Allein diese Bemerkung scheint mir von geringem Gewichte. Denn da die jetzige Fassung des *Edicts* gewiß erst mit Rücksicht auf den Hadrianischen *Senatsbeschluß* beliebt worden ist, so ist es gegen alle Wahrscheinlichkeit, daß dasselbe eine solche Verschiedenheit zwischen den beiden Rechtsmitteln des Erben statuirte habe.

3) Ein vorzüglich wichtiges Argument für die Richtigkeit meiner Ansicht schießen mir L. 7. *Cod. de petitione hereditatis* und L. 4. *Cod. quibus casibus cessat longi temporis praeser.* zu geben¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Vgl. L. 8. *Cod. de iure deliberandi*. 6. 30. und damit L. 2. *Cod. pro herede*. 7. 29.

Diese Stellen sprechen zwar zunächst nur von dem Verhältniß der longi temporis praescriptio zur hereditatis petitio; ich hatte aber dieselben deshalb auch für die Entscheidung unserer Frage über die usucapio pro herede bedeutend gehalten, weil die longi temporis praescriptio in so vielen Stücken der Analogie der Usucapion folgt und vollends im Justinianischen Rechte diese Institute dergestalt mit einander verschmolzen sind, daß man notwendig Anstoß daran nehmen muß, eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden in dem in Frage stehenden Punkte zu statuiren.

Daß nun die beiden Rescripte wirklich den Satz enthalten, daß der Erbscheiner der Erbschaft ungeachtet seiner longi temporis possessio auch die körperlichen Erbschaftsgegenstände herausgeben müsse; daß dagegen die von Tribonianus versuchte Erklärung derselben unrichtig sei, glaube ich früher genügend gezeigt zu haben¹⁶¹, und wird auch von Fritz zugegeben¹⁶². Beide Stellen setzen die Besitzer einzelner Erbschaftsgegenstände einander entgegen, je nachdem sie pro herede oder pro possessore, oder aus einem bestimmten Rechtsgrunde besitzen, und sagen deutlich, daß zwar diese gegen die res vindicatio sich auf usucapio und longa possessio berufen, nicht aber jene der vindicatio successione oder der hereditatis petitio die longi temporis praescriptio entgegensetzen können; und eben wegen dieses Satzes für die hereditatis petitio haben beide Stellen im Justinianischen Rechte ihren Platz gefunden.

Dagegen aber hat der letztgenannte Schriftsteller bemerkt, die longi temporis praescriptio sei ursprünglich nur eine Klagenverjährung, welche in allerdings bei der universitatis actio nicht zugelassen habe; daraus aber könne man nicht mit Grunde folgern, daß eine ganz andere Art von Verjährung, die Usucapion, welche sich nur auf einzelne von den mit der Erbschaftsklage einzufordernden Sachen beziehe, demjenigen gegenüber, der diese Klage anstellt, unwirksam sei. Nun ist es zwar richtig, daß die longi temporis praescriptio zunächst nur eine Verjährung der Klage wirkte, sich gründend darauf, daß man eine Sache bona fide erworben und per longum tempus besessen habe. Und richtig ist es auch, daß sie der hereditatis petitio schon deshalb nicht entgegenstand, weil die hereditas, nicht eine einzelne Sache als solche, Gegenstand dieser Klage ist, eine possessio hereditatis aber in dem Sinne und mit der Wirkung, daß sie longi temporis praescriptio gegen diese Klage erzeugen könnte, nicht stattfindet. Allein es ist auch nicht zu

¹⁶¹ Rhein. Mus. II. S. 137—147. (oben Bd. I. S. 135 ff.)

¹⁶² Erläuterungen S. 332, 333.

verkennen, daß die longi temporis praescriptio in verschiedenen Beziehungen als Ergänzung des Instituts der Usucapion dienen sollte; es ist bekannt, daß sie in Rücksicht ihrer Erfordernisse mit der Usucapion große Ähnlichkeit hatte¹⁶³, und nach L. 8. pr. Cod. de praescript. 36 vel 40 annor. muß angenommen werden, daß sie auch in Ansehung ihrer Wirkung der Usucapion in sofern sehr nahe stand, als sie eine indirecte Eigenthümerwerbung bewirkte¹⁶⁴, dergestalt daß der Besitzer nicht nur, so lange er im Besitze blieb, eine Einrede gegen die Klage des Eigenthümers, sondern auch nach verlorenem Besitze auf den Grund der Verjährung eine wirksame Klage hatte, sei es nun, daß ihm eine eigene utilis in rem actio eingeräumt war, oder, was ich für wahrscheinlicher halte, daß er die seiner Publiciana actio entgegenstehenden Einreden des Eigenthums oder gleich-guten Besitzes durch replicatio longi temporis ausschließen konnte. Es wäre hiernach zu erwarten, daß der titulus pro herede, soweit er zur Begründung einer wirksamen Usucapion geeignet war, auch die longi temporis praescriptio habe erzeugen können; daß daher auch die hereditatis petitio, insofern sie die einzelnen körperlichen Sachen der Erbschaft ergreifen sollte, einer Beschränkung durch die longi temporis praescriptio in eben dem Umfange unterworfen gewesen sein würde, in welchem durch usucapio pro herede die Masse des zu restituirenden Vermögens geschmälert werden konnte. Wenn dagegen die usucapio pro herede dem Erben gegenüber unwirksam war, so daß die usucapirten Sachen dem Erben nichts desto weniger restituirt werden mußten, so war es ganz entsprechend, daß die praescriptio gar nicht zugelassen wurde. Diese sollte nur indirecte das erreichen, was durch die Usucapion dem früheren Eigenthümer gegenüber regelmäßig und directe bewirkt wurde, daß der Besitzer die Sache wie sein Eigenthum behalten konnte; wo aber dieser Erfolg bei der Usucapion selbst nicht stattfand oder wieder aufgehoben wurde, da mußte die Präscriptio natürlich ganz wegfallen. Tritt man dieser Ansicht nicht bei, so entsteht noch eine neue Schwierigkeit, wenn gefragt wird, was denn im Justinianischen Rechte als praktisch giltig anzunehmen sei? ob nun in Ansehung aller usucapionsfähigen Sachen eine vollkommen wirksame usucapio pro herede stattfinde, oder dasjenige noch anwendbar sei, was über das Verhältniß der longi temporis praescriptio zur hereditatis petitio früher angenommen war. Stimmt man der Meinung bei,

¹⁶³ L. 5. pr. L. 11. D. de div. temp. 44. 3.

¹⁶⁴ Dieß wird jetzt auch angenommen von Fröh in Wenig-Jungenheims Lehrb. 5. Aufl. §. 130. Vgl. Mühlensbruch, Lehrb. des Pandektenrechts. §. 261. not. 9.

daß für die ordentliche Eigenthumsersitzung des Justinianischen Rechts im Zweifel überall das Recht der alten Usucapion zu befolgen sei, so muß man behaupten, daß auch die beiden Rescripte, von denen wir reden, unpraktische Sätze enthalten und in dem Codex nicht mehr hätten aufgenommen werden sollen. Nimmt man hingegen die Ansicht an, welche in neuester Zeit wieder von Mehreren vertheidigt worden ist¹⁶⁵, daß nach L. unica Cod. de usucap. transformanda bei unbeweglichen Sachen das Recht der longi temporis praescriptio, bei beweglichen Sachen das Recht der usucapio gelte, so weit nicht beide gleichgestellt worden sind, so kommt man zu dem unbefriedigenden Resultate, daß der Erbschaftsbesitzer die in drei Jahren usucapirten beweglichen Sachen der Erbschaft behalten könne, die unbeweglichen Sachen der Erbschaft aber ungeachtet seiner zehn- oder zwanzigjährigen Possessio immer noch herausgeben müsse, wenn der Erbe klagend gegen ihn auftrete¹⁶⁶.

Und in der That, von je größerer praktischer Bedeutung noch die Verschiedenheiten zwischen der Usucapio und longi temporis praescriptio (in ihrer Richtung gegen den bisherigen Eigenthümer) waren, um so weniger kann eine gewissenhafte Interpretation die Ansicht zulassen, daß durch L. unica Cod. de usucap. transform. die Grundsätze der einen oder andern Art der Ersitzung als allgemein gültige für jede ordentliche Ersitzung des Justinianischen Rechts anerkannt seien. Der longi temporis possessio war schon durch L. 8. Cod. de praescr. 30 vel 40 annorum (7. 39.) die Wirkung einer wahren Eigenthumswerbung beigelegt; es war schon dadurch diese Art der Verjährung eine wahre Usucapio geworden, obgleich sie nicht so genannt wird, und sonst auch noch alle Regeln der longi temporis praescriptio beibehalten wurden¹⁶⁷. In dieser Gestalt kam nun die longi temporis praescriptio bei unbeweglichen Sachen in dem damaligen oströmischen Reiche regelmäßig allein zur Anwendung, und sie galt überall, so weit sie bei italischen Grundstücken neben der Usucapion noch von Bedeutung sein konnte¹⁶⁸. Es

¹⁶⁵ Wening-Jungenheim, Lehrbuch, vierte Ausg. §. 130. (I. §. 40.) Hameaux die Usucapio und longi temporis Praescriptio. Giessen 1835. §. 40 fg. und darnach jetzt auch Fritj in seiner Ausg. von Wening-Jungenheim's Lehrb. a. a. O. Vgl. Galvanus de usufr. cap. XI, welcher als älterer Vertheidiger derselben Ansicht bekannt ist. Ueber Hameaux's Schrift vgl. man die in entgegengesetztem Sinne sich äuffernden Recensionen in der Jen. Litt. Ztg. 1836. Nr. 93. und Ergzbl. Nr. 81. 82.

¹⁶⁶ So behauptet wirklich Fritj in der fünften Ausgabe von Wening's Lehrb. §. 132. (I. §. 45.).

¹⁶⁷ Si quis . . . rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos . . . adquisierit, . . . posse eum etiam actionem ad vindicandam eam rem habere sancimus.

¹⁶⁸ Dieß spricht Justinian selbst aus im Eingange der const. de usucap. transf.: Cum . . . communes exceptiones in omni loco valeant, decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae aliae sunt maioris aevi continentes prolixitatem. satis inutile est etc.

war auch diese Ersetzung einer wesentlichen Veränderung nicht bedürftig. Dagegen fand Justinian die Usucapionszeit für die Grundstücke italischen Rechtes mit Recht zu kurz¹⁶⁹. Dieß wollte er vor Allem ändern, und bestimmte daher, daß nunmehr auch für diese, eben so wie für die Provincialgrundstücke, nur die zehn-, zwanzig- und dreißigjährige Verjährung gelten sollte¹⁷⁰. Daß nun alle unbeweglichen Sachen, und so auch die Provincialgrundstücke, bei welchen bisher nur *longo tempore capio* galt, nicht mehr den Regeln dieser, sondern denen der Usucapion, so weit beide von einander abwichen, abgesehen von der Verlängerung der Verjährungszeit, unterworfen sein sollten, sagt Justinian nicht im Geringsten¹⁷¹ — mit weit besserem Recht läßt sich seinen Worten nach das Entgegengesetzte behaupten; — und es ist auch in der Sache selbst durchaus unwahrscheinlich, daß Justinian, falls noch praktisch so bedeutende Verschiedenheiten zwischen beiden Verjährungsarten bestanden, gerade das, was in der Praxis seiner Zeit die Ausnahme bildete, das Recht der italischen Grundstücke, zur Regel für alle Grundstücke habe erheben wollen. Man müßte denn nachweisen, daß er dieß auf die bestimmteste Weise ausgesprochen habe. Nehmen wir z. B. an, es sei der bei Provincialgrundstücken bisher allein anwendbaren *longi temporis praescriptio* eigentümlich gewesen, daß sie den *pro herede* erworbenen Besitz der Erbschaftsachen gegen die *hereditatis petitio* nicht zu schützen vermochte, während die bei italischen Grundstücken anwendbare Usucapion *pro herede* gegen die Ansprüche des Erben in Ansehung dieser Sachen vollkommen sicher stellte. Sollte man sich durch *L. un. Cod. de usucap. transform. berechtigt* halten können, jenes als aufgehoben zu betrachten,

¹⁶⁹ *Si quis . . . possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, etc.*

¹⁷⁰ *Ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant, huius modi angustiis penitus semotis.*

¹⁷¹ Die Worte »*satis inutile est usucapionem in Italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere*«, deuten nicht an, daß Justinian nun auch in provincialibus soli rebus die bisher recludirte Usucapion zulassen wolle. Der Gehabengang der Constitution ist dieser: die *longi temporis praescriptio* gilt überall im R. Reiche; es ist nun unpraktisch bei italischen Grundstücken noch die alte Usucapion, die doch bei Provincialgrundstücken ausgeschlossen wird, zuzulassen und so einen Unterschied zwischen beiden zu statuiren. Die Usucapion der italischen Grundstücke ist aber auch an sich verwerflich wegen zu großer Kürze der Usucapionszeit; es ist also das Beste, auch bei ihnen nur die zehn- und zwanzigjährige Verjährung zu gestatten u. s. w. So bleibt also nur der Ausbruch *transformanda usucapio* übrig, um die Behauptung zu unterstützen, daß die jetzige Ersetzung unbeweglicher Sachen den Grundsätzen der alten Usucapio folge. Dessen konnte sich aber Justinian wohl bedienen, weil ja auch die Ersetzung der Provincialgrundstücke in der That schon eine Usucapio geworden war; und in jedem Falle kommt nur heraus, daß diese Umgestaltung der Usucapion bei italischen Grundstücken vorgenommen, in Ansehung der andern nichts geändert worden ist. Aus dem Wesen der Usucapion oder *longo tempore capio* als einer Eigenthumsverwerbung aber läßt sich zur Entscheidung unserer Frage nichts entnehmen, weil dadurch nur ausgeschlossen wird, was damit unverträglich ist, wozu das nicht gehören kann, was bei der *longo tempore capio* nach *L. 8. Cod. de praescr. 30. ann.* noch bestand.

obgleich die Constitution nur verfügt, daß hinfort bei allen, auch den italischen Grundstücken, nur die *communes exceptiones* oder *decem vel viginti vel triginta annorum exceptionum tempora* stattfinden sollten, und dabei noch in demselben Coder die Stellen (L. 4. und L. 7. Cod. II. cc.), welche jenen Satz so deutlich aussprechen, aufgenommen waren? Wenn dagegen jene Verschiedenheit, wie nach unserer Ansicht der Fall war, in der That nicht bestand, wenigstens im materiellen Erfolge keinen Unterschied machte, so erklärt es sich leicht, daß Justinian darüber hinweggegangen ist, wenn gleich zweifelsohne seine Absicht war, die bisherigen Verschiedenheiten zwischen *usucapio* und *longi temporis praescriptio* in Beziehung auf Eigenthumserfügung aufzuheben, und er vielleicht auch glaubte, alle aufgehoben zu haben¹⁷². Man nahm ja zu Justinian's Zeit keinen Anstand, auch die Berufung auf *Usucapion* gegen den frühern Eigenthümer als *exceptio* zu bezeichnen¹⁷³, und so auch, nachdem die zehn- und zwanzigjährige Verjährung eine wahre Eigenthumserwerbungs-, *longa possessione capio*, geworden war, die Ausdrücke, *longi temporis praescriptio*, *temporalis exceptio* u. dgl. als regelmäßige Bezeichnungen dieser Art der Verjährung beizubehalten. In so fern sich nach vollendeter Verjährung der Besitzer nur im Besitze schützen wollte gegen den früheren Eigenthümer und Pfandgläubiger, wurde die Verjährung in Form einer Einrede als *temporalis praescriptio* oder *exceptio* vorgeschützt, obgleich diese in Beziehung zur Klage des bisherigen Eigenthümers nicht mehr eine wahre *Exceptio* war, weil dessen Eigenthumsklage nun *ipso iure* ungegründet war. In allen andern Beziehungen, und namentlich sofern der Verjährungsbesitzer sein Recht klagend zu verfolgen hatte, trat die Erfügung entscheidend in ihrer Eigenschaft als Eigenthumserwerb hervor. Im Verhältniß zum Kläger kam es nun nach dem Sprachgebrauche dieser Zeit nur darauf an, ob jene sogenannte Einrede der Verjährung gegen die Klage zulässig war. Gegen die *hereditatis petitio* aber war weder die Einrede der *Usucapion* noch die der *longi temporis possessio* zulässig, d. h. es konnte sich der Besitzer weder auf die eine noch auf die andere berufen, um sich von der Restitution der Erbschaftsachen, beweglicher oder unbeweglicher, zu befreien. Dieß ist meine Meinung von der Sache.

Nach der ganzen bisherigen Ausführung mag endlich auch der Umstand noch zur Bestärkung unserer Ansicht in die Waagschale gelegt werden,

¹⁷² Auch die sonst noch stattfindenden Unterschiede reduciren sich, wie der Rec. in der Zen. Litt. Stg. Nr. 93. bemerkt, in ihrer praktischen Bedeutung auf ein Minimum.

¹⁷³ L. 30. Cod. de iure dotium. 5. 12.

daß das Justinianische Recht fast gar keine positive Sätze über die usucapio pro herede enthält, die meisten Stellen nur Fälle anführen, in denen sie ausgeschlossen sei¹⁷⁴, und eine Stelle sogar allgemein voraussetzen scheint, daß sie nicht stattfindet¹⁷⁵.

Da nun auch die Stellen, durch welche Savigny bewogen wurde, eine vollkommen wirksame usucapio pro herede im späteren Rechte noch anzuerkennen, zu solcher Annahme keineswegs nöthigen¹⁷⁶, so wird man wohl den Beweis, den ich unternommen, für geführt erkennen.

Es ist aber wohl zu bemerken, daß die Ersetzung pro herede keineswegs ganz ausgeschlossen ist; denn sie wurde durch den Hadrianischen Senatsbeschluß nicht in jeder Rücksicht für wirkungslos erklärt, sondern sollte nur gegen die hereditatis petitio nicht schützen¹⁷⁷. Selbst Unterholzner, welcher hierauf besonders aufmerksam zu machen mit Recht für wichtig hält¹⁷⁸, beschränkt den Umfang ihrer Wirksamkeit im Justinianischen Rechte noch zu sehr, wenn er sagt: „ihre Wirksamkeit bleibt auf Fälle beschränkt, wo jemand, der sich für den Erben hält, es mit einem Gegner zu thun hat, der sich ebenfalls für den Erben hält, und noch überdies den Besitz für sich hat“. Der Usucapient kann vielmehr in Folge der vollendeten Usucapion, wenn er sich auch jetzt nicht mehr für den Erben hält, nicht nur gegen jenen, sondern auch gegen jeden Besitzer, außer dem wahren Erben, er mag pro herede oder pro possessore oder singulari titulo den Besitz erworben haben, die Eigenthumsklage

¹⁷⁴ L. 21. 29. D. de usucap. L. 6. D. pro emptore. L. 1. 2. §. 1. 2. D. pro herede. L. 2. 3. Cod. pro herede. — L. 33. §. 1. D. de usucap. spricht nur von Fällen, in welchen ohne Verletzung der Regel *ineminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse* der Besitz einer Sache in possessio pro herede verwanbelt werden kann. Nur L. 1. pr. und L. 4. D. pro herede sprechen positiv von der usucapio pro herede: *qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem eius, qui pro herede usucapit; und constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.*

¹⁷⁵ L. 1. Cod. pro herede: *Cum pro herede usucapio locum non habeat, intelligis neque matrem tuam, cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse.* Diese Stelle nur von der Usucapion des Prädo zu verstehen, ist kein Grund da, und schwerlich ist noch zur Zeit des Caracalla Jemand aufgetreten und hat dem Kaiser vorgegetragen, er habe Sachen aus einer fremden Erbschaft mala fide an sich genommen (also das crimen *explotatae hereditatis* begangen), er frage nun, ob er diese Sachen nicht usucapirt habe. Will man aber besondere Umstände voraussetzen, wegen deren im Falle des Rescript's die usucapio pro herede nicht statthaft gewesen sei, so müßte man annehmen, der Kaiser habe dieses sehr belehrende Rescript erlassen: „Da im vorliegenden Falle pro herede usucapio nicht stattfindet, so siehst du wohl ein, daß du im vorliegenden Falle nicht pro herede usucapiren kannst“. Näher liegt es, zumal im Justinianischen Rechte, die Stelle so zu erklären: „da pro herede usucapio (gegen die hereditatis petitio) überhaupt nicht statt hat, d. h. nicht wirksam ist, so siehst du wohl ein, daß du dich nicht darauf berufen kannst“. Vgl. Rhein. Mus. IV. S. 202. 203.

¹⁷⁶ L. 2. Cod. quorum bonorum. L. 3. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo. Vgl. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. V. S. 23. Anm. 30. und dagegen Rhein. Mus. II. S. 136. Anm. 18. (oben Bd. I. S. 132.) und IV. S. 203. 204.

¹⁷⁷ Vgl. Anm. 141. und Rhein. Mus. II. S. 132. (oben Bd. I. S. 129.) Vgl. Peucer, diss. cit. §. 21.

¹⁷⁸ Rhein. Mus. V. S. 28. 29.

anstellen. Er kann ferner das Eigenthum vollkommen wirksam auf einen Andern übertragen, und diesem steht alsdann rei vindicatio gegen jeden Dritten, selbst gegen den wahren Erben, zu. Denn der Grund, warum der Usucapient gegen den wahren Erben nicht mit Erfolg vindiciren kann, liegt nur darin, daß der Erbe sogar ihn, wenn er im Besitze wäre, mit der hereditatis petitio zur Herausgabe der pro herede usucapirten Sachen zwingen könnte; gegen den Singularsuccessor des Usucapienten aber kann der Erbe nicht hereditatis petitio anstellen, weil jener nicht pro herede oder possessore besißt, und noch weniger rei vindicatio, weil nicht mehr der Erbe, sondern vielmehr jener jetzt der Eigenthümer ist; es fällt also der Grund, warum die rei vindicatio des Usucapienten selbst gegen den Erben unwirksam sein muß, hier weg. Nur wenn Jemand die pro herede usucapirte Sache erworben hat, wohl wissend, daß dieselbe einem Andern als wahren Erben wieder erstattet werden müsse, so wird seiner Eigenthumslage von dem Erben doli exceptio entgegengesetzt werden können, so wie man in solchem Falle gegen den besißenden Erwerber als pro possessore possidens dem Erben auch hereditatis petitio würde einräumen müssen¹⁷⁹.

Alles dieses mußte zunächst nach dem Hadrianischen Senatsbeschlusse auch noch von der usucapio pro herede des Prædo gelten, da diese so wenig, wie die des bonae fidei possessor, ipso iure aufgehoben war; woraus hervorgeht, daß man nicht berechtigt ist, Stellen, welche der usucapio pro herede mit mala fides als eines noch praktischen Instituts erwähnen, deshalb für älter als den Hadrianischen Senatsbeschuß zu halten¹⁸⁰. Später aber ist die usucapio pro herede des

¹⁷⁹ Vgl. oben S. 342. Daß Jemand zugleich eine Sache als seine eigene (pro suo) besißt und doch in Ansehung der hereditatis petitio als pro possessore possidens gelten könne, habe ich schon früher bemerkt. Rhein. Mus. II. S. 136. Anm. 18. — Von großer praktischer Wichtigkeit war hiernach diese Usucapion auch in den angegebenen Beziehungen dennoch nicht mehr; denn gegen denjenigen, welcher bona fide vom bonae fidei possessor erworben hatte, war ohnehin in der Regel die vindicatio unwirksam, wenn nämlich der Erwerber gegen seinen Auctor den Negreß hatte. L. 25. §. 4. D. de her. pet.

¹⁸⁰ Savigny, Recht des Besißes, §. 7. c. — Hätte Julian die L. 33. §. 4. D. de usucap. und L. 2. D. pro herede, beide aus dessen lib. 44. Digest. entnommen, noch vor dem erwähnten Senatsbeschlusse geschrieben, so müßte man auch annehmen, daß dasjenige, was in L. 20. §. 4. L. 34. pr. L. 33. §. 4. D. de her. pet. aus Iuliani lib. 6. Dig., und wohl auch was in L. 34. §. 4. L. 35. 36. pr. ohne genaues Allegat aus Julian's Schriften angeführt wird, schon früher geschrieben sei: wodurch denn das oben S. 351 fg. Vorgetragene eine bedeutende Verstärkung erhalten würde. Diese Annahme scheint mir aber wegen L. 33. §. 4. cit. vgl. mit L. 20. §. ult. und L. 36. §. 3. unzulässig zu sein. (Vgl. auch L. 52. D. de rei vind. mit L. 23. §. 3. eodem.) Mit mehr Recht mag man L. 71. §. 4. und L. 83. D. de furtis von Sabolenus und Neratius für älter halten. Dagegen ist L. 29. D. de usucap. von Pomponius gewiß später geschrieben (L. 2. §. ult. D. de O. I.) obgleich auch darin noch die Möglichkeit der Usucapion mit mala fides vorausgesetzt wird. Vgl. Rhein. Mus. II. S. 129. 130. (oben Bb. I. S. 128 fg.)

Prädo, vielleicht in Folge des durch Marcus Aurelius eingeführten *crimen expilatae hereditatis*, wie so manches andere, in der Praxis verschwunden, so daß wir ohne den Bericht des Gaius nichts von ihr wissen würden, ohne daß sich genau bestimmen läßt, wann und wodurch sie denn völlig aufgehoben worden sei¹⁸¹. So war denn im Justinianischen Recht nur noch die *bona fide* erworbene *possessio pro herede*, die auch schlechtthin *possessio pro herede* genannt wurde, geeignet zur *Usucapion* zu führen, und heutzutage ist es auch diese nur dann, wenn der Besitzer während der ganzen Erßigungszeit in der Meinung, Erbe zu sein, beharrt. Und nur für diesen Fall ist nun die Frage, welche wir verhandelt haben, noch von Bedeutung, und können die Wirkungen der Erßigung, welche vorhin angegeben wurden, noch eintreten.

Man könnte hier aber noch fragen, wie es sich denn in Ansehung dieser Wirkungen verhalten habe, wo des Gegenstandes wegen *Usucapion* ausgeschlossen war, aber *longi temporis praescriptio* stattfand, da oben behauptet wurde, daß diese gegen die *hereditatis petitio* gar nicht zulässig gewesen sei. Ich glaube, daß auch hier im Wesentlichen dasselbe praktische Resultat erreicht wurde. Wenn nämlich der vermeintliche Erbe die Erbschafts Sache an einen andern *bona fide* Erwerbenden veräußerte, so trat *accessio possessionis* ein, weil sowohl der jetzige als der bisherige Besitzer *bona fide* und *iusto titulo* besaßen. Der Umstand, daß der Vorbesitzer selbst, der vermeintliche Erbe, durch Vollendung der Verjährungszeit doch nicht *longi temporis praescriptio* erworben haben würde, konnte die *accessio possessionis* nicht hindern. Denn jener konnte nur deshalb die *longi temporis praescriptio* gegen den Erben nicht erwerben, weil dieser *hereditatis petitio* gegen ihn anstellen konnte, dieser aber ihrer Natur nach die *longi temporis praescriptio* nicht entgegengesetzt werden konnte. Hätte ihn der Erbe mit der *Specialklage*, der *rei vindicatio*, belangen wollen oder belangen müssen, so würde er dagegen allerdings durch *longi temporis possessio* Schutz

¹⁸¹ Man könnte L. 4. §. 23. 24. D. de usucap. als Beweis anführen, daß noch zur Zeit des Paulus die fragliche *Usucapion* nicht ganz unpraktisch gewesen sei. Ceterum etiam si mala fide fundum me possidentem deieceris et vendideris, non poterit capi. . . . Idem dicendum est in eo, qui eum expulit, qui pro herede possidebat, quamvis sciat hereditarium esse. Aber die letzten Worte müßten wohl auf den, qui expulit, zu beziehen sein. Ein besseres Argument dafür gibt vielleicht die Ueberschrift des lib. 41. tit. 5. der Pandekten »pro herede vel pro possessore«, deren Richtigkeit durch die Handschriften verbürgt wird; denn diese läßt vermuthen, daß die *Compilatoren* noch in den Werken der spätern classischen Juristen, aus welchen sie das meiste entnahmen, dieselbe Rubrik gefunden haben. Doch sind gerade die Fragmente dieses Titels mit Ausnahme des letzten aus den Schriften des Julian und Pomponius, welche Zeitgenossen des Gaius und Marcus Aurelius waren; und so könnte die Gedankenlosigkeit der Redactoren des Justinianischen Rechtsbuchs diesen Schriftstellern auch wohl die Rubrik des Titels nachgeschrieben haben.

erlangt haben, eben so wie die *usucapio pro herede* gegen die Restitution der Sache in Erbschaftsstreite nicht sicherte, die *rei vindicatio* aber directe ganz ausschloß. Gegen den neuen Erwerber konnte nun aber nicht *hereditatis petitio*, sondern nur *rei vindicatio* ange stellt werden, und dieser entgegen konnte er sich also die Besitzzeit seines Auctor consequenter Weise gewiß mit anrechnen. Setzt man nun den Fall, daß der vermeintliche Erbe selbst schon die Verjährung vollendet und dann erst veräußert habe, so würde dann der neue Erwerber sofort schon mit Berufung auf den ihm zu Gute kommenden Besitz seines Auctor der Eigenthumsklage des Erben die Einrede der Verjährung entgegen setzen können. Nimmt man dann ferner an, daß man in den Fällen, in welchen man besitzend gegen die Klage des Eigenthümers durch *exceptio longi temporis* geschützt wäre, nach Verlust des Besitzes auch eine wirksame in rem actio gehabt habe, wie Justinian für die frühere Zeit andeutet und für die Zukunft ausdrücklich verordnet, so würde jener Erwerber in der That oder dem praktischen Erfolge nach eben so gut Eigenthümer geworden sein, wie derjenige, an welchen die civilrechtlich *usucapirte* Sache veräußert worden war. Wenn freilich der Erwerber in *mala fide* war, konnte dieser Erfolg nicht eintreten, weil er dann nicht die *accessio possessionis* in Anspruch nehmen konnte; aber eben in diesem Falle konnte nach dem Obigen auch die *Usucapion* seines Vorbesitzers den Erwerber nicht gegen die Restitution der Sache schützen, weil gegen ihn *hereditatis petitio* stattfinden mußte. So stimmten also auch hier *usucapio* und *longi temporis praescriptio* überein, so weit ihre formelle Verschiedenheit es gestattete.

§. 8.

Zulezt mögen auch noch einige Worte über das Verhältniß des *interdictum quorum bonorum* zur *hereditatis petitio* hinzugefügt werden; ohne mich jedoch in das Detail dieses in neuester Zeit so vielfach besprochenen Gegenstandes einlassen zu wollen. Die Abhandlung, welche uns zur Mittheilung dieser Bemerkungen Veranlassung gegeben hat, stellt darüber die Ansicht auf, daß das *Interdict* völlig denselben Umfang gehabt habe, wie die *hereditatis petitio*, und daß demzufolge auch die Bestimmungen des in §. 6. berührten *Senatsbeschlusses* vollkommen darauf angewendet worden seien. Eben dieses hat den Verfasser zu der Hypothese geführt, daß es im Recht der classischen Juristen eine *possessoria hereditatis petitio* gar nicht gegeben habe. Es ist aber nach §. 5. kein Zweifel darüber, daß diese sowohl wie das *Interdict* schon in der ältern Zeit nebeneinander bestanden haben, und sollte auch

der Unterschied zwischen beiden Rechtsmitteln nur die Art des gerichtlichen Verfahrens betroffen haben. Und wahrlich wäre es eine höchst sonderbare Erscheinung, wenn die Compileroren in ihrem Recht, in welchem jener Unterschied des Verfahrens vermischt war, erst eine neu erfundene hereditatis petitio neben das Interdict gestellt hätten, während man eher zu erwarten berechtigt wäre, daß sie die eine ausgemerzt hätten, wenn sie beide Klagen als Rechtsmittel von völlig gleichem Zweck und Umfang neben einander vorgefunden hätten. Man könnte schon aus dem Umstande, daß dieses nicht geschehen ist, daß vielmehr neben der hereditatis petitio noch in den Rechtsquellen der spätern Zeit das interdictum vielfach erwähnt wird und in den Justinianischen Rechtsammlungen einen besondern Titel in den Pandecten wie im Codex erhalten hat, zu schließen geneigt sein, daß das Interdictum wohl auch der Sache nach von der andern Klage verschieden gewesen sei. Wahrscheinlich würden auch die Ansichten jenes Verfassers etwas modificirt worden sein, wenn er die beachtenswerthen Bemerkungen v. Löhr's im Archiv für civ. Prag. Bd. XII. S. 85. fg., namentlich unter nro. II. und IV. gekannt hätte. Es scheint nicht, daß sich die Stimmen unserer Rechtshistoriker jemals einigen werden über die Beantwortung der Frage, ob die bonorum possessio und das interdictum quorum bonorum ursprünglich nur dem Civilerben, oder zugleich auch schon andern Personen, welche nur durch das prätorische Recht zur Erbfolge berufen wurden, gewährt worden sei; ob durch das Interdict zunächst nur ein schleuniger Schutz des Civilerben oder zugleich auch und vorzüglich die Realisirung einer Erbfolge für die vom Civilrecht ausgeschlossenen Personen bezweckt worden sei. Es haben sich noch in neuester Zeit mehrere Stimmen für das erste erklärt¹⁸², und man hat auch einige Stellen angeführt, welche diese Meinung bestätigen sollen¹⁸³. Dagegen können andere Stellen eben so gute Argumente für die entgegengesetzte Ansicht abgeben¹⁸⁴. Und sehr wohl kann man sich den Gang der Entwicklung so denken, wie er von Mühlenbruch angedeutet worden ist¹⁸⁵, daß nämlich zuerst etwa nur den Cognaten und dem überlebenden Ehegatten, wenn keine Civilerben da waren, bonorum possessio ertheilt worden sei, um sie in den Stand zu setzen, vor andern dem Erblasser fremden

¹⁸² v. Löhr a. a. O. und im Magaz. für Rechtsw. III. S. 254. Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, S. 97. 122.

¹⁸³ Cic. in Verr. I. 44. Semper hoc iure usi sumus, si tabulae testamenti non proferrentur, tum, uti quemque potissimum heredem esse oporteret, ita secundum eum possessio daretur. L. 1. pr. §. 1. vgl. mit §. 6. D. de bon. poss. contra tab. 37. 2.

¹⁸⁴ Gai. III. §. 18. sqq. §. 25. sqq. §. 34. Ulpian XXVIII. §. 2. 8.

¹⁸⁵ Doctrina pandectarum vol. III. §. 619. not. 1—3.

Personen die Sachen der Erbschaft durch *usucapio pro herede* zu gewinnen¹⁸⁶, daß der Prätor dann das zu jenem Zweck zunächst erfundene *Interdict* auch den *Civilerben* zu gestatten und vermittelt desselben die emancipirten Kinder den *suis heredibus* gleichzustellen für gut befunden habe¹⁸⁷. Nächst den passenden *exceptiones* und *fictitiae actiones* war auch das *interdictum quorum bonorum* ausreichend, um den bloß prätorischen Erben nach allen Seiten vollen Schutz zur Behauptung ihres Erbrechts zu geben; einer *possessoria hereditatis petitio* bedurften sie außerdem nicht, und ich glaube, daß diese ihnen erst später, als die *fictitiae actiones* zur Geltendmachung einzelner Rechte der Erbschaft, gewährt worden ist¹⁸⁸. Das aber kann keinen Zweifel leiden, daß das *Interdict* auch den *Civilerben* nicht unnütz war; denn *Gaius* sagt es ausdrücklich, wengleich er den Vortheil nicht hoch anzuschlagen scheint¹⁸⁹. Und daß das *Interdict* nicht bloß in Rücksicht des Verfahrens, sondern auch in Rücksicht seines Zweckes und Umfanges von der *hereditatis petitio* verschieden war, scheint mir v. Löhr a. a. D. genügend bewiesen zu haben. Nur gegen solche, welche körperliche Sachen der Erbschaft *pro herede* oder *pro possessore* besaßen oder zu besitzen aufgehört hatten, fand nach der deutlichen *L. 2. D. h. t.* das *Interdict* statt. *L. 1. §. 1. D.* eodem könnte zwar wohl verleiten, aber im Vergleich mit *L. 2. cit.* nicht berechtigen, darüber hinauszugehen, da *universitas* auch schon die Gesamtheit aller körperlichen Sachen im Gegensatz der einzelnen als solcher bezeichnen kann.*

¹⁸⁶ Vgl. oben *Ann.* 45.

¹⁸⁷ Dieß letzte war der einzige Punkt, wodurch das prätorische Erbrecht dem civilen Abbruch that. Und wenn dieses, vielleicht in langer Zeit, durch Einfluß des höchsten Vorstandes der Rechtspflege zu Wege gebracht wurde, so ist darin wohl keine Monstrosität der Rechtsbildung zu erkennen, wenn auch der *ager publicus* nicht gewesen wäre. Bekanntlich sucht Niebuhr, *Röm. Gesch.* Bd. II. S. 173. die ursprüngliche Veranlassung zur *honorum possessio* in dem ältern Verhältnis der *Possessionen* des *ager publicus*. Obgleich diese Vermuthung nicht ganz zurückgewiesen werden mag, so hat sie doch für die Erklärung der *honorum possessio* nicht so viel Gewicht, wie ihr Niebuhr beilegen möchte. Denn die *honorum possessio* hat eine ganz andere Bedeutung, als der Schutz der einzelnen *Possessionen* des *ager publicus*, und es harmonirt auch mit jener Erklärung nicht wohl der Umstand, daß gerade die *honorum possessio secundum tabulas* noch bis weit in die Kaiserzeit hinein im Conflict mit der alten civilrechtlichen *Intestaterfolge* unwirksam war, während sie der prätorischen *Intestaterfolge* unbedingt vorging.

¹⁸⁸ Vgl. oben S. 345.

¹⁸⁹ *Gai.* III. 34. *quibus casibus beneficium in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is . . . interdicto . . . quorum bonorum uti possit.*

* *Arndts' Beiträge* S. 1—112. (1837.)

Z u s ä t z e.

Zu §. 318. Die Entwicklung auf dieser Seite (vgl. §. 320. 344.) würde in einem Punkte fehlerhaft sein, wenn es wahr wäre, was in der §. 359. Anm. 136. citirten Dissertation von Peucer pag. 25. not. 53. geschrieben ist: *adversus coheredem non datur hereditatis petitio, sed familiae erciscundae actio*. Dieß beruht aber auf einem Mißverständnisse. Nach L. 25. §. 2. D. fam. ercisc. wird zwar zur Anstellung der letzten Klage nicht wesentlich vorausgesetzt, daß der Kläger sich im Besitze seines Erbtheils befinde; es kann also der nicht besitzende Erbe gegen den allein besitzenden Miterben auch sofort *familiae erciscundae* klagen. Allein wenn der Beklagte das Miterbrecht des Klägers in Abrede stellt, so kann er die Klage durch die bekannte *exceptio, si in ea re de qua agitur praeiudicium hereditati non fiat*, zurückweisen, und dadurch den Gegner nöthigen, zuvor durch *hereditatis petitio* sein Miterbrecht geltend zu machen. Ist aber der Kläger, welcher das *iudicium familiae erciscundae* angeregt hat, im Besitze seines Erbtheils, so kann er, wenn auch sein Miterbrecht bestritten wird, nicht durch jene Einrede zurückgewiesen und zur Anstellung der *hereditatis petitio partiaria* genöthigt werden, da es vielmehr Sache des jetzigen Beklagten sein würde, gegen den Besitzer, dessen Erbrecht er nicht anerkennen will, mit der *hereditatis petitio* klagend aufzutreten. Da nun aber im *iudicium fam. ercisc.* doch nicht zweifelhaft gelassen werden kann, ob die streitenden Theile wirklich Erben seien, so bleibt in diesem Fall nichts übrig, als dem Theilungsrichter die Entscheidung der präjudiciellen Frage über das in Streit gezogene Erbrecht des Theilungsklägers zu überlassen. Dieß ist es, was L. 1. §. 1. D. fam. ercisc. ausspricht, und womit auch L. 51. §. 1. D. ibid. übereinstimmt. In der letzten Stelle wird sogar demjenigen, dessen Miterbrecht von dem allein besitzenden Gegner zugestanden ist, während dieser auf Theilung der Erbschaft klagt, die *hereditatis petitio* eingeräumt, sofern die Verfolgung derselben neben dem bereits anhängigen Theilungsproceß noch von Nutzen sein kann. Es ist nun auch kein Zweifel, daß in Ansehung der *Usucapion* für denjenigen, welcher als Miterbe allein die Erbschaftsachen besitzt, rücksichtlich des ihm nicht gehörenden Theils derselben, eben dasselbe gelten muß, was überhaupt von der *usucapio pro herede* als richtig anzunehmen ist.

Zu §. 360. Note 142. ist noch hinzuzusetzen: Dagegen war der *bonorum possessor sine re* gleich jedem andern Besitzer als *bonae* oder *malae fidei possessor* zu behandeln, je nachdem er glaubte oder nicht, daß

er durch keinen ihm vorgehenden Civilerben von der Erbschaft ausgeschlossen werde (vgl. S. 336.). Nach Justinianischem Recht aber bedurfte der *honorum possessor cum re* der Usucapion nicht mehr, weil er sofort durch die gehörige Annahme der Erbschaft das volle Eigenthum des Justinianischen Rechts erwarb.

Zu vorstehendem Aufsatz §. 4. S. 334. fg. und §. 7. S. 358. fg., sodann §. 8. S. 377. fg. und zu Nr. 46. oben S. 310. fg. ist jetzt noch vorzüglich zu vergleichen: Leist in der Fortsetzung von Glück's Erläutr. d. Pandekten, Serie der Bücher 37. u. 38. Bd. I. S. 356—417. Bd. II. §. 1600. S. 288—308. §. 1602. S. 393—453. — Vgl. übrigens das Lehrb. §. 531. Anm. 2. 4.

48.

Ueber den Gerichtsstand der belegenen Sache in Beziehung auf die Erbschaftsklage.

Die Kaiser Valerianus und Gallienus erließen im Jahr 261 nach Chr. folgendes Rescript¹:

Impp. Valerianus et Gallienus Augg. Messalae.

Illic, ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi², ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda. Dat. VII. Kal. Maii. Seculari et Donato Conss.

Die erste Hälfte dieses Rescripts ist klar. Einweisung in den Besitz der Erbschaftsachen kann nur bei dem Richter erlangt werden, in dessen Jurisdictionbezirk die Sachen sich vorfinden. Damit stimmen auch Stellen des früheren Rechts überein³. Ich will hierbei nur die Bemerkung machen, daß man auf diesen Satz nicht, wie Viele thun, die Behauptung gründen kann, daß für die *interdicta adipiscendae*

¹ L. unica Cod. Ubi de hereditate agatur. 3. 20.

² Ibi fehlt in Handschriften, wie Charondas bemerkt.

³ L. 12. §. 1. D. de bonis auct. iud. poss. 42. 5. Is qui possidere iubetur eo loco iussus videtur, cuius cura ad iubentem pertinet. Vgl. L. 15. §. 1. D. de re iud. 42. 1. Sententiam Romae dictam etiam in provinciis posse praesides, si hoc iussi fuerint, ad finem persequi, imperator noster cum patre rescripsit.

possessionis der Gerichtsstand der belegen Sache eintrete⁴. Denn unsere Constitution spricht offenbar nur von der *missio in possessionem bonorum*, welche die eingesezten Erben auf Vorzeigung eines Testaments, das keine sichtbare Fehler hatte, erlangen konnten⁵. Daß diese aber etwas ganz anderes war, als die eigentliche *bonorum possessio*⁶, und am allerwenigsten das Gesuch um jene mit der Klage aus der *agnoscitur bonorum possessio*, d. h. dem *interdictum quorum bonorum*, verwechselt werden dürfe, leuchtet von selbst ein. Auch ist es an sich sehr unwahrscheinlich, daß für das *interdictum quorum bonorum* ein anderes Forum competent gewesen sei, wie für die Erbschaftsklage. Hatte doch jenes rücksichtlich der körperlichen Erbschaftsachen, welche allein das *forum rei sitae* bestimmen könnten, denselben Zweck und dieselben Wirkungen, wie die *hereditatis petitio*⁷, und konnte jenes sowohl wie diese eine Entscheidung über das Erbrecht herbeiführen. Dazu kommt noch, daß L. 2. Cod. de interdictis allgemein die Regel aufstellt:

Praeses provinciae in eum, qui eiusdem provinciae non est, nec ex interdicto cognoscere potest.

Weder das *interdictum quorum bonorum* namentlich, noch die *interdicta adipiscendae possessionis* überhaupt, werden irgendwo davon ausgenommen. Ja, es ist sogar Grund vorhanden, anzunehmen, daß die Kaiser bei Abfassung des eben genannten Rescripts gerade das *interdictum quorum bonorum* insbesondere im Auge gehabt haben. L. 2. cit. ist von denselben Kaisern, Valerianus und Gallienus, an demselben Tage, VII. Kal. Maii Seculari et Donato Cons., erlassen, von welchem auch L. un. Cod. ubi de hered. datirt ist. Diese weicht nur in der Inscription von jener darin ab, daß sie *Messalae*, jene *Messiae* überschrieben ist. Man darf aber unbedenklich hierin einen Fehler der Handschriften vermuthen, da der seltene Name *Messia*⁸, abgekürzt oder undeutlich geschrieben, sehr leicht mit dem wohlbekanntem *Messala*

⁴ Linde, Lehrb. des Civilproc. 4. Ausg. §. 90. not. 7. Martin, 11. Ausg. §. 51. not. d. und Bayer, Vorträge über den Civilproc. S. 64. Eben so Donellus, comm. iur. civ. lib. XVII. cap. 17. §. 3. Der letzte bezieht L. un. cit. ausdrücklich auf das *interdictum quorum bonorum*; Linde dagegen unterscheidet die Klage auf Einweisung in den Besitz einer Erbschaft von den auf Erwerbung des Besizes gerichteten Rechtsmitteln (int. adip. poss.), führt aber doch für die Behauptung, daß auch diese vor das *forum rei sitae* gehören, unsere Stelle als einzigen Beleg an.

⁵ Pauli Sentt. III. 5. §. 14. . . 18. Tit. Cod. de edicto. D. Hadr. toll. — Die Beziehung hierauf deutet schon die Rubrik der L. un. auf das bestimmteste an: *Ubi de hereditate agatur vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant.*

⁶ Vgl. Nov. Valentiniani 63. oder Lib. II. tit. 21. L. 1. §. 5. im *Ius civ. anteiust. II. pag. 1322.*

⁷ Vgl. Abh. I. (Nr. 47.) §. 8.

⁸ Einen Juristen *Messius* nennt *Paulus* in L. ult. D. de iure fisci. In *Forcellini's Lexikon* (Schneberger Ausgabe) wird außer *Messias*, d. i. *Christus*, auch *Messia* angeführt, aber nur als Name der Erbtöchterin, *Segefa*.

verwechselt, oder von einem klugen Abschreiber so emendirt werden mochte. Nach dem Zeugniß des Cujacius⁹ haben auch ältere Handschriften in L. un. cit. Messiae statt Messalae. Hiernach ist es nun gewiß höchst wahrscheinlich, wie auch Cujacius annimmt, daß L. 2. und L. un. cit. ursprünglich nur eine Constitution ausgemacht haben. Dann aber läßt sich der Zusammenhang am besten, und besser, als Cujacius ihn erklärt, so denken:

Es war angefragt, ob man nicht an dem Orte, wo die Erbschaftsachen sich befänden, um deren Erlangung es eigentlich zu thun war, auch sofort die Erbschaftsklage, oder wenn nicht diese, doch wenigstens das *interdictum quorum bonorum* anstellen könne, da man ja daselbst die Einweisung in den Besitz nachsuchen müsse. Könnte der Supplicant nur mit dem Interdict bei dem fraglichen Gerichte verfahren, so würde er seinen Zweck im Wesentlichen eben so gut erreichen, als wenn er die *hereditatis petitio* dort anstellte. Es wird aber rescribirt: zwar sei die Einweisung in den Besitz dort, wo die Sachen gelegen, zu erwirken, der Streit über das Erbrecht aber müsse bei dem Gerichte des Wohnorts des zu belangenden Gegners angebracht werden, und auch *ex interdicto* könne der Präses nur gegen Einwohner seiner Provinz verfahren (*nec ex interdicto potest praeses provinciae in eum, qui eiusdem provinciae non est, cognoscere*).

Den letzten Satz haben die Justinianischen Compiler abgelöst, und mit Umstellung einiger Worte als allgemeine Regel unter dem Titel *de interdictis* aufgenommen.

Ganz abweichend von einander sind die Erklärungen unserer Rechtsgelehrten über den zweiten Theil der L. un. cit. „*Ubi autem etc.*“. Alle zwar finden darin ausgesprochen, daß der Gerichtsstand des Wohnorts des Beklagten auch für die Erbschaftsklage der regelmäßig competente sei. Allein einige glauben, es sei darin unter der Voraussetzung, daß der Beklagte sich daselbst antreffen lasse, auch der Gerichtsstand der belegen Sache für die Erbschaftsklage anerkannt¹⁰, andere dagegen behaupten, daß die Constitution diese Ausnahme von der Regel nicht mache, sondern schlechthin nur von dem *forum domicilii* zu verstehen sei¹¹.

Die ersten erklären die Stelle so: „Wo aber derjenige, welcher

⁹ Obs. V. 49.

¹⁰ Cuiac. l. c. Huber, *praelect. ad pand. tit. 5. tit. 1. §. 49.* Glück's Erläuterungen der Pandecten VI. S. 328. Bayer im Arch. für civ. Prag. VI. S. 182. und Vorträge S. 66. Linde, Lehrbuch §. 90. not. 40. Heffter, im Arch. f. civ. Prag. X. S. 203. Der letzte ist der Meinung, bei dem *forum rei sitae* werde überhaupt immer vorausgesetzt, daß der Gegner sich dort antreffen lasse.

¹¹ Donellus, *comment. lib. XVII. cap. 17. §. 42.* Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilpr. S. 64. Hugo, Gesch. des Röm. Rechts. 11. Ausg. S. 989. 990.

belangt wird, seinen Wohnsitz hat, oder wenn er gerade da, wo die Erbschaftsachen belegen sind, sich aufhält (sich antreffen läßt), auch wohl an diesem Orte, ist der Erbschaftsstreit zu entscheiden“. Diese Erklärung aber scheint mir der grammatischen Construction des Originaltextes nicht aufs beste zu entsprechen. Gewiß würde der Verfasser des Rescripts, wenn er den Sinn dieser Erklärung hätte ausdrücken wollen, etwa so geschrieben haben: *Ubi autem..... vel ubi res hereditariae sitae sunt, si ibi degit u. s. w., oder vel, si ibi degit, ubi res hered. u. s. w., oder vel si ibi, ubi r. h. s. s., degit, ibi quoque u. s. w. oder auf andere ähnliche Weise.* So wie aber der vorliegende Text wirklich lautet, kann man nur gezwungen jenen Sinn darin finden. Es erhellt dieß deutlicher, wenn man den zweiten Theil der angeblichen Alternative für sich allein hinstellt: *Si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit qui convenitur, hereditatis erit controversia terminanda.* So würde man sich wohl nicht ausdrücken, um zu sagen: „wofern da, wo die Erbschaftsachen sich befinden, der Beklagte sich aufhält, so ist auch daselbst der Erbschaftsstreit zu entscheiden“. Jenes würde vielmehr nur etwa so viel heißen: „Wenn der Beklagte sich da aufhält, so muß man die Gelegenheit benutzen und den Erbschaftsstreit zu Ende bringen“; woraus nur indirecte geschlossen werden könnte, daß man in jenem Falle wohl bei dem *forum rei sitae* die Erbschaftsklage anbringen könne.

Außer diesen grammatischen Bedenken hat obige Erklärung noch die historische Wahrscheinlichkeit gegen sich. Denn wir wissen jetzt aus den Vaticanischen Fragmenten (§. 326.), daß noch ein Rescript vom Jahr 293 das *forum domicilii* bei in rem actiones für ausschließlich competent erklärte, und erst eine Constitution vom Jahr 385 bei Vindicationen das *forum rei sitae* zugelassen hat. Darnach ist es gewiß nicht wahrscheinlich, daß gerade für die Erbschaftsklage schon im Jahr 261, wenn auch nur unter besonderer Bedingung, ein Gerichtsstand der belegenen Sache anerkannt worden sei, da doch eben bei dieser die Bestimmung desselben ihre eigenen Schwierigkeiten hat, weil die Sachen der Erbschaft in verschiedenen Gerichtsbezirken zerstreut liegen können.

Auch sagt nicht nur L. 29. §. 4. D. de inofficioso test. 5. 2. von der Duerel, die doch nur eine modificirte Erbschaftsklage ist: *in ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent: sondern auch Vat. fragm. §. 326. cit.* spricht so allgemein, daß die Erbschaftsklage darunter offenbar mit begriffen ist:

Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio,

sequitur, unde perspicis non eiusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt¹², sed in qua is, qui possidet, sedes ac domicilium habet.

Linde¹³ nimmt zwar an, daß durch diese Constitution der bis dahin geltende Gerichtsstand der belegenen Sache aufgehoben und später von Valentinian und dessen Mitregenten wieder anerkannt sei. Diese Annahme scheint mir aber nach Fassung und Inhalt des ganzen in §. 326. cit. enthaltenen Rescripts unzulässig. Es scheint mir nichts klarer, als daß dasselbe nur das damals geltende Recht aussprechen, und nicht im Geringssten etwas Neues bestimmen wollte. Wie sollte auch in einem an eine Frau erlassenen Rescripte eine solche Neuerung statuiert worden sein?

Wenn nun im Jahre 293. dem geltenden Rechte gemäß ohne Einschränkung rescribirt werden konnte, daß in rem actiones, also auch die Erbschaftsklage, nur in foro domicilii anzubringen seien, so hat gewiß im Jahr 261. nicht eine Art von Gerichtsstand der belegenen Sache bei der Erbschaftsklage stattgefunden. Denn es war damals noch nicht die Zeit schnell wechselnder legislatorischer Versuche eingetreten, die mit Constantin beginnt und unter Justinian ihren Höhepunkt erreicht hat. Und sollte auch jenes eigenthümliche Forum für die Erbschaftsklage durch ein Rescript etwa eingeführt worden sein?¹⁴ Diese Gründe scheinen mir hinreichend zu sein, die erste Erklärung zu verwerfen, obgleich sie die Autorität der Basiliken für sich hat¹⁵.

Jenen die Sache betreffenden Bedenken entgeht nun allerdings die andere Erklärung unserer L. un. cit., welche von den in Num. 10. allegirten Schriftstellern angenommen wird; und von dieser Seite ist diese der ersten ohne Zweifel vorzuziehen. Aber von der grammatischen Seite betrachtet und nach dem Wort-Zusammenhange des Gesetzes scheint sie fast noch mehr gegen sich zu haben, wie jene. Man erklärt nämlich den Satz vel si ibi — degit, mit „oder, wenn er da, wo die Erbschafts-sachen belegen sind, sein Domicil hat, auch da u. s. w.“, oder das Gesetz sagt nach der Meinung jener Schriftsteller, wie Hugo es ausdrückt, ganz einfach: „Die in possessionem missio sei da, wo die hereditas gelegen, die hereditatis petitio im domicilium des Beklagten, also da, wo die hereditas gelegen ist, auch wohl, aber nur wenn er da auch

¹² Es ist zu bemerken, daß res in plurali steht: es scheint also an Eine in rem actio, die sich auf mehrere Sachen bezog, gedacht worden zu sein.

¹³ Lehrbuch des Civilproc., 4. Ausg. §. 90. not. 13. 14.

¹⁴ Vgl. Hugo a. a. D.

¹⁵ Lib. 5. tit. 7. §. 83. Ausgabe von Heimbach Bd. 1. S. 283. *Ei δε τὴν κληρονομίαν ἀπαίτουσαν ἀγωγὴν βούλεται κινήσαι, ἢ ὅπου τὴν οἰκίαν ἔχει ὁ ἐναγόμενος, ἢ ὅπου ἡ κληρονομία διακείται, κινεῖτω.*

degit, d. h., wenigstens hier allem Ansehen nach wieder: sein domicilium hat, anzubringen“.

Dieser Erklärung steht nun vorerst dasselbe entgegen, was eben gegen die erste in grammatischer Beziehung bemerkt worden ist, denn dabei ist es einerlei, ob man degit übersetzt mit „sich aufhalten“, oder „seinen Wohnsitz haben“. Dann hat degere gewöhnlich die allgemeinere und vagere Bedeutung „sich aufhalten, verweilen“¹⁶; es scheint daher um so weniger zulässig, ihm hier die speciellere und bestimmtere Bedeutung „seinen Wohnsitz haben“ unterzulegen, da in demselben Satz das domicilium habere vorkommt, welches eben deshalb gar zu leicht als Gegensatz von degere aufgefaßt werden konnte und daher auch wohl von den Verfassern als solcher gedacht worden ist.

Endlich würde darnach der Zwischensatz ganz überflüssig sein; er würde nichts anderes sagen, als was ohne ihn eben so deutlich und bestimmt gesagt wäre. Was hätte die Kaiser irgend veranlassen können, den Satz hinzuzufügen, der nicht nur ganz müßig war, und nichts zur näheren Bestimmung und Verdeutlichung beitrug, sondern vielmehr gar leicht ein Mißverständnis herbeiführen konnte, was denn auch wirklich nicht ausgeblieben ist? Das verstand sich doch von selbst, daß das forum domicilii auch in dem Falle, wenn die Erbschaftsachen daselbst belegen waren, competent sei. Auch die Form, welche Hugo dieser Erklärung gibt, beseitigt diese Einwendung nicht. Denn die Competenz des fori domicilii war ja gewiß nicht zweifelhaft. Es konnte also nur die Frage sein, ob auch der Gerichtsstand der belegenen Sache competent sei, wenn daselbst der Beklagte nicht sein Domicil hatte: und darüber ohne Zweifel wollte der Bittsteller Rechtsbelehrung vom Kaiser haben. Wie sollte nun diese, zuwider der gewöhnlichen Kürze kaiserlicher Rescripte, so ertheilt werden? „Nur wo der Beklagte seinen Wohnort hat, also wohl auch da, wo die Erbschaftsachen sich befinden, aber nur, wenn der Beklagte da seinen Wohnort hat, ist der Erbschaftsstreit anzubringen“. Wie

¹⁶ So in L. 15. Cod. de testam. milit. 6. 21. »in expeditione degentes.« vgl. pr. l. de milit. test.: »citra expeditionis necessitatem in aliis locis vel suis aedibus degunt. So bebient sich Constantin auch in L. 2. Cod. ubi in rem wohl absichtlich des unbestimmtern degat. Vgl. auch L. 2. Cod. ubi de criminibus. mit L. 4. ibid. »ubi reperiuntur.« Selbst in L. 2. Cod. ubi senatores hat degere nur diese allgemeine Bedeutung: denn die Senatoren hatten ihr domicilium immer in urbe, auch wenn sie das Recht hatten, sich nach Belieben anderswo aufzuhalten; L. 22. §. 6. D. ad municipalem. 50. 1. L. 8. Cod. de incolis. 10. 40.; es konnte also zwischen ihnen nicht unterschieden werden, ob sie in Constantinopel (in urbe) oder in der Provinz ihr Domicil hatten, sondern nur ob sie dort oder hier sich regelmäßig aufhielten (degere, versari), oder auch in der Provinz noch ein domicilium hatten. L. 14. D. de senator. 1. 9. — Auch in L. 39. §. 8. D. quibus ex caus. maiores. 4. 6. scheint mir nicht ohne Absicht das Wort degere gewählt zu sein. — L. 4. §. 5. D. de damno infecto. 39. 2. — Fragm. Vat. §. 274. »in potestate filii degentes«.

unangemessen zudem dieses „also wohl auch da“ und „aber nur wenn“ durch *vel si ibi* ausgedrückt wäre, ist einleuchtend.

Eine einfachere und ungezwungene Erklärung ergibt sich, wenn wir die Bedeutung des Wörtchens *vel* gehörig auffassen. *Vel* bezeichnet bekanntlich sowohl bei andern classischen Schriftstellern als auch namentlich in unsern Rechtsquellen häufig so viel als „auch, sogar auch, wenn gleich“ u. dgl. z. B.

Cic. Acad. II. 29.

Per me *vel* stertas licet.

Ulp. XXII. 23.

— — *exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros*¹⁷.

L. 4. §. 2. D. de edendo. 2. 3.

Sed et filiusfamilias continetur his verbis, ut vel ipse cogatur cedere.

L. 4. §. 1. D. de interrogat. in iure 11. 1.

*Ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat: vel si domi vel itinere hoc agat*¹⁸.

Nehmen wir nun in unserem Rescript das Wörtchen in dieser so oft vorkommenden Bedeutung, so erhalten wir folgende ganz klare und einfache Auslegung, nach welcher auch das eingeschobene *ibi* füglich entbehrt werden kann:

„Da, wo deiner Angabe nach die Erbschaftsachen sich befinden, ist das Gesuch um Einweisung der Erben in den Besitz derselben anzubringen. In dem Wohnorte des Beklagten, selbst wenn dieser da, wo die Erbschaftsachen gelegen sind, sich antreffen läßt, ist der Streit um die Erbschaft zu schlichten“.

Der eingesetzte Erbe, so stelle ich mir vor, hatte die Einweisung in den Besitz erlangt; er befand sich noch am Orte, wo die Hauptmasse der Erbschaft lag, wie gewöhnlich der Erbe Veranlassung hat, daselbst am Plage zu sein; natürlich kommt nun dem, der ihm die Erbschaft streitig macht, der Gedanke, daß er ihn wohl gleich dort belangen könne; der Beklagte aber will sich nicht einlassen (*domum revocat*); daher fragt jener beim Kaiser an, und wird in obiger Weise beschieden.

Diese Erklärung scheint mir so einfach und natürlich, daß ich sie ohnweiters für sich selbst hätte sprechen lassen, wenn ich es nicht so

¹⁷ Mit Recht hat hier Hugo in seiner neuesten Ausgabe des Ulpian die früher gebilligte Emendation *Marejow's vel nominatim vel inter ceteros* für überflüssig erklärt.

¹⁸ Vgl. noch L. 1. pr. D. de pignor. 20. 1. L. 29. D. de peculio. 15. 1. L. 6. §. 1. D. de agnosc. et elend. lib. 25. 3. L. 2. §. 24. D. vi honorum rapt. 47. 8. und *Ferrellini s. v. vel.*

bedeutenden Autoritäten gegenüber hätte gerathen finden müssen, zuvor die Unzulänglichkeit der früheren Erklärungen darzuthun, und dadurch die Aufstellung einer neuen zu rechtfertigen.

Durch dieselbe wäre nun so viel ausgemacht, daß es nach dem Recht des Justinianischen Codex noch in keiner Art einen Gerichtsstand der belegen Sache für die Erbschaftsklage gibt, daß also diejenigen, welche einen solchen nur auf L. un. cit. gründeten, denselben jetzt ganz verwerfen müssen; denn daß L. un. cit. die, wenngleich allgemein von in rem actio sprechende, L. 3. Cod. ubi in rem beschränken solle, ist außer Zweifel, indem sonst jene gar nicht, zumal nicht unter einem eigenen Titel, in den Codex aufgenommen sein würde¹⁹. Es ist also dadurch nur sicherer begründet die Ansicht, welche Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen von S. 53. bis 66. entwickelt hat. Dagegen aber glaube ich, muß auch dem, was derselbe Verfasser über die Nov. 69. sagt, beigestimmt, und so denn doch im geltenden Rechte ein forum rei sitae für die Erbschaftsklage angenommen werden. Mir scheint seine Erklärung dem ganzen Zusammenhange der Constitution, der Einleitung verglichen mit dem dispositiven Theil des Gesetzes in cap. 1., besonders wenn man den Inhalt nicht nach der zum Theil fehlerhaften alten Uebersetzung würdigt, wohl zu entsprechen. Leider aber ist die Fassung des Gesetzes, wie auch Bethmann-Hollweg sagt, so unbefriedigend, daß man kaum erwarten kann, daß sich die Meinungen über die Auslegung und Anwendung desselben je ganz vereinigen werden²⁰. *

Der obigen Erklärung der L. un. Cod. 3. 20. haben zugestimmt Bayer, Vorträge 8. Aufl. S. 195. Savigny, System VIII. S. 309. not. p. Wegell, Civilproc. §. 41. num. III., und vertheidigt wird sie von Emminghaus in der Gießener Zeitschr. n. F. XVI. 4. S. 108. fg., welcher als Belegstellen für die obige Erklärung des Wörtchens vel noch anführt L. 5. §. 3. D. de statu hom. 1. 5. L. 11. §. 2. D. de iurisdic. 2. 1. L. 55. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 60. §. 3. D. mand.

¹⁹ In der von C. G. Weber herausgegebenen Paraphrase des Martin'schen Civilproceßlehrbuchs heißt es S. 238. 239.: „Das genannte Gesetz (L. un. cit.) scheint doch zu verlangen, daß der Besizer derselben (nämlich der Erbschaftsgüter) persönlich gegenwärtig sei, widrigenfalls man in foro domicilii klagen müsse. Vielleicht erklärt sich aber diese Eigenheit daher, weil die c. un. aus einer Zeit herrührt, wo das forum rei sitae noch gar nicht eingeführt war; woraus denn folgen würde, daß auf die persönliche Gegenwart des Besizers einer Erbschaft nichts mehr ankommt“. Diese Art der Interpretation scheint mir sehr willkürlich.

²⁰ Der von Bethmann-Hollweg aufgestellten Erklärung scheint beizustimmen Bayer, Vorträge S. 65. Dagegen hat sich erklärt Martin, Lehrb. des bürg. Proc. 11. Aufl. §. 51. not. f.

* Arndts' Beiträge S. 113—125. (1837.)

17. 1. L. 10. D. locati 19. 2. L. 39. §. 3. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. Derselbe weist auch S. 115. fg. nach, daß Nov. 69. cap. 1. zur Annahme eines forum rei sitae für die Erbschaftsklage nicht berechtige. Dagegen Brackenhoest in derselben Zeitschr. XIX. S. 313. (unbedeutend).

49.

Veräußerung der Erbschaft durch den Fiscus.*

Wir haben in unserer Zeit mehrmals die Erfahrung gemacht, daß bisher fast unbestrittene Sätze durch neue Meinungen angefochten wurden, welche mehr auf buchstäblicher Ausbeutung als umsichtiger Interpretation einzelner Constitutionen beruhend vor einer genaueren Prüfung nicht bestehen können und fruchtlos nur die Zahl der Controversen vermehren. Ein solches Beispiel scheint mir auch der Aufsatz von Kämmerer zu liefern, der im elften Bande der Gießener Zeitschrift sich befindet. Mit viel Gelehrsamkeit ausgestattet, füllt er nicht weniger als siebenzig Seiten, und die Resultate sind zuverlässig eben so falsch, als von der bisher herrschenden Meinung abweichend. Diese Ueberzeugung habe ich schon anderswo kurz ausgesprochen¹; ich halte es für angemessen, sie in derselben Zeitschrift, welche jenen Aufsatz enthält, ausführlich zu begründen.

Daß der Fiscus, wenn er eine Erbschaft verkauft hat, den Gläubigern derselben nicht weiter hafte, sondern der Käufer von diesen zu belangen sei, wird in einigen Stellen² so klar ausgesprochen, daß dagegen, um mit dem genannten Schriftsteller zu reden, „nicht die mindeste Bedenklichkeit erhoben werden kann und darf“. Aber mit Unrecht, so behauptet dieser, habe die große Zahl von Rechtsgelehrten, die er namhaft macht, jenen Ausspruch als einen noch gültigen praktischen Rechtsatz angesehen, übersehend, daß derselbe durch spätere Gesetze³ aufgehoben sei. Diesen gemäß soll vielmehr der Käufer keine Klage der Erbschaftsgläubiger mehr zu fürchten haben; nur gegen den veräußernden

* Lehrb. S. 540.

¹ Vgl. das Rechtslexikon von Weiske, IV. S. 26. Not. 188. 189. (oben S. 27. fg.)

² L. 1. Cod. de hered. vel. act. vend. 4. 39. (Sever. et Antonin. Geminio).

„Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est. — L. 44. D. de iure fisci. 49. 14. (Paul. lib. XXI. respons.) „Eum, qui bona vacantia a fisco comparavit, debere actionem, quae contra defunctum competebat, excipere.“

³ L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. von Zeno und Justinian. Vgl. S. 14. J. de usucap. 2. 6.

Fiscus sollen diese, und zwar binnen vier Jahren, ihre Ansprüche geltend machen können. Der Verfasser hat das literarische Verdienst der Nachweisung sich erworben, daß schon früher von einigen Rechtsgelehrten diese Meinung geäußert worden, denen er jedoch einen fast gänzlichen Mangel an Gründen zum Vorwurf macht. Er hat es unternommen, diesen Mangel zu ergänzen. Aber, ich muß gestehen, indem ich ihm auf seinem Pfade folgte, beherrschte mich fortwährend ein peinliches Gefühl darüber, daß ein so fleißiger und tüchtiger Gelehrter, wie der nun schon aus diesem Leben der Controverse geschiedene Verfasser ohne Zweifel war, immerfort neben dem nahe liegenden rechten Wege vorbeigehen könne, mit großem Wortaufwand demonstrirend, daß er sich auf dem rechten Wege befinde, jene Schaar aber auf der gebahnten Straße blind in der Irre gehe. Der lebhafteste Ausdruck der Ueberzeugung von der Richtigkeit seiner Ansicht, von der Widersinnigkeit der bekämpften herrschenden Meinung, vermochte doch kaum auf einen Augenblick Zweifel gegen die letzte hervorzurufen.

Die Verordnung des Kaisers Zeno, auf deren Auslegung es ankommt, wollte allerdings denjenigen, welcher durch fiskalische Veräußerung Etwas erwerbe, gegen Ansprüche dritter Personen auf den Erwerbgegenstand sofort vollkommen sicher stellen; diesen sollte nur gegen den Fiscus innerhalb des vierjährigen Zeitraums auf Entschädigung zu Klagen gestattet sein. Der Kaiser war dabei sehr darauf bedacht, sein Gesetz recht bestimmt auf alle möglichen Gegenstände der Veräußerung zu erstrecken. Zweimal nennt er, kurz nach einander, *quascunque res mobiles vel immobiles seu se moventes vel in actionibus aut quocunque iure constitutas*, und eben so sorgfältig nennt Justinian in seiner erweiternden Constitution *res mobiles sive immobiles seu se moventes vel iura incorporalia*, und, wie er noch hinzusetzt, *panes civiles*. Dieß berechtigt wohl, das Gesetz auch auf den Fall der Veräußerung einer Erbschaft zu beziehen. Zu den *res quocunque iure constitutae* ist auch die Erbschaft zu zählen. An diese muß bei der Zusammenstellung jener mit den *Actiones* jeder alsbald denken, wenn er sich der Titel *de hereditate vel actione vendita* in den Pandekten und im Coder erinnert; sie wird ausdrücklich und zuerst unter den *res incorporales*, „*quae iure consistunt*“, erwähnt¹, und sie kann auch unter *aliquid*, was in der L. 3. Cod. cit. und in §. 14. J. de usucap. vorkommt, sehr wohl mitbegriffen werden; mit Recht wird der aus diesem Wörtchen für die Ausschließung der Erbschaft von der vorliegenden Bestimmung hergenommene

¹ L. 1. §. 1. D. de div. rer. 1. 3. — §. 2. J. de reb. incorp. 2. 2.

Grund als ein nichtiger und unhaltbarer getadelt⁵. Ich stimme daher gern bei, wenn Kämmerer die in der Glosse angedeutete und von einigen Rechtsgelehrten adoptirte Unterscheidung zwischen Veräußerung einzelner Sachen und einer ganzen Erbschaft, auf welche letzte unser Gesetz nicht zu beziehen sei, verwirft; ich stimme ihm bei, wenn er durch dieses L. 13. §. 9. D. de her. pet. für antiquirt hält, sofern diese Stelle noch die Erbschaftsklage gegen den Käufer der vom Fiscus verkauften Erbschaft gewähren will. Doch ist es eine unverdient schöne Abfertigung des Angelus, der zu dieser ebenfalls schon in der Glosse angedeuteten Meinung die Randbemerkung machte: „ista (solutio) est falsa, quia legum correctio est vitanda“, wenn er dafür gehofmeistert wird mit den Worten: „hätte Angelus nur die Augen hübsch aufgemacht, so würde er die legum correctio wohl haben finden können“⁶. Da Justinian Veraltetes in den Pandecten nicht aufgenommen wissen wollte, in L. 2. cit. aber von Erbschaften nicht ausdrücklich die Rede ist, so fehlt es dem Bedenken des Angelus nicht an einer gewissen Berechtigung; er konnte wohl den Inhalt der L. 13. §. 9. cit. als einen speciellen Satz betrachten, der durch die allgemeine L. 2. cit. nicht aufgehoben sei, um so den Widerspruch zu beseitigen, und diese Scheu, den Gesetzen Fehler aufzubürden, ist lobenswerther, als die Leichtfertigkeit in dieser Beziehung, deren sich, wie wir sehen werden, der Verfasser schuldig macht.

Eben so wortreich und umfassend, wie in der Bezeichnung des Gegenstandes, verfährt nun Zeno ferner auch in der Zusicherung des vollen allseitigen Schutzes, dessen der Erwerber sich erfreuen soll. Nec posse, sagt er, contra emtores — aliquas actiones in rem, dominii vel hypothecae gratia, vel in personam⁷, civiles seu praetorias vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus descendentes, vel quaslibet alias, licet nominatim praesente sanctione non sint comprehensae, moveri, data volentibus licentia intra quadriennium contra sacratissimum aerarium, si quas sibi competere actiones existimant, exercere. Wie man sieht, nimmt der Kaiser den Mund recht voll; denn ich möchte wohl wissen, welche die quaelibet aliae actiones denkbarer Weise außer den vorhergenannten Kategorien nach sein könnten, es sei denn, daß man etwa die Interdicte darin noch nicht

⁵ Kämmerer a. a. D. S. 376. Note 24.

⁶ a. a. D. S. 390. Not. 7. Vgl. über diese Streitfrage S. 351. Not. 42.

⁷ Es ist wohl nicht richtig hier zu interpretiren: „vel in personam civiles, seu praetorias“; die Unterscheidung unter civiles und praetoriae actiones u. s. w. bezieht sich sowohl auf die actiones in rem, als auf die actiones in personam.

mitbegriffen halte⁸. Wir dürfen nicht zweifeln, es war des Kaisers ernstlicher Wille, daß dem Erwerber das Erworbene gegen jede Art von Rechtsansprüchen Anderer gesichert sein, daß es ihm durch keine Klage entzogen werden solle. Zwar scheint Justinian in mehreren Aeußerungen über diesen Punkt nur die Eigenthums- und Pfandklage vor Augen zu haben⁹; aber ich stimme auch darin mit Kämmerer vollkommen überein, daß diesen Aeußerungen nicht die Absicht einer Beschränkung der Zenonischen Verordnung zu Grunde liegen könne, daß vielmehr ungeachtet derselben die letzte noch in ihrem vollen Verstande aufgefaßt und angewendet werden müsse¹⁰. Man muß aber diesen Verstand nur nicht nach dem bloßen Buchstaben ermessen wollen. Wer würde es nicht albern finden, wenn Jemand behaupten wollte, daß nach L. 2. 3. Cod. h. t. gegen denjenigen, der vom Fiscus etwas gekauft hat, überhaupt gar keine Klage mehr möglich sei, sondern der Fiscus sich in allen seinen Nöthen als großmüthiger Vertreter vor ihn stelle? Und doch könnte man nach ganz buchstäblicher Interpretation etwa auch solchen Unsinn herausbringen. Man begeht einen gleichen, nur im Grade geringeren Fehler, wenn man annimmt, daß jede Klage, die irgendwie mit dem erworbenen Gegenstande in Beziehung stehe, ausgeschlossen sei. Wenn der Fiscus Jemanden ein Grundstück verkauft, so ist damit noch nicht gesagt, daß gegen diesen keinerlei Servitutenklage möglich sei; es kommt darauf an, ob das Grundstück ausdrücklich oder stillschweigend als servituttfreies verkauft wurde¹¹. Verkauft z. B. der Fiscus ein Gebäude, worauf augenfällig eine servitus oneris ferendi ruht, so wird der Erwerber dem Anspruch auf Instandhaltung der lasttragenden Sache nicht ausweichen können. Ist der Gegenstand der Veräußerung ein haufälliges Gebäude, so wird Niemand bezweifeln, daß der bedrohte Nachbar von dem Erwerber *damni infecti nomine* Sicherheit fordern könne. Wird ein emphyteutisches Grundstück als solches oder ein zehntpflichtiges vom Fiscus verkauft, so muß der Erwerber eben so gewiß den Bann oder den

⁸ Die acbilitischen Klagen, die auch nicht genannt sind, können hier nicht in Betracht kommen. Uebrigens muß man bei der Interpretation dieser Worte nicht von der Voraussetzung ausgehen, daß der Kaiser von jeder der genannten Klassen bestimmte Klagen vor Augen gehabt habe; er hat sich nur versehen wollen, daß keine, an die er etwa nicht dachte, von dem Gesetze ausgenommen werden könne, ungefähr wie Anastasius in L. 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39.

⁹ L. 3. Cod. cit. verb. »ad dominium vel hypothecam respiciens« und nachher: »quas existimant posse sibi competere actiones in rem vel hypothecariam«. §. 14. J. cit. »qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones«.

¹⁰ a. a. D. S. 397 fig.

¹¹ L. 59. 66. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 4. §. 1. L. 39. D. de act. emti. 19. 4. L. 48. 69. §. 3. L. 75. D. de eviction. 21. 2.

Zehnten entrichten, und der Fiscus selbst wird es sich nicht nehmen lassen, die regelmäßigen Steuern von den durch ihn veräußerten Grundstücken zu erheben. Es gibt also noch mancherlei Klagen, denen der Erwerber einer vom Fiscus veräußerten Sache eben als solcher ausgesetzt sein kann. Wo liegt nun die Grenze? Kämmerer selbst gibt uns an einem Orte das Princip an; wenn er nur dieses richtig verstanden und consequent fest gehalten hätte, so könnten wir dieser ganzen Auseinandersetzung entbehren.

„Das entscheidende Princip, sagt er S. 391, steckt hier lediglich in der mit der fiscalischen Veräußerung verknüpften Kraft, wodurch der Käufer unbedingte Sicherheit erlangen soll, ohne Rücksicht dessen, welcher auf die veräußerte Sache, Forderung oder Erbschaft Ansprüche macht oder machen kann, mögen letztere auch völlig begründet sein“. Ansprüche auf die veräußerte Sache nenne ich solche, deren Geltendmachung dem Erwerber dieselbe wieder entziehen oder doch die Folge haben würde, daß er sie nicht so, wie sie ihm veräußert war, behalten könne, wegen deren denn auch regelmäßig dem Käufer der Regreß gegen den Verkäufer zustehen würde. Darauf deutet L. 3. cit. gleich im Anfange hin, in den Worten: *si quid circa contractum contrarium emerit vel evictionis vel alterius inquietudinis gratia ad dominium vel hypothecam respiciens*, und daher auch die Beschwerde Justinian's darüber, daß die Curatoren seines Schatzes sich genöthigt sehen, in *venditionibus rerum et evictionem et alia quae sunt privatae utilitatis pacta emtionalibus instrumentis addere vel quasdam tales obligationes in alienationum instrumentis agnoscere vel in permutationibus vel in transactionibus*. Nach älterem Rechte mußte der Fiscus als Verkäufer im Fall der Eviction nach allgemeinen Grundsätzen, nur mit einer singulären Zeitbeschränkung¹², dem Käufer das Interesse ersetzen oder die versprochene Evictionssumme zahlen¹³. Davon sollte keine Rede mehr sein. Vom Fiscus, und nach Justinian's Verordnung eben so vom Kaiser und der Kaiserin, sollte Jeder mit dem Vertrauen vollkommener Sicherheit erwerben. Dieß gewährte jenem den doppelten Vortheil, daß nunmehr Jeder sich mit vollem Vertrauen in Veräußerungsgeschäfte des Fiscus als Contrahent einlassen konnte, Niemand, wie es früher wohl oft der Fall gewesen sein mag, durch die Furcht, daß er vielleicht später gegen einen so mächtigen und privilegirten Gegner seine

¹² §. 14. J. cit., L. 3. Cod. si adv. fisc. 2. 37.

¹³ L. 5. pr. D. de iure fisci. 49. 14. Hatte der Curator mehr als einfachen Ersatz versprochen, so sollte dieses den Fiscus nicht binden.

Regreßansprüche geltend zu machen habe, davon zurückgeschreckt wurde, und daß der Fiscus nun keine Berechnung des Interesse von Seiten des Erwerbers mehr zu fürchten und sich dieserhalb nicht durch Nebenabredungen vorzusehen brauchte, sondern der Dritte, welcher sich durch die fiscalische Veräußerung beeinträchtigt hielt, innerhalb der kurzen Verjährungszeit direct gegen den Fiscus seine Ansprüche verfolgen mußte. Gewiß waren es diese Erwägungen, nicht die Rücksicht auf den Vortheil des Erwerbers, welche jene Neuerung hervorgerufen haben. Doch mag nebenbei auch die Ansicht mitgewirkt haben, daß es unangemessen und dem Ansehen des Fiscus zuwider sei, den Erfolg einer Veräußerung desselben durch einen Privatmann angefochten zu sehen. Deshalb wurde jene Regel unbedingt für alle fiscalischen Veräußerungen aufgestellt, ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Falle Regreßansprüche gegen den Fiscus eintreten könnten, oder nicht. Wäre doch auch das Gepräge des Eigenntuzes zu auffallend und unanständig deutlich gewesen, wenn man sie geradezu nur auf solche Fälle, wo man den Regreß des Erwerbers fürchten mußte, beschränkt hätte.

Mit einem Worte, das Gesetz will jeder Veräußerung des Fiscus die volle Wirkung beilegen, als ob er über den Gegenstand derselben vollkommen zu verfügen berechtigt wäre, und keinem Andern ein Recht darauf zustände, kraft dessen dieser den Erfolg jener Veräußerung und den Erwerb, den sie gewähren sollte, ganz oder zum Theil vereiteln könnte. Am häufigsten wird es Eigenthum oder Pfandrecht an der veräußerten Sache sein, was einem Andern die Möglichkeit solcher Anfechtung geben könnte; daher werden die Eigenthums- und Pfandklage besonders hervorgehoben. Aber sie kommen nicht allein in Betracht. Es können auch andere in rem actiones sein, gegen welche der Erwerber gesichert sein soll, z. B. nach Umständen negatoria oder confessoria oder vectigalis actio; und es können auch persönliche Klagen sein, z. B. die actio quod metus causa, actio communi dividundo, actio ad exhibendum, actio in factum wegen Bereicherung und Nothklagen¹⁴.

Ueberall aber fragt sich vorerst: was der Fiscus veräußert habe und durch die Veräußerung gewähren wollte? worin also dasjenige bestehe, dessen Erwerb nach den vorliegenden Gesetzen dem Käufer völlig gesichert sein soll? Und so fragt es sich denn auch, um sofort zu dem besondern Gegenstande unserer Erörterung überzugehen, was soll dem-

¹⁴ 2gl. L. 15. §. 1. L. 46. pr. L. 49. L. 62. §. 2. D. de eviction. 21. 2. — L. 11. §. 1. L. 34. §. 1. ibid. — L. 14. §. 3. 5. D. quod met. causa. 4. 2. — L. 3. §. 15. L. 6. D. ad exhib. 10. 4. — L. 23. §. 5. D. de rei vind. 6. 1.

jenigen gewährt sein, welchem der Fiscus eine Erbschaft verkauft hat? Die Antwort lautet einfach: die Erbschaft, d. i. die Gesamtheit des Vermögens, mit allen wirklich darin begriffenen Rechten, aber auch mit den darauf lastenden Verbindlichkeiten¹⁵. Einen Anspruch auf die Erbschaft kann daher Niemand gegen den Käufer geltend machen; Niemand kann gegen ihn *hereditatem petere ex asse* oder *pro parte*, daher auch nicht auf Erbtheilung klagen, wofern nicht bloß ein Theil der Erbschaft Gegenstand des Verkaufes war; es findet nicht das *interdictum quorum bonorum*, nicht das *remedium ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani* gegen ihn Anwendung. Kann man nun wohl aus gleichem Grunde behaupten, daß auch kein Gläubiger der verkauften Erbschaft gegen den Käufer klagen könne? Dann müßte man von der Ansicht ausgehen, daß der Gläubiger Anspruch auf die Erbschaft mache. Ein jeder sieht aber, daß dieß unsinnig wäre. Mächte der Gläubiger Anspruch auf die Erbschaft, so könnte er nicht als Gläubiger klagen, indem er dann ja annehmen müßte, daß seine Forderung durch *Confusio* erloschen sei. Er klagt vielmehr, eben weil er selbst auf die Erbschaft keinen Anspruch macht, gegen denjenigen, auf welchen diese übergegangen ist und welcher nun als *Universalsuccessor* seines Schuldners ihm haftet. Seine Klage ist auch gar nicht darauf gerichtet, diesem irgend etwas von der Erbschaft zu entziehen, sondern, wenn jene gegründet ist, so ergibt sich daraus nur, daß diese von Anfang an um den Betrag der Schuld weniger reich war, und es versteht sich von selbst, daß der Erbe, oder wer des Erben Stelle einnimmt, diese Schuld bezahlen muß. Ob nun der Käufer der Erbschaft diese Stelle einnehme, darüber entscheidet die Verordnung von *Zeno* nichts; sie steht dem aber auch nicht entgegen. Sie erwähnt gar nicht des Verkaufes einer Erbschaft insbesondere; sie bestimmt überhaupt nichts über den Inhalt eines fiskalischen Veräußerungsgeschäfts und so enthält sie auch nichts darüber, welchen Inhalt der Verkauf einer Erbschaft habe. Ihr Zweck beschränkt sich nur auf Beseitigung von solchen Ansprüchen gegen den Erwerber, welche sich darauf gründen könnten, daß der Fiscus zu der Veräußerung kein Recht gehabt habe. Es wird dadurch nur, wenn wir das Gesetz auf diesen Fall anwenden, jede durch den Fiscus vorgenommene Veräußerung einer Erbschaft für eine berechtigte erklärt oder einer mit Recht vorgenommenen in der Wirkung gleichgestellt. Wenn nun in andern Stellen der Rechts-

¹⁵ L. 3. pr. D. de bon. poss. 37. 1. »Bona plerumque solemus dicere universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum«. L. 2. pr. D. de hered. vend. 18. 4. »id inter ementem et vendentem (agitur), ut neque amplius neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset«.

bücher ältere Bestimmungen über die Wirkungen des Verkaufes einer dem Fiscus wirklich gehörenden Erbschaft sich finden, so werden diese durch jene neue Verordnung durchaus nicht abgeändert, sondern vielmehr nun von selbst auch auf den Fall übertragen, wenn der Fiscus unberechtigter Weise eine ihm nicht zustehende Erbschaft verkauft hat.

Dies also ist das Verhältniß von L. 1. Cod. de hered. vend. und von L. 2. 3. Cod. de quadr. praescript. Jene erklärt, wenn der Fiscus eine Erbschaft verkaufe, so habe dieses die Folge, daß der Käufer im Verhältniß zu den Gläubigern der Erbschaft nunmehr ganz in die Stelle des Fiscus eintrete, und dieser daher von denselben nicht mehr belangt werden könne; wobei stillschweigend vorausgesetzt ist, daß der Fiscus das Recht gehabt habe, die Erbschaft zu veräußern. Die beiden neueren Gesetze heben diese Wirkung nicht auf; vielmehr ergibt sich aus ihrer Bestimmung, daß nun dieselbe Wirkung auch dann eintrete, wenn der Fiscus eine fremde Erbschaft verkauft hat. Demnach haben diejenigen wohl recht gesehen, welche bemerkten, L. 1. Cod. cit. habe den Fall im Auge, wenn der Fiscus eine ihm gehörende Erbschaft verkauft habe, L. 2. cit. beziehe sich auf den Fall des Verkaufes einer fremden Sache¹⁶; sie durften dieß nur nicht so auffassen, daß im Fall der Veräußerung einer fremden Erbschaft L. 1. Cod. cit. keine Anwendung finde, was aber auch in der That nicht ihre Meinung zu sein scheint¹⁷.

Inconsequent aber würde es nun auch sein, wenn man behaupten wollte, der Käufer der Erbschaft könne wegen der zur Erbschaft vermeintlich oder wirklich gehörenden Sachen nicht mit Eigenthums- und Pfandklagen in Anspruch genommen werden. Der Verkauf der Erbschaft involvirt eben so wenig die Zusicherung, daß diese und jene bestimmte einzelne Sachen zu der Erbschaft gehören, und daß auf denselben kein Pfandrecht hafte, als daß die Erbschaft ganz schuldenfrei sei. Der Verkäufer der Erbschaft haftet nicht wegen Eviction, wenn dem Käufer einzelne Sachen, die man für Erbschaftssachen gehalten, abgestritten werden, so wenig, wie wenn sich neue Gläubiger melden, auf die man nicht gerechnet hatte¹⁸. Wer das Eigenthum einer vermeintlichen Erbschaftssache vindicirt, wer ein Pfandrecht an einer Erbschaftssache geltend macht, macht eben so wenig einen Anspruch auf die Erbschaft und entzieht eben

¹⁶ Vgl. Kämmerer a. a. D. S. 385 ff.

¹⁷ Ganz verfehlt ist daher das vermeintliche argumentum a potiori, welches a. a. D. dagegen vorgebracht wird: „Je der Käufer frei von Klagen einer dem Fiscus nicht gehörigen Sache, so wäre ihm diese Freiheit alldenn noch vielmehr zu ertheilen gewesen, wenn er eine dem Fiscus mit Recht zugeworfene Erbschaft durch Kauf erwarb“.

¹⁸ L. 2. pr. L. 13. 14. §. 1. D. de hered. vend. 48. 4. L. 1. Cod. de eviction. §. 45. cf. L. 45. D. l. c. nisi de substantia eius affirmaverit.

so wenig dem Käufer einen Theil der Erbschaft, wie der Erbschaftsgläubiger, der Bezahlung seiner Forderung sucht. So wie nun der Privatverkäufer der Erbschaft dieserhalb keine Regressansprüche des Käufers zu fürchten hat, so muß auch derjenige, welcher vom Fiscus die Erbschaft gekauft hat, solchen Abgang sich gefallen lassen, weil ihm eben die Erbschaft, so wie sie beschaffen ist, verkauft worden, und kann nicht diejenigen, welche jene Ansprüche erheben, an den Fiscus verweisen. Sonst müßte man consequent behaupten, daß durch den fisciischen Verkauf der Erbschaft alle irgend Jemanden an einzelnen Sachen derselben zustehenden Servituten auf einmal aufgehoben seien und die Servitutberechtigten dafür nur vom Fiscus Entschädigung zu fordern hätten.

Gleichwohl sollen nach Kämmerer¹⁹ Cujacius und verschiedene andere Rechtsgelehrte behauptet haben, gegen Eigenthums- und Pfandklagen sei der Erbschaftskäufer vollständig gesichert; denn diese müßten insgesammt gegen den Fiscus gerichtet werden; was aber die persönlichen Schuldklagen betreffe, so falle jede Verhaftung des Fiscus weg, und könne nur der Erbschaftskäufer von den Erbschaftsgläubigern belangt werden. In der That aber wird ihnen diese inconsequente Meinung ohne Grund aufgebürdet. Cujacius erklärt sich ganz deutlich dahin, daß nach Zeno's Constitution der Käufer nur gegen die Klagen über das Eigenthum der veräußerten Sache und gegen die Pfandklage gesichert sein solle, durch welche ihm das Object der Veräußerung entzogen werden könnte, daß daher gegen den Käufer der Erbschaft nicht mehr die hereditatis petitio stattfinden könne, als welche eben diesen Erfolg haben würde; er deutet dadurch bestimmt genug an, was er bei dem Erbschaftsverkauf als den dem Käufer sicher gewährten Gegenstand betrachte, und daß er nicht Eigenthums- und Pfandklagen, welche bloß einzelne Sachen, nicht die Erbschaft als Universitas, angehen, gegen den Käufer für unzulässig halte²⁰. Seine Ansicht stimmt daher vollkommen mit der von Voet

¹⁹ a. a. D. 376 fig.

²⁰ Cuiacii recitat. ad L. 1. Cod. de hered. vend. (opp. edit. Neapol. tom. IX. pag. 336 sq.) »Dant igitur illae leges illi, qui emit a fisco, securitatem plenissimam, etiamsi vendiderit fisco rem alienam. . . . His videtur pugnare quae dicit, fisco hereditatem vendente dari actionem in emptorem. Ergo quicumque emit a fisco, non est securus. Sed haec non pugnant: nam lex 2. et 3. (de quadr. praescript.) dant securitatem emptoribus, cum quibus agitur de proprietate et hypotheca rerum, quae venditae sunt, ne scilicet hoc genere res illis avocentur. . . . Sic hereditate vendita a fisco, cum emptore agi potest de debito hereditario vel legato vel fideicommissum, quia non agitur de auferenda hereditate. . . . Verum cum eo, qui emit a fisco hereditatem quasi caducam et vacantem, ex L. 2. postea non agetur petitione hereditatis, ne auferatur hereditas. . . . Igitur si fisco vendiderit hereditatem quasi caducam et vacantem, is, ad quem pertinet hereditas, iure aget cum fisco intra quadriennium, cum emptore non aget de hereditate ipsa. Wenn Cujacius dann noch hinzusetzt: sed si hereditas fuerit vero caduca et iure vendita, aget cum emptore quilibet creditor hereditarius vel legatarius

überein²¹, und was Kämmerer gegen den einen und den andern bemerkt, ist ganz in den Wind gesprochen. Voet geht offenbar nicht weiter als Cujacius, und geräth auch keineswegs in den „augenscheinlichsten Widerspruch mit Zeno's Constitution“; denn wenn diese „in dürren Worten die hypothekarischen Klagen gegen den Käufer ausschließt“, so sind diese doch keineswegs auch, geschweige denn „nur auf die hypothekarischen Erbschaftsgläubiger zu beziehen“, sondern nur auf die hypothekarischen Klagen derjenigen Gläubiger, welche ein Pfandrecht an dem Object der Veräußerung in Anspruch nehmen, welches Object aber bei dem Verkauf einer Erbschaft nicht diese oder jene einzelne Sachen sind²².

Aus diesem Allem, so können wir Kämmerer's Worte umdrehend sagen, geht wohl zur Genüge hervor, daß der von Cujacius wie von Voet und Andern gemachte Unterschied zwischen Klagen, die sich auf das jus hereditatis beziehen, und Klagen der Erbschaftsgläubiger vollkommen richtig sei, ohne daß es nöthig wäre, darüber noch ein Weiteres zu bemerken. Auch zerfällt hiernach von selbst der Tadel gegen Rageau, dem es als eine unbedachtsame Behauptung vorgeworfen wird²³, daß die Eigenthums- und Pfandklagen nicht gegen den Käufer stattfinden, wohl aber die Klagen de aere alieno, de fideicommisso et legato, welche Behauptung ebenfalls buchstäblich bei Cujacius sich findet²⁴. Allerdings müssen auch die Vermächtnisse vom Erbschaftskäufer anerkannt werden, in so weit sie nämlich auch vom Fiscus zu tragen wären. „Wie reimt sich aber dieses“, fragt Kämmerer, „wenn es seine Richtigkeit hätte, mit der bekannten neueren Verordnung Justinian's, daß denjenigen Personen, welche in einem letzten Willen bedacht sind, eine hypothekarische Klage und unter Umständen auch die Eigenthumsklage zustehen soll? Oder sollte etwa der Legatar nur und allein die actio personalis ex testamento anstellen dürfen? In der That, das würde doch eine ganz absonderliche Annahme sein!“ Freilich wäre dieses eine absonderliche Annahme. Aber absonderlich ist auch die erste der beiden Fragen. Verkauft der Fiscus eine mit Vermächtnissen belastete Erbschaft, so liegt es im Sinn des Geschäfts, daß der Käufer die Erbschaft eben auch mit dieser Last und Beschränkung überkomme, so wie sie der Fiscus selbst sich bei-

vel fideicommissarius“. so könnte man glauben, nach seiner Meinung würden diese Klagen gegen den Käufer nicht stattfinden, wenn die Erbschaft nicht wirklich dem Fiscus zugestanden habe; aber es ist nun nach L. 2. cit. eben jede vom Fiscus verkaufte Erbschaft als iure vendita anzusehen.

²¹ Comm. ad Pand. XVIII. 4. §. 8. Vgl. Kämmerer a. a. O. S. 381.

²² §. 14. J. cit. «earum rerum, quae alienatae sunt.» Diese Worte werden von Kämmerer nicht, wie von Cujacius, gebührend beachtet.

²³ a. a. O. S. 396. Note 30.

²⁴ Vgl. Note 20.

legte. Die Vermächtnißschuld wird also, gleich einer Erbschaftsschuld, durch die *personalis actio ex testamento* gegen den Käufer eingeklagt; und ist Jemanden das Eigenthum einer Erbschaftssache vermacht und nach Justinian's Verordnung *ipso iure* erworben, so gehört diese nicht mehr zu dem Bestande der verkauften Erbschaft, und der Legatar vindicirt sie gegen den Käufer, eben so wie jeder andere Eigenthümer einer einzelnen Sache, die dieser als zur Erbschaft gehörige besitzt. Ueberall macht auch der Vermächtnißnehmer keinen Anspruch auf die veräußerte Erbschaft. Und so reimt sich Ragueau's Ausspruch ganz wohl mit dem „entscheidenden Princip“.

Nicht minder verfehlt ist endlich auch die Polemik gegen des Donellus Ansicht²⁵. In der Hauptsache stimmt auch diese mit des Cujacius und unserer Meinung überein, obwohl man nach Kämmerer's lückenhaftem und mißverständlichem Auszug dieß nicht erwarten sollte. Donellus bemerkt vorerst, daß L. 2. Cod. de quadr. praescript. ohne Zweifel auch auf den Verkauf einer Erbschaft zu beziehen sei (*nam loquitur de rebus omnibus etiam in iure consistentibus; hereditas est autem res in iure consistens*). Aber man müsse wohl beachten, was der Inhalt eines Veräußerungsgeschäfts nach der Absicht der Contrahenten mit sich bringe. Bei dem Verkaufe der Erbschaft gehe die Absicht gerade darauf, daß der Käufer die Erbschaft mit allen Lasten übernehme, und dieß könne nach besonderem Rechte des Fiscus auch mit der Wirkung stattfinden, daß der Fiscus selbst den Erbschaftsgläubigern gar nicht mehr hafte. Quodsi, fährt er dann fort, *nihil eiusmodi convenerit aperte inter fiscum et emtorem, ut emtor rei a fisco emtae nomine ullis actionibus teneatur, servabimus constitutionem superiorem*. Dieses deutet ihm nun Kämmerer so, als wollte er damit sagen: wenn also bei dem Verkauf der Erbschaft nicht, sogar wohl ausdrücklich, verabredet sei, daß der Käufer die Erbschaftsklagen aufzunehmen habe, so finde L. 2. Cod. cit. Anwendung. Der Gedanke des Donellus aber ist kein anderer, als: in allen Fällen, wo nicht offenbar, wie es bei dem Verkauf der Erbschaft in Ermangelung einer ausdrücklichen Gegenverabredung stets anzunehmen ist, die Absicht bei dem Veräußerungsgeschäft darauf gehe, daß der Käufer sich gewissen Klagen unterziehen müsse, sei die L. 2. cit. anzuwenden. Und von dieser allgemeinen Bemerkung macht er nun sofort wieder die Anwendung: *Et ideo si quis hereditatem a fisco emerit et existat alius, qui se dicat heredem eamque here-*

²⁵ Comment. ad L. 1. Cod. de hered. vend. (in comment. ad libros Cod. etc. Francof. 1622. pag. 473. 474.)

ditatem petat ab emtore, defendetur emtor superiori constitutione, ut non teneatur petitione hereditatis, sed solus fiscus; quoniam tantum abest, ut convenerit inter fiscum et hunc emtorem, ut emtor hereditatem aliis petentibus restituere debeat, ut (quae)²⁶ convenerit, ut eam hereditatem, i. e. eius hereditatis commoda omnia haberet. Also, das ist deutlich des Donellus Meinung, die hereditatis petitio, als die Klage, welche die Erbschaft selbst dem Käufer entziehen würde, findet gegen diesen nicht statt, sie muß gegen den Fiscus gerichtet werden; die Klagen der Gläubiger und Legatarien aber muß jener aufnehmen, denn das liegt gerade in der Natur des Gegenstandes und entspricht der eigentlichen Intention des Geschäfts, daß der Käufer der Erbschaft alle Lasten derselben sich gefallen lasse; nam hereditas continet commoda et incommoda, seu onera hereditaria omnia; und muß daher auch derjenige, welcher von einem Privat-Erben die Erbschaft kauft, für diesen die Vertheidigung gegen jene Klagen übernehmen, oder doch denselben wegen der von Erbschaft wegen zu leistenden Zahlungen schadlos halten, obwohl dieser nicht, wie der Fiscus, der Klage der Gläubiger ganz ausweichen und den Käufer als allein Verpflichteten vorschieben kann²⁷.

Aus Allem diesem ergibt sich also, daß Kämmerer mit seinen polemischen Demonstrationen stets einer falschen Fährte folgt; einzig deshalb, weil er sich zu sehr an den bloßen Buchstaben gefangen gibt und nicht beachtet, was der Gegenstand des Erbschaftskaufes eigentlich sei; und wenn man nun dazu bedenkt, daß nach seiner Ansicht die sehr bestimmte Anfangsstelle eines Titels (L. 1. Cod. de hered. vend.) als unpraktisch verworfen und deren Aufnahme somit den Verfassern des Codex zum argen Vorwurf gemacht werden muß, daß ferner dadurch ganz gegen sein Interesse dem Fiscus eine große Belästigung, die ihm das frühere Recht ersparte, aufgebürdet wird, so wird man das im Anfang dieses Aufsatzes ausgesprochene Urtheil gerechtfertigt und das dort geäußerte Gefühl des Mißbehagens über so eitle Verschwendung von Gelehrsamkeit erklärt finden. So glaube ich denn auch, daß die beiden Rechtsgelehrten, welche Kämmerer geneigt ist als Genossen seiner Meinung anzusehen²⁸, diese Genossenschaft von sich abweisen. Denn wenn Löhr schreibt: „Wer aus dem kaiserlichen Aerarium . . . etwas erwirbt . . . soll gegen alle Arten von Klagen gesichert sein“, so hat er gewiß eben so wenig daran gedacht,

²⁶ So lautet die Stelle, offenbar fehlerhaft, in der angeführten Ausgabe.

²⁷ L. 2. Cod. l. c. Vgl. Donell. ad h. l.

²⁸ a. a. O. S. 393. Note 13.

daß der Erwerber auch derjenigen Klagen enthoben sein solle, welche ihn nach der Natur des erworbenen Gegenstandes treffen müssen, als er sagen wollte, was man aus seinen Worten auch entnehmen könnte, daß ein solcher Erwerber überhaupt gar nicht mehr belangt werden könne. Und wenn Frits sagt: „Zeno erklärt die Klagen für ganz unstatthaft; auch beschränkt er dieß nicht auf die Eigenthumsklage, sondern er dehnt es auf alle gegen den Besizer als solchen gerichtete selbst persönliche Klagen aus“, so liegt darin nichts anderes, als was ich oben ausgeführt habe, daß dem Erwerber weder durch persönliche, noch durch dingliche Klagen dritter Personen der Gegenstand des Erwerbes entzogen werden könne, wie denn auch Frits in der von ihm besorgten Ausgabe des Wening'schen Lehrbuches (§. 514.) den allgemein angenommenen Satz, den wir hier gegen Neuerung vertheidigen, aufgenommen hat, ohne auch nur eines Bedenkens dagegen zu erwähnen.

Der Vollständigkeit wegen will ich aber auch noch die allgemeinen Bemerkungen, durch welche Kämmerer am Schlusse seiner Abhandlung (§. 7.) seine Ansicht noch mehr zu befestigen glaubt, berücksichtigen. Von selbst freilich erledigt sich durch das Bisherige die erste dieser nachträglichen Bemerkungen, welche dahin geht, daß nach der Cujacischen Ansicht das Gesetz des Zeno consequenter Weise, aber in offenbarem Widerspruch mit seinen Worten, auch nicht auf alle übrigen dinglichen Klagen, außer der Eigenthums- und Pfandklage, bezogen werden könne. In der zweiten Bemerkung werden „mehrere auffallende Widersinnigkeiten, die unmöglich in der Absicht des Kaisers Zeno gelegen haben können“, hervorgehoben, welche sich nach der bisher herrschenden Ansicht ergeben sollen. Vorerst wäre nach dieser „der Käufer gegen die besseren und stärkeren Rechte dritter Personen, d. h. gegen die aus dem Eigenthum und andern dinglichen Rechten entstehenden Ansprüche völlig gedeckt, nicht aber gegen schwächere Rechte, gegen persönliche Klagen der Erbschaftsgläubiger. Wir hätten daher hier ein höchst merkwürdiges und wohl einziges Beispiel eines Falles, wo überhaupt die chirographarischen Gläubiger in ein besseres Verhältniß gesetzt worden wären, als der Eigenthümer selbst und die hypothekarischen Gläubiger. Dieses erscheint aber in der That so auffällig und widersinnig, daß nicht wohl angenommen werden kann und darf, Zeno habe wirklich einer solchen Widersinnigkeit Raum geben wollen. Ging des Kaisers Zweck einmal dahin, bei Veräußerungen des Fiscus den Käufer einer Erbschaft völlig zu sichern, so konnte dieser Zweck auch nur dadurch erreicht werden, daß ohne Unterschied alle Klagen gegen ihn, nicht allein die dinglichen, sondern um so mehr

auch die bloß persönlichen, für unzulässig erklärt werden“. Man sieht leicht, daß der Verfasser hier wieder ganz neben der Scheibe vorbeischießt. Er erinnert sich den Unsinn, und tadelt es dann als Unsinn, daß die chirographarischen Gläubiger wohl den Käufer der Erbschaft sollten belangen können, die Pfandgläubiger aber nicht, auch nicht die Eigenthümer von Sachen, welche jener als vermeintlich zur Erbschaft gehörende besitzt, während die richtige Ansicht aus L. 2. Cod. cit. nichts anderes ableitet, als daß dem Käufer das, was ihm der Fiscus verkauft hat, also hier die Erbschaft, gegen die Klagen dritter Personen, also hier namentlich gegen die hereditatis petitio, gesichert sein müsse, wodurch weder die Geltendmachung von Pfandrechten an wirklichen, noch die Geltendmachung des Eigenthums an bloß vermeintlichen Erbschaftsachen, die gar keinen Bestandtheil des verkauften Gegenstandes ausmachen, ausgeschlossen ist. Damit fällt denn auch die andere angebliche Widersinnigkeit, daß der hypothekarische Anspruch gegen den Fiscus in vier Jahren, die persönliche Schuldklage gegen den Käufer der Erbschaft aber erst in dreißig Jahren erlöschen würde. „Hiebei darf man wohl fragen, sagt der Verfasser, was hilft denn dem Erbschaftskäufer die ihm ertheilte Sicherheit, wenn er auf diese Weise fortwährend behelligt werden kann? Eine solche Sicherheit ist in der That = null. Wie daher nach der bisherigen Theorie Zeno's Verordnung von dem Vorwurfe einer offensichtlichen Widersinnigkeit zu befreien wäre, das nachzuweisen, meint der Verfasser, möchte doch allerdings bedeutenden Schwierigkeiten unterworfen sein“. Aber es ist viel leichter, als dieses Raisonnement gegen den Vorwurf der Bodenlosigkeit zu vertheidigen. Zeno's Verordnung gewährt dem Käufer der Erbschaft so wenig gegen die hypothekarischen, als gegen die persönlichen Klagen der Erbschaftsgläubiger Sicherheit. Und eben so leicht endlich ist die letzte Widersinnigkeit zu beseitigen, die sich ergeben soll, wenn die Eigenthumsklage dritter Personen mit der actio commodati oder depositi concurrirte. Hier würde, so denkt sich Kämmerer als Consequenz der richtigen Ansicht, die Entschädigungsklage wegen der Eigenthumsansprüche gegen den Fiscus in vier Jahren erlöschen, die actio commodati oder depositi als persönliche Klage gegen den Käufer noch später zulässig sein auf Herausgabe der geliehenen oder deponirten Sache, obwohl ihm deren ungekränkter Besitz durch die Constitution zugesichert worden“. Es ist immer wieder dasselbe *πρωτον ψευδος*, das der ganzen Ausführung zu Grunde liegt, als ob demjenigen, welchem eine Erbschaft verkauft ist, das Eigenthum dieser oder jener bestimmten Sachen verkauft und daher nach Zeno's Verordnung gegen jede Bestreitung

gesichert sei. In obigem Falle findet sowohl die Eigenthumsklage, als die Klage aus dem Contract mit dem Erblasser gegen den Käufer der Erbschaft statt; die erste, sofern er die Sache, die nicht Erbschaftsache ist, und daher durch den Verkauf der Erbschaft auch nicht ihm erworben wurde, besitzt; die andere, weil er als Käufer der Erbschaft anstatt des Fiscus alle Klagen, die gegen den Erblasser begründet wären, aufnehmen muß.

Wenn übrigens der Fiscus im einzelnen Fall dem Käufer der Erbschaft gewisse Sachen als zu dieser gehörige bezeichnet und garantirt hat, so ist kein Zweifel, daß alsdann das Eigenthum derselben nach L. 2. cit. auch vollkommen auf den Käufer übergehe, so wie es der Fall sein würde, wenn sie wirklich Erbschaftsachen wären, und alsdann würde auch keine *depositi* oder *commodati actio* wegen derselben gegen ihn statthaben, sondern der Verletzte müßte seine Entschädigung beim Fiscus suchen; es wäre hier nicht anders, als ob dem Käufer jene Sachen speciell veräußert wären, wie denn derselbe hier auch wegen der *Eviction*, wenn sie nicht durch L. 2. cit. ausgeschlossen wäre, gegen den Verkäufer seinen Regreß nehmen könnte²⁹.

Ich glaube nun die bisherige gemeine Meinung gegen jeden Zweifel, den etwa die Abhandlung von Kämmerer Jemanden erregen könnte, vollständig geschügt zu haben. Des Sieges mich zu freuen, hätte ich freilich keine Ursache, wenn ich der Ansicht von Fabricius beipflichten müßte, welcher es eine furchtbare Rechtsverletzung, deren sich die Kaiser Severus und Caracalla schuldig gemacht haben, nennt, daß der Fiscus durch den Verkauf einer vacanten Erbschaft von den Ansprüchen der Gläubiger sich gänzlich lossagen könne, und daher entrüstet fragt: „Kann solches Unrecht wohl jemals Recht werden?“³⁰ Indessen ist es mit diesem Unrecht nicht gar so schlimm, und es wäre gut, wenn dem Fiscus nirgend Mergeres zum Vorwurf gemacht werden könnte³¹. Die Gläubiger der Erbschaft sind nach L. 1. Cod. de hered. vend. auf keinen Fall schlechter gestellt, als sie sein würden, wenn der Fiscus das erblose Vermögen ganz ablehnte, wie es geschieht, wenn dasselbe überschuldet ist. Es würde dann *Concurs* über die Erbschaft eröffnet werden und die Gläubiger würden Befriedigung erlangen, so weit diese reicht. Dieß können sie aber auch gegen den Käufer jedenfalls erwirken, indem sie nur, wenn sie demselben nicht trauen, Separation des erbchaftlichen

²⁹ L. 15. D. de her. vend. 18. 4.

³⁰ Im Rhein. Mus. IV. S. 191. Not. 36.

³¹ Vgl. auch Blume im Rhein. Mus. a. a. D. S. 217. Kämmerer a. a. D. S. 364.

Vermögens nachzusehen brauchen. Ihre Lage ist dieselbe, als wenn der Käufer irgendwie zum wahren Erben berufen wäre, und man kann die Sache füglich so auffassen, als ob der Staat da, wo ein anderer Erbe nicht vorhanden ist, subsidiarisch einen solchen hinstelle. Daß sich ihnen der immer zahlungsfähige Fiskus selbst als Erb-Schuldner darbiete, darauf haben ja die Erbschaftsgläubiger von vornherein keinen Anspruch, und nach Justinianischem Recht würde ihnen dieses auch ohnehin keinen größeren Vortheil bringen, da die fisciischen Beamten angewiesen sind, keine Erbschaft ohne Inventar anzunehmen, und demnach der Fiskus über den Bestand derselben hinaus nicht haften würde. Und übrigens werden die Gläubiger regelmäßig sehr zufrieden damit sein, daß ihnen statt des Fiskus ein Privatmann als Gegner hingestellt werde, wenn sie sich der manchfaltigen Privilegien jenes gefürchteten Widerparts erinnern und des Mißbrauches, den nicht selten fisciische Beamte mit unrechtlicher Bessissenheit, sich den Ruf eifriger Staatsdiener zu erwerben, davon machen, damit die am Recht verzweifelnde Gegenpartei wenigstens zu einem dem Fiskus günstigen Vergleiche in Güte sich herbeilasse. So wird also der Verkauf der Erbschaft von Seiten des Fiskus mit jener gesetzlichen Wirkung den Gläubigern wohl häufiger als eine Wohlthat, denn als eine furchtbare Rechtsverletzung erscheinen.

Dieser meiner Bemerkung liegt stillschweigend die Ansicht zum Grunde, daß der Käufer der Erbschaft ganz in die Stelle des veräußernden Fiskus eintrete und als wahrer Universalsuccessor des Erblassers zu betrachten sei. Diese Ansicht ist auch in neuester Zeit noch von verschiedenen Rechtsgelehrten mit aller Entschiedenheit ausgesprochen, ja als unbezweifelbar vorausgesetzt³², und insbesondere auch als Argument für die Behauptung benutzt worden, daß der Fiskus selbst als Vindicant des erblojen Vermögens, obwohl weder heres noch bonorum possessor genannt, doch ebenfalls in Wahrheit Universalsuccessor sei³³. Sie wird nun aber von Rämmerer in §. 2. seiner Abhandlung, bevor er zu dem eigentlichen Zwecke derselben, d. i. der (mißlungenen) Beweisführung, daß L. 1. Cod. de hered. vend. durch L. 2. Cod. de quadr. praescript. aufgehoben sei, übergeht, mit großer Lebhaftigkeit bestritten. Nach seiner Ansicht wäre die Frage freilich kaum eines solchen Aufwandes gelehrter Auseinandersetzung werth, wie wir sie auf S. 353 — 370. a. a. O. finden; denn es ist in der That von geringem Interesse, was für eine Ansicht darüber für die Zeit von Severus bis Zeno als die

³² Haffe im Arch. für civ. Prag. V. S. 50.

³³ Schröter in der Siebenr Zeitfchr. X. S. 132 flg.

richtige gelten müsse, wenn durch diesen die Frage ganz abge schnitten ist. Da aber das Letzte sich oben als unrichtig erwiesen hat, so erscheint dieselbe als bedeutend für die richtige Auffassung des noch geltenden Rechts. Aber auch hier stehe ich nicht an, die Polemik des Verfassers gegen die herrschende Ansicht als ganz und gar nichtig und verfehlt zu bezeichnen, und ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich die Meinung ausspreche, daß fast in jeder Bemerkung dagegen ein Fehltritt liege.

Vorerst liegt schon sogleich ein doppelter Fehler, ein literar-historischer und ein logischer, darin, daß der Verfasser der Meinung, L. 1. Cod. cit. enthalte ein ius singulare für den Fiscus, die Behauptung, daß darnach der Käufer der Erbschaft als Universalsuccessor zu betrachten sei, als eine angeblich neuere und davon abweichende entgegensezt. Ein literarhistorischer Fehler liegt darin; denn es haben schon längst weit ältere Rechtsgelehrte, als Haffe und Schröter und ältere, als alle zu Anfang des §. 2. genannten angeblichen Vertreter der entgegengesetzten Meinung, wenn ich Paul de Castro ausnehme, mit der größten Bestimmtheit die Ansicht ausgesprochen, daß der Käufer der Erbschaft in unserem Falle wahrer Universalsuccessor sei. Was der Verfasser als Aeußerung Warnkönig's über unsere Frage anführt: *Emtor loco heredis efficitur et personam defuncti sustinet*, das sagt eben so bestimmt schon Cuiacius: *convenienter eum, qui emit hereditatem a fisco, obtinere vicem heredis, quia fert commoda omnia et incommoda; non etiam qui emit a privato*³⁴. Und Donellus sagt sogar: *emto rem hereditatis, qui a fisco emit, pro fisco, id est, pro herede vero habendum esse*³⁵, worin wahrlich die Anerkennung einer Universalsuccession deutlich genug ausgesprochen ist. So war denn auch Haffe nicht entfernt der Meinung, etwas Nagelneues vorzubringen, indem er den Käufer der Erbschaft in unserem Falle unter den Universalsuccessoren aufzählte. Es ist ihm aber auch nicht eingefallen, die Behauptung aufzustellen, die ihm Rämmerer andichtet, daß hier nicht eine Ausnahme von dem regelmäßigen Rechte vorliege, „daß vielmehr jene Vorschrift der L. 1. Cod. cit. vollkommen mit den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen im Einklang stehe, weil der Käufer einer Erbschaft, welche der Fiscus ihm veräußert habe, ein Universalsuccessor sei“; er führt nur die L. 1. Cod. cit. als

³⁴ Cuiacii comm. in lib. IV. priores Cod., Opp. edit. Neap. tom. X. p. 1000. Den Ausdruck „vicem heredis obtinere“ braucht zwar Cuiacius, wie die Quellen selbst (L. 2. §. 18 D. de hered. vend.), auch wohl von einem andern Käufer der Erbschaft, der nicht in universum ius succedit. Aber oben gibt er durch den Gegensatz: *non etiam qui emit a privato*, zu erkennen, daß er dem Ausdruck eine stärkere Bedeutung beilege.

³⁵ Comment. l. c. p. 474. §. 10.

entscheidenden Beweis dafür an, daß jener Käufer Universalsuccessor sei, ohne sich darüber zu erklären, ob dieses als ein *ius singulare* anzusehen sei. Das aber ist der Fehler gegen die Logik, dessen sich Kämmerer schuldig macht, daß er diese beiden Behauptungen als contradictorisch entgegengesetzte behandelt, und daher ohneweiters diejenigen Gelehrten, welche L. 1. cit. als eine singuläre Bestimmung bezeichnen, für Gegner der Ansicht, daß hier eine Universalsuccession vorliege, ansieht, wogegen diese gewiß protestiren würden. Offenbar ist es kein Widerspruch, wenn wir sagen: „der Verkauf der Erbschaft begründet regelmäßig keine Universalsuccession des Käufers; nur wenn der *Fiscus* der Verkäufer ist, tritt nach besonderem Rechtstag diese Wirkung ein“.

Sehen wir nun näher zu, wie der Verfasser sein Thema durchführt, so begegnen wir gleich Anfangs einer schiefen Bemerkung³⁶. Der Kauf, sagt er, bilde seiner Natur nach, ohne Unterschied des Gegenstandes, einen sogenannten *titulus acquirendi singularis*. Denn „wie sollte der Gegenstand des Kaufes die absonderliche Wirkung haben, eine Singularsuccession zu einer Universalsuccession umzugestalten?“ Aber die alte *bonorum emtio* hatte doch unzweifelhaft eine Universalsuccession zur Folge³⁷; wenn nach älterem Recht der gesetzliche Erbe die noch nicht angetretene Erbschaft verkaufte und demgemäß in *Jure cedirte*, so führte auch dieses eine Universalsuccession für den Käufer herbei³⁸. Was der Kauf begründe, das hängt überhaupt wesentlich von seinem Gegenstande ab, und er begründet auch keineswegs immer eine Succession. Und daß der Kauf der Erbschaft regelmäßig nicht eine Universalsuccession erzeugt, das hat auch in der Natur des Gegenstandes, nicht in der Natur des Kaufes, seinen Grund, darin nämlich, daß der Erbe seiner Erbeigenschaft sich nicht willkürlich ent schlagen und daher nur den Inhalt der Erbschaft, nicht das Erbverhältniß selbst, veräußern kann.

Wenn nun der Verfasser diesen Grundsatz, daß der dem Erben inwohnende Universalcharakter nicht willkürlich auf einen Andern übertragen werden könne, als ein Hauptbollwerk seiner Argumentation, noch ausführlich zu beweisen und zu rechtfertigen sucht, so wollen wir dagegen keine Einwendung machen, ja wir möchten eher den Ausdruck, daß der Käufer der Erbschaft als *quasi heres* gelte³⁹, noch zu stark

³⁶ a. a. D. §. 356.

³⁷ Gai. III. 77 sqq. II. 98. pr. J. de succ. sublat. 3. 17.

³⁸ Gai. III. 85.

³⁹ a. a. D. §. 398. Zwar kommt dieser Ausdruck in den Quellen selbst in Beziehung auf den *emtor hereditatis* vor, vgl. §. 23. Not. 1. und L. 9. D. commun. de servitut. §. 4.; aber in einem Zusammenhange, woraus sich von selbst ergibt, daß dieß nur zur Bezeichnung des Resultats dienen soll, daß die Contractanten dem Contract gemäß unter sich anzu erkennen haben.

nennen, indem man ihn so verstehen könnte, als sei der Käufer loco heredis gleich dem bonorum possessor oder dem Universalfideicommissar. Auch geben wir zu, daß in dieser Beziehung aus allgemeinen Gründen des Rechts eine Verschiedenheit zwischen dem Fiscus und einem andern Erben sich nicht statuiren lasse, daß vielmehr, um eine solche anzunehmen, eine singuläre Rechtsbestimmung vorausgesetzt werde. Wenn aber daraus die Vermuthung abgeleitet wird, daß die in L. 1. Cod. cit. wirklich enthaltene singuläre Rechtsvorschrift für eine eigentliche Universalsuccession des Erbschaftskäufers wohl keinen Beweis geben werde, so ist dieß ungegründet. Haffe⁴⁰ führt vornehmlich drei Kennzeichen der Universalsuccession an, von denen jedes für sich allein untrüglich sei; 1) wenn die credita geradezu auf den Successor übergehen, 2) wenn die debita mit dem Ganzen übergehen, 3) wenn nach Quoten des ganzen Vermögens succedirt wird. Von diesen Kennzeichen verdient wohl keins das Prädicat „untrüglich“ in höherem Grade, als eben das zweite. Wenn die Gläubiger einen Andern anstatt ihres ursprünglichen Schuldners belangen können und sogar, um zu ihrem Recht zu kommen, belangen müssen, so muß wohl jener überhaupt in die Stelle des letzten, in universum ius desselben eingetreten sein; denn wie sollten bloß die Passiva auf ihn übergehen, ohne die Activa? Es kann zwar wohl auch für den Schuldner ein Anderer als procurator in rem suam den Proceß übernehmen und dadurch das Schuldverhältniß selbst. Wenn aber Jemand auch wider Willen auf die Klagen aller Gläubiger sich einlassen muß, und vollends wenn die Gläubiger auch nur gegen jenen ihre Klagen richten können, so muß er Universalsuccessor sein; denn niemals brauchen sich sonst die Gläubiger die Verweisung an einen Andern, der nicht ihr ursprünglicher Schuldner oder dessen Repräsentant ist, gefallen zu lassen. Nun aber ist eben der vorliegende Fall gerade so beschaffen. Nach dem eigenen Zugeständniß unseres Gegners⁴¹ spricht das Gesetz den veräußernden Fiscus von jeder Haftung gegen die Gläubiger los. Wenn auch der Käufer zahlungsunfähig wird, so können sie doch nicht gegen den Fiscus sich zurückwenden als ihren eigentlichen Schuldner, für welchen der Käufer nur als Stellvertreter vorrückt; sie haben nur diesen auszulagen, während ein anderer Erbe als Verkäufer der Erbschaft immer noch den Gläubigern haftet, so lange nicht diese den Käufer als ihren Schuldner angenommen haben⁴². Dieß gewährt

⁴⁰ a. a. D. S. 21 fig.

⁴¹ a. a. D. S. 364.

⁴² L. 2. Cod. de hered. vend. 4. 39. L. 2. Cod. de pactis. 2. 3.

nun wohl mehr als eine Vermuthung dafür, daß in jenem Falle der Käufer wirklich Universalsuccessor sei, zumal da kein Zweifel ist, daß derselbe auf der anderen Seite auch die activen Erbschaftsklagen vollkommen ausübt.

Dazu kommt noch der Umstand hinzu, daß dem Käufer der Erbschaft in unserem Falle ausdrücklich die Universalklage gegeben wird, gleichwie demjenigen, welchem nach dem Trebellianischen Senatsbeschlusse die Erbschaft restituiert worden ist, die Erbschaftsklage zusteht⁴³. Daß aber der letzte wirklich Universalsuccessor sei, ist nicht zu bezweifeln, und ich muß gestehen, daß mir die Gegenbemerkungen, die gegen dieses Argument gemacht werden, unbegreiflich verkehrt erscheinen. Denn „daß der Fiducier auch nach geschעהner Restitution, in Gemäßheit des strengen Civilrechts, seinen ursprünglichen Charakter als Erbe noch behält“, was hat das hier zu bedeuten? es ist nichts desto weniger gewiß, daß der Fideicommissar, so weit ihm die Erbschaft restituiert worden, wahrer Universalsuccessor ist, und es ist auch gewiß, daß die nach strengem Civilrecht noch fortdauernde Erbenqualität des Fiduciars, so weit sie mit jenem Recht des Fideicommissars in Conflict kommt, ein leerer Name ist. Und noch gewisser ist es, daß es ein ganz leerer Name wäre, wenn man mit dem Verfasser behaupten müßte, der Fiscus behalte des Verkaufes ungeachtet, eben so wie der Fiducier, seinen Universalcharakter; ja, nicht einmal einen leeren Namen könnte man es nennen, da der Fiscus auch vorher als Occupant des erblosen Vermögens keinen bestimmten Namen hat, nicht, wie der Fiduciar, Erbe heißt. Daß aber die hereditatis petitio des Käufers nur utilis ist, steht nicht im Geringsten der Meinung entgegen, daß derselbe Universalsuccessor im eigentlichen Sinn des Wortes sei, da auch der bonorum possessor nur utilis (possessoria) hereditatis petitio hat⁴⁴, auch dem Fiscus selbst, vor dem Verkauf der Erbschaft, nur eine solche beigelegt werden kann⁴⁵, und der bonorum emtor des alten Rechts, der aus-

⁴³ L. 51. D. de hered. pet. 5. 3.

⁴⁴ L. 1. 2. D. de poss. hered. pet. 5. 5.

⁴⁵ Vgl. Arnolds Beiträge S. 60. (oben S. 350.) Kämmerer a. a. O. S. 365. Not. 42. gibt ihm eine directe Klage (hered. petitio) und führt dafür L. 20. §. 7. D. de hered. pet. an, welche aber seinen Satz nicht beweist. Ich will mich jedoch auch keineswegs zu der auffallenden Meinung eines andern Schriftstellers bekant haben, der sich durch die angeführte Stelle noch nicht einmal zur Annahme einer utilis hereditatis petitio in Ansehung der hereditates ereptitiae berechtigt hält und sich lieber ein Nonstrum von einer Eigenthumsklage fingirt, wobei man das ganze Creptorium, wie das Caducum als Einzelfache betrachtet habe, wenn es auch eine ganze Erbschaft oder Erbportion umfaßte (vgl. Rechtslegion von Weiske IV. S. 51—54); ohne zu bemerken oder vielmehr ohne sich durch die Bemerkung irre machen zu lassen, daß das Sc. in L. 20. §. 6. ibid. gerade auf einen Fall, wo partes caducae liscce peterentur, ausdrücklich Bezug nimmt, und ohne des Widerspruchs gewahr zu werden, den er

drücklich zu den Universalsuccessoren gezählt wird, gar nicht einmal eine *universalis actio*, sondern nur ein *interdictum adipiscendae possessionis* hatte⁴⁶. Wollte man dieses Argument gelten lassen, so müßte man zugleich einräumen, daß es überhaupt gar keine prätorische Universalsuccession im römischen Rechte gebe.

Aber noch eine Stelle führt mein Gegner an, von der er rühmt, daß schwerlich eine geeigneter, als sie, sein möchte, um den von ihm behaupteten Satz zu bestätigen. Es ist L. 13. §. 9. D. de her. pet. 5. 3. Und schwerlich ist ein Argument wichtiger als dieses, wie stark auch dieser Aussatz die Ueberzeugung von der Wichtigkeit verschiedener anderer Argumente bereits ausgesprochen hat. Jene Stelle sagt: gegen den Käufer eines vermeintlich erblosen Vermögens stehe dem Erben *utilis actio* (d. i. *hereditatis petitio*) zu. Nur *utilis actio*; also „folgt daraus ganz nothwendig, daß selbiger nicht wirklicher Universalsuccessor, sondern nur ein gewöhnlicher Singularsuccessor sein könne“? Andere Stellen lassen deutlich erkennen, daß auch die Klage gegen den Universalfideicommissar nur als *utilis hereditatis petitio* angesehen wurde⁴⁷: gewiß wird man daraus nicht folgern, daß „selbiger nur ein gewöhnlicher Singularsuccessor sein könne“. Die *hereditatis petitio* soll der Regel nach nur stattfinden gegen denjenigen, welcher *pro herede* oder *pro possessore* Etwas von der Erbschaft besitzt; weder das eine noch das andere kann man genau genommen von dem Käufer der Erbschaft sagen, wenn er auch Universalsuccessor ist; er besitzt vielmehr eigentlich *pro emptore*; daher erklärt sich, daß die *h. p.* gegen ihn *utilis* heißt, sollte sie auch, was dahingestellt bleibe, gegen den Fiscus selbst *directa* gewesen sein. Kämmerer scheint der Meinung gewesen zu sein, dieses verstehe sich von selbst, eben deswegen, weil die Klage gegen den Käufer nur *utilis* sei, „denn die Zulässigkeit einer *actio utilis* setzt nothwendig die Existenz einer *directa actio* in anderer Beziehung voraus“. Aber die Existenz einer *utilis actio* setzt ja in der That nichts weiter voraus, als daß es im Rechtssystem eine *directa actio* gebe, die ihr Vorbild ist, keineswegs, daß im einzelnen Falle für oder gegen einen Andern auch eine *directa actio* begründet sei oder gewesen sei: man müßte sonst behaupten, daß ein *bonorum possessor* nicht *utiles actiones* gehabt habe, wenn nicht ein *heres* vorhanden gewesen, dem die *directae* zuständen, oder daß der Eigenthümer gegen denjenigen, welcher sein Vieh

begehrt, indem er selbst anderswo (a. a. D. Bd. III. S. 943.) dieselbe L. 20. §. 7. cit. zum Beweise dafür anführt, daß dem Fiscus in Betreff der *bona vacantia hereditatis petitio* zustehe.

⁴⁶ Gai. IV. §. 145.

⁴⁷ L. 13. §. 5. 6. vgl. mit §. 4. D. de her. pet. Vgl. Arnolds Beiträge S. 36. (oben S. 336.)

muthwillig verschlechte, daß es in einen Graben stürzte, nicht *utilem legis Aquiliae actionem* habe, wenn nicht etwa ein Anderer zudem es todtgeschlagen und dadurch die *directa legis Aquiliae actio* gegen sich begründet habe⁴⁸. Daß aber dem *Fiscus* als *Vindicantem* eines erblosen Vermögens selbst *directa hereditatis petitio* beigelegt werde, ist weder bewiesen⁴⁹, noch auch nur wahrscheinlich, da er weder *heres*, noch *honorum possessor* genannt wird⁵⁰, und nicht einmal der letzte *directam hereditatis petitionem* hat; es kann also auch kein Argument dafür geben, daß die Klage gegen denselben *directa h. p.* sei.

Indessen könnte ich sogar zugeben, nicht nur, daß dieses wirklich der Fall sei, sondern auch daß der *Fiscus* selbst, nachdem er die Erbschaft verkauft hat, noch mit der *directa hereditatis petitio* belangt werden könne, während nun gegen den Käufer *utilis h. p.* stattfindet: dennoch würde dadurch die Behauptung, daß der letzte wahrer *Universalsuccessor* sei, durchaus nicht beeinträchtigt. Wenn Jemand vermöge *fideicommissarischer* Auflage, mit Vorbehalt einer bestimmten Summe, die ganze Erbschaft restituirt, so ist gewiß, daß der *Fideicommissar* allein in Wahrheit *Universalsuccessor* wird, der *Fiduciar* nur noch dem Namen nach Erbe bleibt, und praktisch seinen *Universalcharakter*, um *Kämmerer's* Ausdruck zu gebrauchen, ganz einbüßt, eben so wie, wenn er die ganze Erbschaft ohne Vorbehalt restituirt hat⁵¹. Gleichwohl kann der letzte noch mit der *hereditatis petitio* belangt werden, weil er jene Summe doch als Erbe behält⁵², und es bei dieser Klage überhaupt nicht darauf ankommt, ob man die Erbschaft im Ganzen behaupte, sondern nur, ob man irgend Etwas zur Erbschaft Gehöriges *pro herede* oder *pro possessore* inne habe⁵³. Nun ist es ferner bekannt, daß dahin auch der Preis verkaufter Erbschaftsachen, also natürlich auch der Preis der im Ganzen verkauften Erbschaft gerechnet wird⁵⁴. Und wenn daher auch gegen den Empfänger dieses Preises als solchen noch die *hereditatis petitio* gegeben wird, so folgt daraus gar nicht, daß er noch gegenwärtig die Stellung eines wahren *Universalsuccessors* einnehme, und es steht damit nicht im Widerspruch, daß nunmehr der Käufer in diese Stellung eingetreten sei.

Fassen wir nach allem diesem noch einmal die entscheidenden Momente

⁴⁸ §. ult. J. de lege Aquilia. 4. 3.

⁴⁹ Bgl. S. 27. Note 3.

⁵⁰ L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14

⁵¹ §. 9. J. de fideicomm. hered. 2. 23.

⁵² L. 13. §. 6. D. de hered. pet. 5. 3.

⁵³ L. 9. 10. pr. D. l. c.

⁵⁴ L. 20. §. 6. sqq. D. de hered. pet.

zusammen: 1) daß der Käufer allein, mit völliger Ausschließung fernerer Haftung des veräußernden Fiscus, den Gläubigern der Erbschaft verpflichtet ist, 2) daß derselbe auch alle activen Klagen der Erbschaft überkommt, und 3) nicht minder eine Universalclage hat, gleich wie der Universalfideicommissar, daß aber 4) die Existenz einer Universalsuccession davon, ob dem Successor directae oder utiles actiones beigelegt werden, nicht abhängt, so wird man nicht anstehen, mit mir die ganze Ausföhrung des §. 2. der besprochenen Abhandlung für eine ganz vergebliche und verfehlte zu erklären. Ja, ich muß gestehen, daß sich mit dem Gefühl des Mißmuthes, welches mich beschleicht, indem ich sehe, wie ein sonst achtbarer Gelehrter die Masse des unnützen Ballastes unserer juristischen Literatur arbeitsam vermehrt, zugleich die Befürchtung verbindet, ob ich nicht selbst eben jetzt auch noch einen Beitrag dazu liefere, indem ich so ausführlich die offenbare Nichtigkeit der Resultate seiner Arbeit nachzuweisen suche, während dem Einsichtigen wohl schon die kurze Bemerkung, die ich in dem oben Not. 1. angeführten Aufsatze dagegen gemacht habe, genügend scheinen könnte. Und vielleicht würde ich mich nicht entschließen, die gegenwärtige Abhandlung der Publicität zu übergeben, wenn ich es nicht für rätzlich halten müßte, dem für manchen Leser vielleicht blendenden Ansehen einer mit viel Gelehrsamkeit und großer Zuversicht geschriebenen und doch mehr Verwirrung der Begriffe befördernden als belehrenden Abhandlung, die sich schon in Lehrbüchern hier und dort angeführt findet, eine gründliche Beleuchtung entgegenzusetzen⁵⁵. Wenn ich dabei auch meinerseits mit aller Entschiedenheit gesprochen und, was mir falsch und verkehrt scheint, unumwunden auch so genannt habe, so galten doch meine Angriffe, hier wie überall, nur der Sache, nicht der Person, die den Anfechtungen schriftstellerischer Empfindlichkeit jetzt schon entrückt ist; und wie ich der eigenen Fehlbarkeit und Mangelhaftigkeit meines Wissens mir stets bewußt bleibe, so hoffe ich auch für verdiente Zurechtweisung empfänglich zu sein.

Zum Schlusse möge es mir noch gestattet sein, eine von Kämmerer nur beiläufig berührte Frage von größerer Zweifelhaftigkeit und geringerer Wichtigkeit, die aber mit Obigem in unmittelbarer Verbindung steht, zu besprechen, die Frage nämlich, ob der Käufer der Erbschaft

⁵⁵ Zum Beweise, daß dieß nicht überflüssig sei, möge das Rechtslexikon von Weiske, im Art. Fiscus, Bd. IV. S. 315. dienen. Der Verfasser dieses Artikels (Heimbach) hat sich durch Kämmerer verführen lassen, ebenfalls gegen Gasse und Schröter Opposition zu machen. Die so entschieden wie ausführlich verteidigte Meinung Kämmerer's, daß L. 1. Cod. de hered. vend. durch L. 2. Cod. de quadr. praescript. aufgehoben worden sei, nennt jedoch der Verfasser, sehr reservirt, nur „eine Vermuthung desselben.“

in unserem Falle civiliter oder nur honorario iure in universum ius succedere? Ich hatte das erste behauptet, und dafür Stieber als Gewährsmann angeführt⁵⁶. Dagegen bemerkt nun Kämmerer, es mangle dieser Behauptung am Beweise, und Stieber spreche nur „von der öffentlichen Veräußerung der Güter eines Verschuldeten, Zwecks der Befriedigung seiner Gläubiger, ein Fall, der mit dem unserigen, wo es sich um eine vom Fiscus als vacans verkaufte Erbschaft handelt, nichts zu thun habe“. Das letzte ist aber in doppelter Beziehung unrichtig. Hauptgegenstand der Abhandlung des genannten Schriftstellers ist freilich die bonorum emtio im e. S., d. i. der Verkauf eines Vermögens zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger; gelegentlich aber spricht er auch von öffentlichem Vermögensverkauf im Namen des Staats (sectio bonorum), welcher keineswegs den Zweck der Befriedigung der Gläubiger hatte, sondern vielmehr den Zweck, dem Staate einen sichern Gewinn von dem ihm zugefallenen Vermögen, z. B. eines Proscribirten, zu verschaffen und ihn doch der lästigen Verwaltung desselben, Beitreibung der Activa und Bezahlung der Passiva, zu überheben. Und insbesondere spricht er denn auch von dem Verkauf eines erblosen Vermögens im Namen des Aerars, und zwar behauptet er genau dasjenige, was ich ihm durch die Bezugnahme auf ihn selbst zuschrieb: daß dieser Verkauf eine civilrechtliche Universalsuccession begründe. Er sagt zuerst S. 3.: „erat autem sectio bonorum proscripti alicuius iudiciove publico damnati vel mortui, cuius hereditas fisco delata esset, publica per aversionem venditio, magistratus Romani auctoritate ita facta, ut emtor per universitatem ei, cuius bona emisset, succederet“. Dann bemerkt er weiter S. 5.: „nec tantum proscriptorum vel damnatorum bona, sed etiam hereditates fisco delatas sectione venditas esse, vix negari potest, praesertim cum publicorum bonorum emtores apud Gaium nostrum generaliter sectores appellari videamus“; und setzt unmittelbar hinzu: „Quare nec dubitandum esse videtur, quin Imp. Severi et Antonini epistola ad Geminium data (L. 1. Cod. de her. vend.), licet non sector sed emtor bonorum in ea commemoretur, tamen de sectore, quod et Schweppio visum est, sit accipienda“. Eben diese Stelle aber führt er später S. 15. unter den Beweisen an: quibus sectio probetur esse per universitatem successio; nam et apud Gaium bonorum emtori, item sectori, similiter ac bonorum

⁵⁶ Vgl. Arnhts Beiträge S. 60. (oben S. 360.) Not. 105. Stieber de bonorum emtione. Lipsiae 1827.

possessori adipiscendae possessionis interdictum propositum fuisse legimus, et Imp. Severus et Antoninus aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum, quem non alium, quam sectorem esse supra ostendimus, pertinere, certum et absolutum esse rescripserunt. Daß endlich der Verfasser diese Universal-succeſſion als eine civilrechtliche ansehe, gibt er deutlich genug zu erkennen, indem er §. 16. die Sectio als civile Erwerbart des Eigenthums bezeichnet, §. 21. des Gebrauches der Hasta beim Verkauf von Erbschaften gedenkt, §. 23. die bonorum emtio im e. §., im Gegensatz der sectio bonorum, dem prätorischen Recht zuschreibt, und zuletzt §. 66. bemerkt: „Hastae autem nullum in bonorum emtione usum fuisse per se verisimile est, quia hasta legitimi domini signum erat, bonorum emtione autem tanquam praetoria successione res non ex iure Quiritium sed in bonis emtoris fiebant“.

Gewiß ist es demnach, daß Stieber mit mir in Ansehung des fraglichen Punktes übereinstimmt. Indessen könnte es ja uns beiden zusammen am Beweise mangeln? Ich denke, es lasse sich doch Einiges zur Begründung unserer Ansicht vorbringen.

Bedeutend ist vor Allem die bekannte Stelle des Varro de rust. II. 10. „Dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit, . . . aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit“. Diese setzt es außer Zweifel, daß der Sector durch den obrigkeitlichen Zuschlag sofort das volle Eigenthum aller zu dem verkauften Vermögen gehörenden Sachen erwarb; und dieß war auch natürlich, da ein Magistratus des römischen Volkes im Namen desselben unter dem Zeichen der Hasta, dem Zeichen des römischen Eigenthums und des Centumviralgerichts, den Verkauf unmittelbar vornahm und den Zuschlag ertheilte, der Erwerb also, wie der durch Landanweisung und Verkauf der Kriegsbeute, aus der Quelle alles Rechts der Römer, dem Willen des Volkes, sich ableitete, während bei dem Verkauf zum Zweck der Befriedigung von Privatgläubigern nur ein unter Autorität des Prätors gewählter Magister, in Folge einer auf prätorischer Anordnung beruhenden Besitz-einweisung in das Vermögen, den Zuschlag gab (bona addicebat). Nun spricht zwar Varro nur vom Eigenthum, nicht von Forderungen und Schulden, und zu einer vollkommenen civilrechtlichen Universal-succeſſion, könnte man sagen, gehöre es, daß auch diese direct übergehen. Aber was voreerst die Forderungen angeht, so läßt es sich kaum denken, daß diese nicht ebenfalls ipso iure auf den Sector übertragen

worden seien. Diesem wurde ja das ganze Vermögen, also *omnes res incorporales et corporales quaeque debitae sunt*⁵⁷, zugesprochen: wie sollte er nun gegen die Besitzer von Sachen zwar klagen können „*rem ex iure Quiritium suam esse*“, nicht aber gegen Schuldner „*dari fieri sibi oportere?*“ Es wäre dieß ohne Beispiel; wo sonst ein Erwerb von Sachen *per universitatem* mit *directer* civilrechtlicher Wirkung stattfindet, da erstreckt sich dieser in gleicher Weise auch auf die Forderungen. Dagegen gibt es Fälle solcher *Universalsuccession*, in denen die Schulden auf den *Successor* gar nicht übergehen und dieser nur *indirect*, so weit das überkommene Vermögen reicht, zu deren Anerkennung angehalten werden kann⁵⁸. Daher würde der Umstand, daß die *Passivklagen* nur als *utiles actiones* gegen den *Successor* stattfinden, an sich noch nicht die Behauptung, daß eine civilrechtliche *Universalsuccession* vorliege, schlechthin ausschließen. In einem Hauptfalle, wo nach altem Recht *sectio honorum* eintreten konnte, möchte man vielleicht glauben, seien die *Obligationen* durch *Capitisdiminutio* zu Grunde gegangen, und daher die *Passivklagen* gegen den *Sector* nur als *utiles actiones* möglich gewesen; denn, wenn sie *ipso iure* gar nicht mehr existirten, konnten sie freilich auch gegen den *Universalsuccessor ipso iure* nicht mehr stattfinden. Allein wenn es einmal feststand, daß das Vermögen mit allen Lasten auf den *Sector* übergehe, und auf diese Bedingung unter unmittelbarer *Autorität* des Staats zugeschlagen wurde, so ist doch nicht wahrscheinlich, daß dieser *Zuschlag* nach der einen Seite nicht eben so strenge civilrechtliche Wirkung gehabt habe, wie nach der andern? Die Quellen deuten denn auch nichts davon an. Während sie bei der *capitis diminutio minima* von prätorischer *Restitution* der Klagen reden, sagen sie von dem Fall: *si amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis deminutio*, schlechthin „*cessabit Edictum, . . . dabitur plane actio in eos, ad quos pervenerunt bona eorum*“⁵⁹; und anderswo sagen sie schlechthin, daß durch die *Publicatio* des Vermögens einer Person in *eius locum alius succedat*, und diese daher für todt angesehen werde⁶⁰.

Nun könnte man aber doch einwenden, diese ganze Argumentation passe nicht auf unsere Frage, indem sie sich vorzüglich auf die Stelle des *Barro* gründe, bei dieser aber an den Verkauf einer *vacanten Erbschaft* noch nicht gedacht worden sei, da erst die *lex Julia et Papia Poppaea*

⁵⁷ Gai. III. §. 83.

⁵⁸ Gai. III. 82—84.

⁵⁹ L. 2. pr. D. de capite min. 4. 5.

⁶⁰ L. 65. §. 12. D. pro socio. 17. 2. §. 7. J. de societ. 3. 25.

dem Aerar die vacanten Erbschaften zugesprochen habe⁶¹. Diese Einwendung ist jedoch leicht zu beseitigen. Ist es doch schon an sich kaum zu bezweifeln, daß das Aerar in Ansehung der ihm nach jenem Gesetz zufallenden Erbschaften dasselbe Verfahren mit gleichen Wirkungen beobachtet haben werde, wie früher in andern ähnlichen Fällen. Zudem sagt Gaius ausdrücklich, daß *Sectores* überhaupt diejenigen genannt werden, „qui publice (d. i. sub hasta) bona (d. i. die Gesamtheit eines Vermögens) mercantur“, oder, wie es unmittelbar vorher heißt: *qui publica bona emerint*⁶²; und daß darunter auch der Käufer jener Erbschaften gehört, ist von selbst klar. Daher hätte auch der *bonorum emtor* in L. 1. Cod. de hered. vend. füglich *sector bonorum* genannt werden können⁶³, wenn man nicht etwa annehmen will, daß damals noch der *Fiscus* in dieser Beziehung vom *Aerarium* unterschieden worden sei.

Aber wird denn dem *Fiscus* selbst das erblose Vermögen *iure civili* erworben? So habe ich früher behauptet, und als Grund dafür angeführt, daß ihm durch Volksbeschluß dasselbe zugewiesen worden sei. Dagegen ist bemerkt worden, es fehle auch für die späteren Zeiten nicht an Beispielen civiler Quellen, welche prätorische *Universalsuccessionen* eingeführt haben, wie die *bonorum possessio quibus ex legibus* und die *Universalsuccession des Fideicommissars ex Sc. Trebelliano*⁶⁴. Und allerdings ist nicht zu läugnen, daß eine *Lex* auch eine prätorische *Universalsuccession* begründen konnte, wenn ihre Absicht darauf gerichtet war. Es ist uns zwar kein einziges Beispiel einer *bonorum possessio ex lege* bekannt⁶⁵, aber die Aufstellung des betreffenden Kapitels im prätorischen *Edict* setzt die Möglichkeit derselben, die sich freilich auch ohnehin von selbst verstände, voraus, obwohl auch dabei noch nicht gesagt ist, daß die *Succession* eine bloß prätorische sein müsse, da ja die *bonorum possessio* auch mit einer civilrechtlichen *Succession* sich verbinden kann. Dagegen aber wird es gewiß Jeder als das Natürlichere und an sich Wahrscheinlichere ansehen, daß, wenn ein Volksbeschluß Jemanden unter gewissen Voraussetzungen einen Erwerb beilegt, dieser auch mit voller civilrechtlicher Wirkung eintrete, und die Hauptsache ist daher: gibt es irgend einen Beweis oder auch nur eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß dieß in unserem Falle nicht so sich verhalten habe?

⁶¹ L. 96. §. 1. D. de legat. 1.

⁶² Gai. IV. §. 146.

⁶³ Vgl. Haffe a. a. D. Stieber l. c. pag. 5. 15. cf. pag. 3 sq.

⁶⁴ Rechtslegikon von Weiske III. S. 943 ff.

⁶⁵ Man hat ein Beispiel in der *Notiz* des *Isidor*. Orig. V. 26. über das *interneciei iudicium* vermuthet, was aber ganz ungewiß ist.

Die Analogie des Universal-fideicommisses begründet einen solchen Schein nicht. Wenn gleich die Senatsbeschlüsse legis vicem hatten, so brauchen wir uns doch nur die Fassung des Trebellianischen Senatsbeschlusses zu vergegenwärtigen⁶⁶, um es ganz erklärlich zu finden, daß darnach nur eine prätorische Universal-succeſſion angenommen wurde, indem es nur von dari und non dari actiones spricht, also nur eine Anweisung an den Prätor enthält, was er zu thun habe, und dabei den Restituenten selbst noch als den Heres bezeichnet, dem und gegen den die Klagen eigentlich stattfinden müßten. Ein davon sehr verschiedener Fall war es, wenn ein Gesetz sagte: „wo kein Erbe vorhanden ist, da soll das Vermögen dem Aerar zufallen“.

Auch der Umstand, daß die hereditatis petitio des Fiscus in Betreff eines erblosen Vermögens nur utilis ist, beweist nicht mehr, als daß derselbe nicht Heres ist, was wir nicht bestreiten, da ihm nach dem Gesetz das Vermögen gerade nur dann zufallen soll, wenn kein heres oder bonorum possessor vorhanden ist⁶⁷. Und es ist eine offenebare petitio principii, wenn bemerkt wird: daß hier nicht „eine dem Civilrecht entnommene Succeſſion“ vorliege, gehe daraus hervor, „daß die dem Fiscus im vorliegenden Falle gestattete hereditatis petitio nur eine utilis actio sein kann, da die directe Klage dem heres gebührt“. Dabei ist nämlich wohl zu bemerken, daß die hereditatis petitio des Fiscus nirgendwo geradezu utilis genannt, sondern daß sie dieses sei, eben nur daraus geschlossen wird, daß er nicht Heres genannt, sondern diesem entgegengesetzt wird. Aus demselben Grunde ist auch das für unsere Frage von keiner Bedeutung, daß dem Käufer der Erbschaft ebenfalls nur utilis hereditatis petitio beigelegt wird, und daß er in dieser Beziehung, in keiner andern, dem Universal-fideicommissar verglichen wird⁶⁸; denn auch er kann freilich nicht sagen, daß er Heres sei, und daher nicht directam hereditatis petitionem anstellen. Es kommt überhaupt, wie ich schon früher bemerkt habe, nicht auf den Charakter der Universalklage an, um zu erkennen, ob eine Succeſſion eine civilrechtliche sei oder nicht, sondern auf die Art und Weise, wie die einzelnen Klagen, die zu dem Vermögen gehören, auf den Succesor übergehen. Eine Universalklage ist nicht nothwendig mit der Universal-succeſſion verbunden; dem Arrogator z. B. wurde keine beigelegt,

⁶⁶ L. 1. §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. »placet et actiones, quae in heredes hereditibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum restituisent, sed bis et in eos, quibus fideicommissum restitutum fuisse«.

⁶⁷ Vgl. oben S. 27. Not. 3. u. S. 29. Not. 3.

⁶⁸ L. 54. D. de her. pet. 5. 3.

weil das Bedürfniß dazu fehlte, indem hier eine massenweise Usurpation des Vermögens, das bisher dem Arrogatus gehört hatte, durch einen Fremden nicht leicht vorkommen konnte⁶⁹. Es ist also auch nicht nothwendig, daß mit einer civilrechtlichen Universalsuccession eine civilrechtliche Universalflage verbunden sei. Wenn z. B. der Prätor für gut befunden hätte, dem Arrogator eine der hereditatis petitio nachgebildete Klage zu geben, so würde dessen Succession nichts desto weniger eine civilrechtliche geblieben sein, und so auch steht es der Annahme einer civilrechtlichen Universalsuccession des sector bonorum gar nicht entgegen, daß ihm nur ein (prätorisches) Interdictum zur Erlangung des Besizes der Vermögensmasse beigelegt wurde⁷⁰.

Forschen wir nun nach der Natur des Erwerbs im Einzelnen, so bietet sich uns folgendes, wie mir scheint, entscheidende Argument für die Behauptung dar, daß der Erwerb des Aerarar oder später des Fiscus an dem erblosen Vermögen ein civilrechtlicher war. Unter den civilen Erwerbungen des Eigenthums führt Ulpian zuletzt an: *Lege nobis adquiritur velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppaca*⁷¹. Man wird darnach nicht bezweifeln, daß die heredes und legatarii patres die ihnen zufallenden Caduca sofort zu vollkommenstem Rechte erwarben, und an den dazu gehörigen Sachen quiritarisches Eigenthum erlangten, sofern dieses sonst möglich war. Man wird aber ferner auch nicht bezweifeln, daß die Caduca dem Aerarium mit demselben Rechte zufielen, wie den Erben und Legatarien, welchen vor ihm ein Recht darauf gegeben wurde. Nun hat dasselbe Gesetz, welches die Bestimmungen über Caduca aufstellte, auch die Regel eingeführt, daß erbloses Vermögen dem Aerar anheimfallen solle. Ist es nun wohl wahrscheinlich, daß dasselbe diesem Erwerb eine geringere Wirkung ausdrücklich beigelegt oder auch nur einer Redeweise sich bedient habe, woraus man auf eine solche geringere Wirkung schließen könnte? Wahrscheinlich hat das Gesetz hier, wie bei den Caduca und Ereptitia, des Ausdrucks: „populo deferuntur oder vindicantur“ sich bedient⁷², und überall trat der Erwerb mit derselben civilrechtlichen Wirkung ein. Daher ist es mir befremdend gewesen, wie derselbe Schriftsteller in einem Artikel sagen konnte: daß die Erwerber des Caducum, „wenn dieses eine Erbschaftsquote ist, quiritisches Eigenthum und directae actiones, wenn es ein Vindicationslegat war, ebenfalls quiritarisches Eigenthum und im Damnationslegat eine

⁶⁹ Gai. III. §2. sq. Vgl. Haffner a. a. D. S. 64 flg.

⁷⁰ Gai. IV. §. 146.

⁷¹ Ulp. XIX. 7.

⁷² Vgl. Heinecc. ad leg. Jul. et Pap. Popp. lib. III. cap. 1. 7.

condictio ex lege erwerben“, schein schon daraus hervorzugehen, daß sie als iusti successores anerkannt werden, dann daselbst ausdrücklich hinzufügt, daß auch für die Volkscasse, ganz wie bei den patres, die caducorum vindicatio eingetreten sei, und dagegen in einem andern Artikel dem Fiscus den civilrechtlichen Erwerb an den bona vacantia abspricht, obwohl doch eingeräumt wird, daß der Fiscus auch in dieser Beziehung von Gaius zu den iusti successores gerechnet werde⁷³.

Man möge nun nach Allem diesem prüfen, ob ich mit Recht Grund genug zu haben glaube, meiner früher ausgesprochenen Ansicht, daß der Fiscus als Vindicant des erblosen Vermögens und gleich ihm auch der Käufer desselben civilrechtlicher Universalsuccessor sei, ungeachtet der dagegen erhobenen Einwendungen, festzuhalten, und möge die etwas ausführliche Besprechung dieses Punktes durch die Rücksicht gerechtfertigt halten, daß dadurch auch die obige Beantwortung der Frage, ob der Käufer der Erbschaft in unserem Falle überhaupt wahrer Universalsuccessor sei, noch mehr befestigt scheint.*

50.

Von den Vermächtnissen.**

Legat¹ hieß im römischen Rechte das ältere civilrechtliche Vermächtniß, d. i. eine letztwillige Verfügung, wodurch Jemanden auf Kosten der Erbschaft ein Vermögensvorthail zugewendet wird². Ein solches konnte nur dem eingesezten Erben, im Testamente oder in einem durch das Testament bestätigten Codicill, auferlegt werden³. Auch mußte der Wille des Erblassers in befehlender Weise, legis modo, i. e. imperative, und in

⁷³ Heimbach im Rechtslexikon von Weiske Bb. II. S. 519. Bb. III. S. 943.

* Gießener Zeitschr. XIX. S. 1—40 (1844.).

** Lehrb. §. 541—579.

¹ Inst. de legatis. 2. 20. Dig. de legatis et fideicommissis I. II. III. lib. 30—32. Cod. de legatis. 6. 37. — Gai. II. 192—245. Ulp. XXIV. Paul. III. 6. — Vgl. C. Ch. Westphal, Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, 2 Bde. Leipzig 1791. C. F. Hoffhirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Rechte, 2 Thle. Heidelberg. 1835. * Neuere Litteratur: M. S. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen, erste Abth. Tübingen 1854. Arnolds, d. L. v. d. Vermächtnissen Bb. 1. 2. Erlangen 1869—1873. (Fortsetzung von Stud's Erläutr. der Pand. Theil 46. 47.) Darüber Bring in der Münchener krit. Vierteljahrsschr. XIV. S. 105 fg.

² L. 36. D. de legat. II.: Legatum est donatio testamento relicta. L. 116. D. de legat. I.: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

³ Gai. II. 270. 271. Ulp. XXIV. 20. XXV. 8. Auch durfte das Legat nicht der Erbeinsetzung, welche es betraf, voransetzen. Gai. II. 229. Ulp. XXIV. 15. Cf. Paul. III. 6. §. 2.

lateinischer Sprache ausgesprochen sein ⁴. Es konnte aber dadurch entweder eine Forderung gegen den Erben oder auch geradezu ein dingliches Recht, namentlich das Eigenthum einer Sache, gewährt werden. Zu jenem Zwecke bediente man sich gewöhnlich der Formel: *heres damnas esto*, z. B. *Titio Stichum servum dare*. Daher hieß ein solches Vermächtniß *legatum per damnationem*, wengleich auch andere befehlende Ausdrücke gleichen Inhaltes, z. B. *dato, facito* u. dgl. mit gleicher Wirkung gebraucht werden konnten. Man konnte auf diese Weise dem Erben jede überhaupt mögliche obligatorische Leistung auslegen; der Legatar erlangte dadurch eine streng civilrechtliche persönliche Klage gegen den Erben auf Erfüllung dieser Verpflichtung, sowohl wenn eine Sache der Erbschaft selbst, als wenn irgend etwas anderes Gegenstand derselben war ⁵. Eine Abart des Damnationslegates war das *legatum sinendi modo*, z. B. *heres damnas esto sinere Titium Stichum servum sibi sumere, habere*. Dieß war nur wirksam, wenn es eine Sache betraf, die entweder zur Erbschaft oder dem Erben selbst gehörte; denn in Ansehung fremder Sachen konnte dem Legatar das bloße Zulassen des Erben nichts nützen ⁶. Jemanden aber geradezu ein dingliches Recht, z. B. das Eigenthum einer Sache, zu gewähren, ohne Vermittelung durch eine obligatio des Erben, das war nur möglich, wenn der Erblasser selbst das Eigenthum, und zwar das römische Eigenthum der Sache hatte, nicht nur zur Zeit des Todes, sondern auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung, wovon nur bei vertretbaren Sachen eine Ausnahme zugelassen war. Ein Legat dieser Art gab sofort, wie es wirksam wurde, dem Legatar eine dingliche Klage zur Geltendmachung seines Rechtes, in *rem actio* oder *vindicatio*; daher hieß es *legatum per vindicationem*. Die übliche Formel desselben war: *do lego*, z. B. *Titio Stichum servum*, weshalb es auch *do-lego-legatum* genannt wurde; doch waren auch hier andere Ausdrücke, z. B. *Titius servum habeto, capito* u. a. mit gleicher Wirkung anwendbar ⁷. Verwandt dem Vindicationlegate, jedoch in einigen Punkten davon abweichend, war endlich das *legatum per praeceptionem*, mit der üblichen Formel: *praecipito*, z. B. *Titius Stichum servum*, wodurch einem von mehreren Erben vor den anderen etwas voraus vermacht wurde, daher *praelegatum* ⁸. Diese ganze Unterscheidung war nicht eine willkürliche Erfindung; sie war durch innere

⁴ Ulp. XXIV. 4. Gai. II. 281.

⁵ Gai. II. 201—205. Ulp. §. 4. 8. 9. Paul. §. 10. 17.

⁶ Gai. 209—214. Ulp. 5. 10. Paul. 11.

⁷ Gai. 193—200. Ulp. 3. 7. Paul. 7. 17. Vat. Fragm. §. 57. 75.

⁸ Gai. 216—222. Ulp. 6. 11.

Verschiedenheit der Fälle hervorgerufen. Aber man hielt sie mit starrer Consequenz fest; ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers erklärte man das Legat wegen unpassender Form für ungiltig, wenn es gleich in anderer Form unter den vorliegenden Umständen vollkommen wirksam sein würde, und so wurde es namentlich für ungiltig angesehen, wenn der Erblasser, obgleich wissentlich, eine fremde Sache in der Form eines Vindicationslegates, mit den Worten: *do lego*, vermacht hatte. Es bedurfte eines Senatsbeschlusses, des *Sc. Neronianum*, um es durchzusetzen, daß in solchem Falle das Legat mit der Wirkung eines Damnationslegates aufrecht erhalten werde⁹, wornach man denn im zweifelhaften Falle dem Legatar die Wahl gab, ob er das Recht des Vermächtnisses mit der dinglichen oder der persönlichen Klage geltend machen wollte¹⁰. Uebrigens blieb jener Unterschied noch ferner bestehen, bis Justinian denselben dadurch beseitigte, daß er jedem Legate, ohne Rücksicht auf die verschiedene Form des Ausdruckes, die gleiche Wirkung beilegte, so weit es der Inhalt zuläßt¹¹.

Wichtiger noch war die ebenfalls durch Justinian bewirkte Gleichstellung der Legate mit den Fideicommissen. Die letzteren waren eine freiere Art von Vermächtnissen, womit nicht bloß testamentarische Erben, sondern auch andere Personen, die vom Erblasser etwas erhielten, beschwert werden konnten. Sie enthielten ihrer Form nach nur ein Gesuch (*verbis precativis*), dessen Erfüllung auch ursprünglich nur dem guten Willen anheimgestellt war, *fidei commissum*; daher fanden die civilrechtlichen Bestimmungen über Legate keine Anwendung darauf. Seitdem aber, zuerst von Augustus, rechtlicher Zwang zur Erfüllung derselben zugelassen worden, bildeten sich die Fideicommissa zu wahren Vermächtnissen aus, von ähnlicher materieller Bedeutung, wie das Damnationslegat, und sie wurden nun allmählig auch größtentheils den für Legate geltenden gesetzlichen Beschränkungen unterworfen. Sie erzeugten jedoch nicht, wie das Legat, eine civilrechtliche *actio*, sondern konnten nur *extraordinaria cognitione* geltend gemacht werden. Auch blieben sie in Ansehung der Form, obwohl sie ihnen auch darin sich mehr näherten, von den Legaten unterschieden, und ein in Legatsform hinterlassenes Vermächtniß war, wenn an den Voraussetzungen der Legate etwas fehlte, ungiltig, obgleich ein Vermächtniß desselben Inhaltes als Fideicommiss gültig gewesen

⁹ Gai. 196. 197. 218. 221. 222. Ulp. 41.

¹⁰ L. 33. L. 84. §. ult. L. 85. D. de legat. I. Cf. Gai. §. 194. Man verband aber auch wohl die beiden Formen: *do lego heresque damnas esto dare*, miteinander.

¹¹ L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicommiss. 6. 43. — §. 2. J. h. t. Vgl. überhaupt Marzoll, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proc. IX. S. 63—116, 274—310. * Vgl. Arnbt's a. a. O. I S. 6—43.

wäre¹². Justinian aber hat denn auch diesen Unterschied beseitigt. Er verordnete, daß auf den Gebrauch befehlender oder ersuchender Ausdrucksweise nichts mehr ankommen, vielmehr jede ihrem Inhalte nach zulässige Verfügung in der einen oder anderen Form gleiche Wirkung haben und gleiche rechtliche Vortheile gewähren, übrigens aber in den Punkten, worin bisher noch eine Verschiedenheit zwischen dem Rechte der Legate und Fideicommissen stattfand, das günstigere Recht der Fideicommissen den Ausschlag geben solle¹³. Von einem praktischen Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen kann darnach keine Rede mehr sein; man kann nun das Fideicommiss auch Legat nennen und umgekehrt¹⁴, und so auch Legat gleichbedeutend mit Vermächtniß nehmen. Allerdings besteht noch ein praktisch bedeutender Unterschied zwischen solchen Vermächtnissen, welche dem Erben, und solchen, welche anderen Personen auferlegt werden; aber dieß ist nicht der alte Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen, und im Ganzen gelten auch von allen Vermächtnissen gleiche Grundsätze. Daher werden wir in diesem Artikel die Lehre von den Vermächtnissen überhaupt darstellen, und zwar wollen wir zuerst die allgemeinen Grundsätze über dieselben entwickeln, dann die besonderen Bestimmungen über einzelne ihrem Gegenstande nach verschiedene Vermächtnisse anknüpfen.

I. Allgemeine Grundsätze.

Wir betrachten hier A. die Errichtung von Vermächtnissen und deren Erfordernisse, B. die mögliche Aufhebung derselben, C. den Erwerb derselben und dessen Wirkungen.

A. Bei der Errichtung der Vermächtnisse kommen vor allem

1) die dabei betheiligten Personen in Betracht. Diese sind der Erblasser, welcher das Vermächtniß gibt, der Belastete oder Dnerirte, d. i. derjenige, welcher das Vermächtniß entrichten soll, und der Vermächtnißnehmer oder Honorirte, d. i. derjenige, welchem dasselbe zugedacht ist.

¹² Gai. II. 246—289. Ulp. XXV. Paul. IV. 1. Inst. de fideicommissar. hered. 2. 23. de singularibus rebus per fid. relicti. 2. 24. Cod. de fideicommissis. 6. 42. Vgl. den Art. Fideicommissum im Rechtslexikon Bd. IV. S. 280—295. Marejoll a. a. D. S. 116—134. * Arnbt's a. a. D. S. 43—51.

¹³ L. 2. Cod. commun. de legat. et fideicommissis. 6. 43. a. 529. — Omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est quod non habet naturam (natura, vielleicht valet natura?) legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur, et sit omnibus perfectus eventus. — Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommissis quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam. Vgl. § 3. J. de legat. 2. 20. L. 1. D. de legat. I.: Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis. Marejoll a. a. D. S. 257—268. * Arnbt's a. a. D. S. 41. S. 51—80.

¹⁴ L. 2. Cod. cit.: Et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur.

a) Ein Vermächtniß zu geben ist nur derjenige fähig, welcher sich einen Erben ernennen kann; auch um ein Fideicommiß zu hinterlassen, mußte man testamentsfähig sein¹⁵. Die Fideicommiße waren zwar, weil sie gar keiner Förmlichkeit bedurften, insoweit vor den Legaten begünstigt, daß sie ungeachtet anfänglich mangelnder Fähigkeit des Erblassers doch wirksam waren, wenn dieser nur vor seinem Tode testamentsfähig geworden und bei demselben Willen beharrend gestorben war, vorausgesetzt jedoch, daß sie nicht bloß als ein Theil oder Anhang eines Testaments errichtet waren¹⁶. Mit Recht aber wird behauptet, daß dieß nur insofern gelten könne, als Fideicommiße ohne Förmlichkeit wirksam errichtet werden können, d. h. nach Justinianischem Rechte, wie sich unten ergeben wird, nur noch insofern, als die Existenz derselben bloß vom Gide des Belasteten abhängig gemacht wird¹⁷.

b) Wer mit einem Vermächtnisse belastet werden könne, darüber entscheidet nun die Regel der Fideicommiße, also lautend: eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum iis datur vel dum iis non adimitur¹⁸. Demnach kann vor allen dem Erben ein Vermächtniß auferlegt werden, sowohl dem gesetzlichen, wie dem testamentarischen Erben¹⁹, auch dem Erben des Erben²⁰, und demjenigen, welchem der Nachlaß als erbloses Vermögen zufallen möchte, wie dem Fiscus²¹; aber auch einem bloßen Vermächtnißnehmer und dessen Erben²², und jedem, der durch den Tod des Erblassers mittelbar oder unmittelbar aus dessen Vermögen etwas gewinnt, was ihm derselbe durch letztwillige Verfügung entziehen könnte, daher namentlich auch dem auf den Todesfall Beschenkten, wenn nicht der willkürliche Widerruf ausdrücklich ausgeschlossen ist²³. Wer dagegen, ohne es irgend dem Erblasser zu verdanken²⁴ oder selbst gegen dessen Willen etwas

¹⁵ L. 2. 414. pr. D. de legat. I. L. 1. pr. §. 2. 3. D. de legat. III. L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. 29. 7.

¹⁶ L. 4. §. 4. 5. D. de legat. III. Vgl. L. 3. §. 2. D. de iure codicill. Rhein. Mus. V. S. 247 bis 249. (unten Nr. 51.)

¹⁷ Bangerow, Pand. II. S. 411, 412. Köpffert a. a. D. I. S. 237. Note 1. Rühlensbruch, Lehrb. §. 732. erkennt in L. 4. §. 4. 5. cit. nur eine besondere Ausnahme von der Regel. — Arnbt's a. a. D. I. S. 343 fg.

¹⁸ L. 4. §. 6. D. de legat. III.

¹⁹ L. 1. §. 7—10. D. l. c. L. 92. §. 2. D. de legat. I. L. 8. §. 4. D. de iure codicill. 29. 7.

²⁰ L. 5. §. 4. L. 6. pr. D. de legat. III. Ebenso auch dem Vater, insoweit er durch die Erbssetzung des Kindes gewinnt. Ulp. XXV. 10. vgl. mit XXIV. 21. L. 41. D. de legat. I. Bangerow a. a. D. S. 412—416.

²¹ L. 414. §. 2. D. de legat. I.

²² Pr. J. de sing. reb. per fid. rel. 2. 24. L. 5. §. 4. cit.

²³ L. 3. D. de legat. III. L. 77. §. 4. D. de legat. II. L. 9. Cod. de fideicommi. 6. 42. Cf. L. 35. §. 4. D. de mort. causa donat. 39. 6. Vgl. auch L. 96. §. 4. D. de legat. I.

²⁴ L. 6. §. 4. D. de legat. III.

erwirbt²⁵ oder nur das, was ihm der Erblasser rechtlich nicht entziehen könnte²⁶, dem kann er auch kein Vermächtniß aufbürden. Und überall ist Regel, daß Jemand höchstens in dem Maße mit Vermächtnissen beschwert werden könne, als der Betrag desjenigen reicht, was ihm mittelbar oder unmittelbar durch des Erblassers Willen zufließt²⁷, soweit sich beides gegen einander abrechnen läßt²⁸. Der Vater insbesondere kann auch dem Erben seines unmündigen Kindes, sowohl dem gesetzlichen Erben als dem Pupillarsubstituten, Vermächtnisse auflegen, aber nur insoweit, als aus seinem Vermögen entweder in die Erbschaft des Kindes etwas übergegangen oder unmittelbar jenem zugewendet ist²⁹, und die dem Pupillarsubstituten des enterbten Kindes aufgelegten Vermächtnisse sollen nach einer Verordnung Justinian's selbst dann ungiltig sein, wenn auch dem Kinde Vermächtnisse hinterlassen waren, welche doch durch die Erbschaft des Kindes auch dem Pupillarsubstituten zufallen können³⁰.

Hat der Erblasser im einzelnen Falle nicht ausgesprochen, welche Personen das Vermächtniß zu entrichten haben³¹, so versteht sich von selbst, daß es den Erben zur Last fällt, und zwar nach Verhältniß ihrer Erbtheile, jedem unabhängig von dem anderen³², sofern nicht die Untheilbarkeit des Gegenstandes eine solidarische Haftung mit sich bringt³³, welche zudem aber auch durch besondere Bestimmung, namentlich durch alternative Belastung Mehrerer, begründet werden kann³⁴. Sehr streitig aber ist die Frage, wie zu entscheiden sei, wenn mehreren Erben mit namentlicher Benennung derselben, ohne Bestimmung der Theile, ein Vermächtniß auferlegt ist? Die Quellen selbst widersprechen sich darüber. Eine Stelle nimmt überall die Erbtheile als Maßstab der Belastung der einzelnen Erben an³⁵; eine andere erklärt sich für gleichheitliche

²⁵ L. 2. D. l. c. L. 31. Cod. de fideicomm. 6. 42.

²⁶ L. 114. §. 1. D. de legat. I. L. 67. §. 1. 2. D. de legat. II.

²⁷ §. 1. J. de sing. reb. per fid. rel. 2. 24. L. 114. §. 3. D. de legat. I. Auch die gewonnenen Früchte kommen in Betracht. L. 444. §. 3. cit. L. 70. §. 1. 2. D. de legat. II.

²⁸ L. 70. §. 1. cit. Wegen Nichterichtung eines Inventars kann der Erbe auch über den Bestand der Erbschaft hinaus verpflichtet werden, nach Nov. 1. cap. 2. Vgl. Rechtslexikon Bd. IV. S. 22. Note 158. 161.

²⁹ L. 92. §. 2. — L. 94. D. de legat. I. Vgl. Bangerow, Pand. II. S. 416—419. und unten Note 317 fig. *Arndts a. a. O. II. S. 178—217. 287—307.

³⁰ L. 24. Cod. de legat. 6. 37. Cf. L. 41. §. 3. D. de testam. milit. 29. 1.

³¹ L. 29. §. 1. D. de legat. II. L. 98. D. de legat. III.

³² L. 33. pr. L. 44. pr. D. de legat. II. L. 86. §. 3. D. de legat. I.

³³ L. 41. §. 23. 24. D. de legat. III. L. 7. D. de servitute leg. 33. 3. L. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

³⁴ L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. pr. D. de legat. III: Titius aut Maevius X dato. In L. 9. pr. D. de duob. reis. 45. 2. ist ohne Zweifel auch Titius aut Maevius zu lesen. Cuiacii quaest. Papin. ad h. l. (opp. edit. Neapol. vol. IV. p. 681. VII. 974. 1145.) Anderer Meinung freilich ist Faber, coniect. lib. XI. cap. 19. Vgl. Ribbentrop, von Correalsblig. S. 117—119.

³⁵ L. 17. D. de duob. reis. 45. 2. Paul. lib. VIII. ad Plaut. — Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro

Vertheilung der Last, wenn das Vermächtniß einigen von mehreren Erben namentlich aufgelegt ist³⁶; nach einer dritten soll überall die namentliche Aufzählung der Erben die Wirkung haben, daß sie durch das Legat gleichmäßig verpflichtet werden, wo sich sonst die Verpflichtung nach Maßgabe ihrer Erbtheile unter ihnen theilen würde³⁷. Vergeblich hat man versucht, diesen Widerspruch durch Kritik oder Interpretation zu beseitigen³⁸, und ungegründet ist es namentlich, der ersten Stelle vor den anderen deshalb den Vorzug zu geben, weil sie von dem jüngeren Juristen Paulus herrühre³⁹; denn die Berufung auf andere weit ältere Autoritäten, die Paulus nur mit stillschweigender Billigung anführt, ergibt, daß dieß eine alte Streitfrage war, die nicht etwa in der neueren Entwicklung des Rechts ihre Erledigung gefunden⁴⁰. Es bleibt nur übrig, die Aussprüche der Quellen, so weit sie unvereinbar mit einander sind, zu ignoriren, und die Frage nach der Natur der Sache zu entscheiden. Vor Allem ist natürlich zu prüfen, ob nicht im einzelnen Falle die eine oder andere Auslegung durch irgend einen Umstand überwiegend wahrscheinlich gemacht werde. Dieß kann z. B. der Fall sein, wenn der Erblasser vorzugsweise auf die Erbenqualität der Genannten hindeutet; wenn er z. B. erklärt: meine sämtlichen Erben, A, B, C, D, sollen schuldig sein u. s. w., wo die Namen nur als näher bezeichnende Apposition zu sämtlichen Erben erscheinen⁴¹. Im Zweifel aber, wo ein solcher Anhaltspunkt mangelt, muß man vorerst, wenn alle Erben namentlich onerirt sind, unbedenklich für gleichheitliche Theilung der Last entscheiden; nicht nur spricht dafür der innere Grund, daß ja bei anderer Willensmeinung des Erblassers die namentliche Bezeichnung der Onerirten ganz überflüssig und unpassend gewesen wäre, sondern es kann auch für diesen Fall die klare Entscheidung der dritten Stelle, wenn gleich nicht ohne von der uns durch Justinian gegebenen Berechtigung

hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat; idem est, quum omnes heredes nominantur.

³⁶ L. 54. §. 3. D. de legat. I. Pompon. lib. VIII. ad Sab. — Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent; si vero omnes, hereditarias.

³⁷ L. 124. D. I. c. Neratius lib. V. membran. — Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequantur in legato, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debitori essent.

³⁸ Cujacius will in L. 54. §. 3. cit. lesen: si personae heredum nominatae sunt. Vgl. dessen recitat. solenn. ad h. l., opp. edit. Neap. VII. p. 144. Garbon aber versteht: hereditarias p. h. d. s. v. o., viriles (Otto, thesaur. II. p. 843.). Vgl. übrigens Hoffhrt a. a. D. I. S. 238—245. Bangerow, Pand. II. S. 419—425.

³⁹ So z. B. Götschen, Vorles. III. 2. S. 570.

⁴⁰ Vgl. Savigny, System II. S. 282 fg.

⁴¹ Arg. L. 37 D. de stipulat. servor. 45. 3. L. 8. §. 1. D. de statulib. 40. 7. L. 23. 24. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Bangerow a. a. D. S. 423.

Gebrauch zu machen⁴², mit den anderen allenfalls vereinigt werden⁴³. Aber auch wenn nur einige von den Erben namentlich genannt sind, ist es das Einfachste, gleichheitliche Belastung derselben anzunehmen, wenn der Erblasser nicht etwas anderes andeutet. Der Grund, welchen Paulus für seine abweichende Ansicht angibt — quia hereditas eos obligat — ist nicht treffend, da es unzweifelhaft ist, daß der Erblasser die Erben ohne alle Rücksicht auf das Verhältniß ihrer Erbtheile belasten kann, und einen anderen durchgreifenden Grund für jene Meinung gibt es nicht⁴⁴. Wenn jedoch der Testator im allgemeinen seinen Erben das Vermächtniß auflegt, und nur einen oder anderen davon ausnimmt, so gilt für die übrigen die Größe ihrer Erbtheile als Maßstab ihres Antheiles an dieser Last; denn dieses ist ohne Widerspruch in den Quellen ausgesprochen⁴⁵, und ist auch an sich natürlich. Jedenfalls übrigens müssen die namentlich onerirten Erben das ganze Vermächtniß entrichten⁴⁶.

Wenn durch das Anwachsungsrecht ein Erbtheil anderen als den zunächst dazu berufenen Personen zufällt, so müssen jene auch die diesen auferlegten Vermächtnisse anerkennen⁴⁷. Nach älterem Rechte zwar war dieses für den Fall, wenn ein Vermächtniß dem wegfallenden Erben namentlich auferlegt war, nicht so entschieden und unzweifelhaft⁴⁸; nach Justinian's neuerer Verordnung aber ist es für jeden Fall ausgemacht, wofern nur die Auflage von der Art ist, daß jeder sie erfüllen kann,

⁴² L. 2. §. 15. L. 3. §. 15. Cod. de vet. iure enocl. 1. 17. Savigny a. a. D. S. 274.

⁴³ Man kann nämlich mit Cujacius annehmen, in L. 17. u. 54. cit. sei der Fall: quum omnes heredes nominantur, so zu denken, daß bloß schlechthin „alle Erben“ genannt würden. Bangerow a. a. D.

⁴⁴ Ahd. Mein. ist Bangerow, a. a. D. S. 424., mit Cujacius a. a. D. Er hält es für das Natürlichste, den Maßstab der Honorirung auch für die Onerirung entscheiden zu lassen, und stützt sich auf die Analogie von L. 7. D. de stip. serv. 45. 3. und L. 22. D. de statu lib. 40. 7. Allein sobald der Erblasser nur einige namentlich genannte Erben onerirt, so weicht er dadurch schon von dem Maßstabe der Honorirung ab und es ist keineswegs wahrscheinlich, daß er die Vertheilung der Last unter ihnen nach einer so künstlichen Rechnung, wie sie die obige Ansicht nöthig macht, gewollt habe; z. B. unter 6 Erben ist dem A, der zu $\frac{1}{6}$, und dem B, der zu $\frac{1}{4}$ Erbe ist, auferlegt, dem Z 12 zu geben: ist es wohl wahrscheinlich, daß hier A $4\frac{1}{3}$, B $7\frac{1}{3}$ geben solle, nach der Rechnung: $\frac{1}{6} : \frac{1}{4} = \frac{1}{24} : \frac{6}{24}$; also $4 : 10 = X : 12$, und $6 : 10 = x : 12$? Die Analogie obiger Stellen aber hat wenig zu bedeuten, wo wir wissen, daß über die unmittelbar vorliegende Frage verschiedene Meinungen herrschten, um so weniger, da L. 67. §. 1. D. de leg. t. I. allerdings eine entgegengesetzte Analogie gewährt, indem sie einen dem Falle der L. 22. cit. naheverwandten Fall betrifft.

⁴⁵ L. 17. D. cit. in den Worten: sive ab omnibus excepto aliquo.

⁴⁶ L. 17. cit. in den Worten: totum eos legatum debituros. Bedenken dagegen könnte L. 81. §. 4. D. de legat. I. erregen; sie erklärt sich aber durch die Eigenthümlichkeit des Vindicationslegats, und kann im Justinianischen Rechte höchstens noch so viel bedeuten, daß der Legatar pro parte der nicht onerirten Erben nicht sofort vindiciren kann, sondern von den Onerirten die Prästation des ganzen Legates fordern muß. * Vgl. Arnbt's a. a. D. S. 217—264.

⁴⁷ L. 49. §. 4. D. de legat. II.

⁴⁸ L. 29. §. 1. D. ibid. (Celsus). Cf. L. 61. §. 1. D. ibid. (Ulpian), wo in Beziehung auf Intestatbeisammisse erst aus einem Rescripte des Severus gefolgert wird, daß sie auf den Miterben übergehen.

und nicht etwa wesentlich die Rücksicht auf persönliche Eigenschaften des Belasteten dabei zum Grunde liegt⁴⁹. Unter derselben Voraussetzung muß ebenso auch der Substitut die dem Vormanne auferlegten Vermächtnisse erfüllen⁵⁰, und auch von dem entfernteren Intestaterben, der kraft der *successio ordinum* oder *graduum* in die Stelle des namentlich onerirten nächsten Intestaterben einrückt, möchte man consequent dasselbe behaupten, wenn nicht in einer anderen Stelle ausdrücklich das Gegentheil ausgesprochen wäre⁵¹.

c) Vermächtnisnehmer (honorirt) ist derjenige, welchem der Erblasser durch seine Verfügung mit Absicht einen Vermögensvorteil zuwendet. Dieses kann wohl auf eine Weise geschehen, daß der eigentlich Honorirte, *cui prospectum voluit, cuiusque contemplatione fecit testator*, in der betreffenden Verfügung gar nicht einmal genannt wird⁵², und so kann auch dieselbe Verfügung zugleich auf den Vorteil mehrerer Personen berechnet sein und für mehrere ein Vermächtnis enthalten, wengleich sie den Worten nach nur zu Gunsten einer Person lautet⁵³. Es kann aber auch ein Legat mehreren alternativ gegeben sein, in welchem Falle diese als Correalgläubiger anzusehen sind⁵⁴. In Betreff der Bezeichnung der Person des Vermächtnisnehmers gilt dasselbe, was bei der Erbeinsetzung darüber bemerkt ist⁵⁵. Fähig aber, mit einem Vermächtnisse bedacht zu werden, ist ebenfalls derjenige, welcher zum Erben eingesetzt werden kann⁵⁶; mit der Erweiterung, daß schon nach römischem Rechte Corporationen jeder Art ein Legat hinterlassen werden kann, obgleich ihnen die Fähigkeit, zu Erben eingesetzt zu werden, nicht allgemein beigelegt war⁵⁷. Daß dem Unfähigen zugedachte Vermächtnis ist nichtig⁵⁸. Fideicommissa waren zwar früher weniger beschränkt als Legate, aber

⁴⁹ L. un. §. 4. 9. 10. Cod. de caduc. toll. 6. 51. Vgl. Rechtslexikon Bb. I. S. 301. 311.

⁵⁰ L. 61. §. 1. D. de legat. II.

⁵¹ L. 1. §. 9. D. de legat. III. — Was L. 61. §. 1. cit. von dem Miterben sagt: *sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem*, sollte man sonst glauben noch mit mehr Recht von dem nächstfolgenden Intestaterben sagen zu können. * Vgl. Arnbt's a. a. D. II. S. 264 bis 287.

⁵² L. 11. §. 22. D. de legat. III. L. 49. §. 4—6. L. 69. §. 2. D. de legat. I. * Arnbt's a. a. D. I. S. 446—476.

⁵³ L. 11. §. 18—20. D. de legat. III. L. 49. D. cit.

⁵⁴ L. 16. D. de legat. II. * Arnbt's a. a. D. S. 476—519.

⁵⁵ §. 29. J. de legat. 2. 20. L. 33. pr. §. 1. L. 34. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 4. D. de reb. dub. 34. 5. L. 54. pr. D. de legat. I. Vgl. Rechtslexikon Bb. III. S. 919. 920. (oben S. 76. fg.)

⁵⁶ Ulp. XXV. 6. Gai. II. 218. §. 24—27. J. de legat. Vgl. Rechtslex. Bb. III. S. 908—917. (oben S. 65. fg.) * Vgl. Arnbt's a. a. D. I. S. 376—446. — Eine Ausnahme gilt bei dem Vermächtnis der Alimente. L. 11. D. de aliment. leg. 34. 4.

⁵⁷ Ulp. XXIV. 28. L. 20. D. de reb. dub. 34. 5. L. 33. D. de annuis leg. 31. 4. L. 38. §. 6. D. de legat. III. L. 117. D. de legat. I. Vgl. Rechtslex. Bb. III. S. 913—916. (oben S. 71. fg.)

⁵⁸ L. 3. pr. L. 4. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8.

diese Unterschiede sind später aufgehoben oder unpraktisch geworden⁵⁹. Die Hadrianiſche Vorſchrift insbeſondere, daß das einem Peregrinus hinterlaſſene Fideicommiß dem Fiſcus vindicirt werden ſolle⁶⁰, iſt in das Juſtinianiſche Recht nicht übergegangen, und iſt alſo nach dieſem ein ſolches Fideicommiß ebenſo wie das Legat als nichtig anzusehen, was aber jetzt freilich nicht mehr praktiſch iſt.

Auch einem Erben ſelbſt kann ein Vermächtniß gegeben werden. Iſt dieſes einer beſtimmten anderen Perſon auferlegt, ſo hat es nichts Eigenthümliches⁶¹. Iſt aber einem von mehreren Erben, ohne damit beſtimmte andere Perſonen zu beſaften, ein Vermächtniß gegeben, ſo erſcheint die ganze Erbiſchaft damit beſaftet oder jeder Erbe nach Verhältniß ſeines Erbtheiles, und ſo fällt denn ein Theil der Laſt auch auf denjenigen ſelbſt, welchem das Vermächtniß — Prälegat — gegeben iſt⁶². Nun kann aber doch Niemand von ſich ſelbſt ein Vermächtniß erhalten⁶³; daher kann jenes, inſoweit es dem Erbtheile des Legatars ſelbſt zur Laſt fällt, als Vermächtniß nicht wirksam ſein⁶⁴; nur ſo weit es den Erbtheil der Miterben trifft, iſt es ein wirſames Legat; das übrige hat und behält der Prälegatar als Erbe, nicht als Legatar⁶⁵. Wenn nun der Prälegatar einen Collegatar hat, ſo ſoll der ungiltige Theil des Prälegates vermöge des Anwachsungsrechtes excluſiv dem letzten zuſallen, während derſelbe zugleich in Betreff des auf die Miterben fallenden Theiles des Vermächtniſſes mit dem erſten concurrirt⁶⁶. Wenn aber der Collegatar ſelbſt der Miterbe, alſo ebenſalls Prälegatar iſt, ſo führt dieſelbe Conſequez weiter dahin, daß beider Antheile an dem gemeinſchaftlichen Legate ſich gerade umgekehrt zu einander verhalten, wie ihre Erbtheile, alſo z. B. der zu $\frac{1}{12}$ eingefetzte Erbe $\frac{11}{12}$ des Legates bekommt, der zu $\frac{11}{12}$ eingefetzte aber nur $\frac{1}{12}$ ⁶⁷; was denn conſequent auch für den Fall, wenn mehr als zwei Erben eingefetzt und alle mit einem Prälegat bedacht ſind, durchgeführt werden muß⁶⁸.

⁵⁹ Gai. II. 274. 275. 286. 287.

⁶⁰ Gai. II. 285.

⁶¹ Nur das läßt ſich wohl behaupten, daß das Legat, wenn die Miterben damit beſaftet ſind, auch im Erbtheilungsprozeſſe geltend gemacht werden könne. L. 17. §. 2. D. de legat. I. Roßhirt a. a. D. I. S. 253. * Dagegen Arnolds a. a. D. II. S. 12.

⁶² Bgl. Pfeiffer, de praelegatis. Marburg 1798. von der Pfordten, de praelegatis. Erlangen 1832. Roßhirt a. a. D. I. S. 250—287. Bangerow, Pand. II. S. 428—439.

⁶³ L. 116. §. 1. D. de legat. I.

⁶⁴ L. 48. D. I. c.

⁶⁵ L. 1. §. 6. D. quod legat. 43. 3. Cf. L. 1. Cod. si cert. pet. 4. 2. — L. 18. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 90. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

⁶⁶ L. 116. §. 1. L. 34. §. 11. D. de legat. I.

⁶⁷ L. 34. §. 12. D. I. c.

⁶⁸ Bgl. Roßhirt a. a. D. S. 275. Bangerow a. a. D. S. 432 fig.

Und wenn nur einigen von mehreren Erben ein Prälegat gegeben ist, so ist zwar im Zweifel anzunehmen, daß sie gleiche Theile daran haben sollen⁶⁹; aber es tritt doch nach derselben Consequenz diese gleiche Theilung nur in Ansehung des auf den Erbtheilen der übrigen Miterben ruhenden Theils des Vermächtnisses wirklich ein; der Theil des Legates, welcher den Erbtheil des einen Collegatars trifft, muß auch hier ausschließlich dem anderen Collegatar zufallen, und wenn z. B. A zu $\frac{1}{6}$, B zu $\frac{1}{3}$, C zu $\frac{1}{2}$ eingesetzt und dem A und B zusammen 12 prälegirt sind, so bekommt A $3 + 4 = 7$, B $3 + 2 = 5$ ⁷⁰. Wer dagegen nur als Erbe in die Stelle eines onerirten Erben eintritt, behält stets den ihm ursprünglich zukommenden Antheil am Legate⁷¹. Wie scharfsinnig übrigens auch die obigen Sätze erscheinen, so werden sie doch heutzutage kaum anwendbar sein, ohne gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen⁷². Auch zeigt sich in der Behandlung der Prälegate im römischen Rechte noch folgende Inconsequenz. Wenn der Prälegatar die Erbschaft ablehnt, und eben so, wenn er sich vermöge des *beneficium abstinenti* derselben enthält, so soll er das ganze Legat behalten⁷³, wofern nicht etwa der Erwerb desselben durch die Annahme der Erbschaft bedingt war⁷⁴; und mit gleicher Milde wird demselben auch, wenn ihm wegen Unwürdigkeit nur die Erbschaft entrißen wird, das ganze Legat vorbehalten, auch so weit es auf seinem eigenen Erbtheile ruht⁷⁵. Wenn dagegen der Prälegatar vor Antretung der Erbschaft, *postquam dies legati cedit*, stirbt, so soll auf seine Erben das Vermächtniß nur insoweit, als es auf den Erbtheil der Miterben fiel, übergehen, und wird hier also in Rücksicht des übrigen Theiles als nichtig behandelt⁷⁶. Man hat diese Verschiedenheit der Behandlung dadurch erklären wollen, daß der

⁶⁹ L. 67. §. 1. D. de legat. 1.

⁷⁰ L. 2. pr. D. de instrument. leg. 33. 7. Vgl. Vangerow a. a. D. S. 434. 435., der jedoch L. 67. §. 1. cit. anders auslegt.

⁷¹ L. 34. §. 13. D. de legat. 1.

⁷² Es ist natürlich, daß Niemand sich selbst ein Legat geben kann, daß also der Erbe einen Theil des Prälegats schon als Erbe hat und behält. Bei den weiteren Folgerungen aber ist nicht bedacht, was L. 18 §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9. sagt: *neque enim rationem possunt jure varietatem inducere divisionem voluntatis*. Bei dem *legatum per damnationem iuris possessionis* älteren Rechte auch nicht Anwendung finden (*quia partes ab initio siebant*); sie sind erst im Justinianischen Rechte stillschweigend auf alle Legate ausgedehnt worden. Man hätte aber auch bei dem *legatum per vindicationem*, wo *partes concursu siebant*, aus dem Satze: *a se vindicare non potest* (L. 116. §. 1. D. de legat. 1.) nicht so strenge Folgerungen zu ziehen brauchen, weil die *vindicatio* nicht bloß gegen den onerirten Erben, sondern gegen jeden Besitzer der Sache stattfindet, also der Prälegatar als *inducit* immerhin mit seinem Collegatar concurriren konnte, wenn man auch den Ausdruck: *praecipito, habeto* u. dgl. möglichst streng buchstäblich auslegte.

⁷³ L. 17. §. 2. L. 18. L. 91. §. 2. D. de legat. 1. L. 12. Cod. de legat. L. 87. D. 1. c.

⁷⁴ L. 88. D. 1. c. Cf. L. 27. §. 14. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

⁷⁵ L. 18. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9.

⁷⁶ L. 75. §. 1. D. de legat. 11.

Theil des Prälegates, in Beziehung auf welchen der Prälegatar selbst als onerirt erscheint, als ein bedingtes Legat angesehen werde, indem nämlich dem präsumtiven Willen des Erblassers gemäß die Bedingung hinzugedacht werde: wenn der Legatar nicht Erbe wird⁷⁷. Allein es ist gewiß unzulässig, hier auf solche Weise die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Erblassers einzumischen, wo man nur die Strenge der Consequenz walten ließ, und es konnte auch insbesondere bei der üblichsten Form des Prälegates (per praeceptionem⁷⁸) ein solcher präsumtiver Wille nur sehr gezwungen herausbuchstabirt werden. Vielmehr scheinen sich in obigen Entscheidungen nur einzelne innerlich unvereinbare Folgerungen aus verschiedenen Auffassungsweisen erhalten zu haben, wie wir denn auch sonst von manchfaltigen Streitfragen, die diesen Gegenstand berührten, Kunde haben⁷⁹.

2) Was die Form der Vermächtnisse betrifft, so können diese entweder in einem Testamente oder auch durch besondere letztwillige Verfügungen, die keine Erbeinsetzung enthalten, hinterlassen werden. Die letzten nennt man jetzt allgemein Codicille, und unterscheidet denn, wie bei Testamenten, schriftliche und mündliche Codicille (codicilli scripti und nuncupativi), obgleich die Römer unter dem Worte codicilli nur schriftliche Urkunden verstehen⁸⁰. Die Codicille aber bestehen entweder neben einem Testamente und beziehen sich also auf die testamentarische Erbfolge (codicilli testamentarii), oder sie sind auf die Intestaterbfolge berechnet (codicilli sine testamento oder ab intestato facti)⁸¹. Im ersten Falle können sie entweder durch das Testament bestätigt sein, im voraus oder nachher, oder nicht. Diese Unterscheidung zwischen bestätigten und unbestätigten Codicillen (codicilli confirmati und non confirmati) ist aber für die Lehre von den Vermächtnissen nach Justinianischem Rechte nicht mehr von Bedeutung, da Fideicommissa von jeher in unbestätigten Codicillen hinterlassen werden konnten, und dieses nunmehr von allen Ver-

⁷⁷ So namentlich mit der Glosse, mit Cujacius und Donellus neuerdings Bangerow a. a. D. S. 438. Dagegen verteidigt Koppert, a. a. D. S. 257 fg., mit Quaren die Ansicht, daß das Prälegat pro parte hereditaria praelegatarii anfänglich nichtig sei, wobei die in Note 73 citirten Stellen nur als singuläre durch die Billigkeit motivirte Entscheidungen erklärt werden; Pfeiffer aber und v. d. Pfordten halten dafür, daß Prälegat werde nur theilweise ungültig, wenn der Prälegatar wirklich Erbe werde, wobei denn L. 75. §. 1. cit. unerklärt bleibt.

⁷⁸ Vgl. Note 8. Auf diese Form weist auch L. 75. §. 1. cit. hin, durch das Wort praeceptiones.

⁷⁹ Gai. II. 217—222. * Vgl. jetzt zu Note 61—79. Arnbt's a. a. D. II. S. 1—178.

⁸⁰ Vgl. Inst. de codicillis. 2. 25. Dig. de iure codicill. 29. 7. Cod. de codicillis. 6. 36. — Codicilli bei den classischen Juristen immer pluraliter: L. 148. D. de V. S., in späteren Constitutionen auch codicillus im Singular, §. B. L. 1. Theod. Cod. de testament. et codicill. 4. 4. L. 28. Cod. de testam. 6. 23.

⁸¹ L. 3. §. 2. L. 16. D. l. c. §. 1. J. l. c.

mächtnissen gelten muß⁸². Dagegen bedarf die Errichtung aller Codicille, bestätigter oder unbestätigter, regelmäßig einer gewissen Form, um ihnen ihre Wirksamkeit zu sichern. Nach älterem Rechte war dieß zwar durchaus nicht der Fall gewesen; aber nachdem zuerst Constantin für Intestaticodicille die Zuziehung von sieben oder fünf Zeugen vorgeschrieben hatte, wie bei Testamenten⁸³, verordnete Theodosius II. dasselbe überhaupt für alle letztwilligen Verfügungen, mündliche oder schriftliche⁸⁴, und diese Constitution hat Justinian aufgenommen, mit einer Interpolation, welche ausspricht, daß bei allen letztwilligen Verfügungen, mit Ausnahme des Testaments, die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich, aber auch genügend sein solle⁸⁵. Nach dieser Verordnung⁸⁶, von der auch die Notariatsordnung nicht abweicht⁸⁷, ist nun bei Codicillen überhaupt dieselbe Formlichkeit zu beobachten, wie bei Testamenten, nur mit der Ausnahme, daß fünf Zeugen genügen und daß schriftliche Codicille von diesen nicht besiegelt zu werden brauchen⁸⁸. Es ist namentlich Einheit der Handlung erforderlich⁸⁹, ferner Rogation der Zeugen und Fähigkeit derselben wie bei Testamenten⁹⁰, endlich bei schriftlichen Codicillen insbesondere Unterschrift der Zeugen⁹¹ und, wenn nicht der Codicill ganz von seiner Hand geschrieben ist, auch des Erblassers oder im Nothfalle eines Anderen, der für diesen unterschreibt⁹². Bei Codicillen eines

⁸² Vgl. oben Note 3. 12. 13.

⁸³ L. 1. Theod. Cod. l. c.

⁸⁴ L. 7. Theod. Cod. l. c., nach der Ausgabe von Hänel (vgl. auch Haubold, opusc. II. p. CLI.): ... In omni autem genere testamenti, sive id praetorio iure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta ultima voluntas praetendatur, id volumus observari, ut eodem die quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum (s. et perfectam) sui plenitudine sortiatur nihilque eius in diem alterum differatur; quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque vel rogati, aut qui fortuito venerint, possint testimonium perhibere.

⁸⁵ L. 8. §. 3. Cod. de codicill.: In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam adcommodantibus.

⁸⁶ Vgl. L. 21. 28. Cod. de testament. 6. 23. L. 8. Cod. qui test. fac. 6. 22.

⁸⁷ R. D. I. §. 2.

⁸⁸ Danz, über die äußere Form der Codicille, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. IX. 8. Grundlos ist die von Manßen, namentlich von den beiden Böhmer, aufgestellte Behauptung, daß bestätigte Codicille dieser Form nicht bedürfen, weil sie durch das Testament gehalten werden. Vgl. Bangerow, Pand. II. S. 452. Götsch, Vorles. III. 2. S. 561. *Über die Lehre von den Codicillen überhaupt ist jetzt vor allen hervorzuheben: Fein, Fortsetzung von Glüd's Erläuter. Th. 44. 45. erschienen 1861. 1863.

⁸⁹ L. 8. §. 3. cit.: In uno eodemque tempore. Cf. L. 7. Theod. Cod. cit. L. 28. Cod. de testament. 6. 23.

⁹⁰ Vgl. Danz a. a. D. S. 232—236. Nicht entgegen sind die Worte: vel qui fortuito venerint, in L. 7. u. 8. §. 3. cit., denn vgl. L. 21. §. 2. D. de testament. 28. 1.

⁹¹ L. 8. §. 3. cit. in fine.

⁹² L. 28. §. 1. Cod. de testam. 6. 23. Marejoff, in Vöhr's Mag. IV. S. 162, Abn. Mein. ist *Schirt a. a. D. I. S. 28 flg. Vgl. dagegen Danz a. a. D. S. 241—244.

Blinden sollen zudem dieselben Vorsichtsmaßregeln beobachtet werden, die für das Testament desselben vorgeschrieben sind⁹³, während sich von selbst versteht, daß diejenigen, welche selbst ein Testament unter minder feierlicher Form errichten können, bei Errichtung von Codicillen nicht eine strengere Form zu beobachten brauchen⁹⁴.

Ist jene äußere Form der Codicille beobachtet, so kommt es auf die Ausdrucksweise, deren sich der Erblasser bedient, nicht an, wenn sich nur der Wille desselben deutlich genug zu erkennen gibt. Dieß kann auch indirect durch eine Verfügung geschehen, die nicht als Vermächtniß erscheint, ja, die ihrem wörtlichen Sinne nach nicht einmal gültig ist, z. B. durch ein Veräußerungsverbot oder das Verbot, ein Testament zu errichten, zum Vortheil der Intestaterben, oder durch die Auflage, Jemanden zum Erben zu ernennen u. dgl.; denn auf solche Weise konnte nach altem Rechte ein Fideicommiß und kann nun nach Justinianischem Rechte überhaupt ein Vermächtniß gegeben werden⁹⁵.

Aber auch die Beobachtung jener äußeren Form ist nicht unbedingt erforderlich zur Gültigkeit des Vermächtnisses. Justinian hat nämlich verordnet: wenn ohne Schrift und ohne Zuziehung von Zeugen ein Fideicommiß gegeben sei, so könne der Fideicommissar, indem er selbst zuvor den Gefährdeid schwöre, den Onerirten zum Eide darüber auffordern, ob ihm nicht wirklich das Vermächtniß auferlegt sei, und wenn der letzte diesen Eid verweigere, so solle er das Vermächtniß als vollkommen bewiesenes anerkennen und erfüllen⁹⁶. Hiernach kommen nun die Förmlichkeiten der Errichtung gar nicht in Betracht, wenn der Vermächtnißnehmer es bloß auf den Eid des Beschwerten selbst will ankommen lassen. Zwar hat man geglaubt, es finde dieser Eidesantrag nur dann statt, wenn behauptet werde, daß der Erblasser mündlich dem persönlich gegenwärtigen Erben oder Legatar das Vermächtniß auferlegt habe⁹⁷, und man hat dieses daher Dralfideicommiß oder fideicommissum heredi (vel legatario) praesenti iniunctum genannt. Allein diese Meinung, nur auf eine ängstliche Buchstabenerklärung sich stützend⁹⁸, entspricht

⁹³ L. 8. Cod. qui testamenta fac. 6. 22.

⁹⁴ L. 17. Cod. de test. milit. 6. 21. L. 31. Cod. de testament. 6. 23. Nov. 107. cap. 1. *M. D. I.* §. 2. Cf. L. 8. §. 4. D. de iure cod. 29. 7.

⁹⁵ L. 114. §. 6. 14. D. de legat. I. L. 69. pr. L. 77. §. 24. 25. D. de legat. II. L. 11. §. 4. L. 38. §. 4. L. 93. pr. D. de legat. III. L. 17. pr. L. 19. §. 1. L. 74. pr. L. 78. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. * Vgl. Arnbtz a. a. O. II. §. 1523. b.

⁹⁶ L. 32. Cod. de fideicommiss. 6. 42. Cf. §. 12. J. de fideicommiss. hered. 2. 23.

⁹⁷ So mit vielen Andern z. B. noch Mühlenthal, Lehrb. §. 730. Thibaut, System §. 934. Göschen, Vorles. III. 2. S. 550.

⁹⁸ Man beruft sich auf die Worte: sine scriptura et praesentia testium in L. 32. cit., und: quod nihil tale a testatore audivod in §. 12. J. cit.; aber jene sind nur auf den Mangel eines

keineswegs dem wahren Sinne des Justinianischen Gesetzes, welches nur darauf das entscheidende Gewicht legt, ob der angeblich Onerirte schwören könne, daß ihm die fragliche letzte Willensmeinung des Erblassers nicht auf zuverlässige Weise kundgegeben sei, was denn allerdings auch wohl auf anderem Wege, als durch mündliche Erklärung geschehen sein kann⁹⁹.

Aus dem Obigen geht übrigens hervor, daß wohl eine letzte Willensordnung, die nach der Absicht des Urhebers ein Testament sein sollte, als solches ungiltig sein kann, während sie als Codicill vollkommen zu Recht bestehen könnte. Man könnte nun glauben, und es ist auch wirklich behauptet worden¹⁰⁰, daß sie dann ohneweiters in der letzten Eigenschaft aufrecht zu halten sei. Aber diese Behauptung ist offenbar falsch¹⁰¹. Der Erblasser muß, um jenes zu bewirken, die Absicht aussprechen, daß sein im Testamente erklärter Wille jedenfalls bestehen solle, so weit es dem Rechte gemäß möglich sei¹⁰². Eine solche Erklärung heißt Codicillarclausel (clausula codicillaris). Vermöge derselben wird der Inhalt des Testaments, wenn es als solches nicht bestehen kann, wirksam, als ob der Erblasser von Anfang an nicht ein Testament, sondern nur einen Codicill hätte errichten wollen, wozu aber natürlich die Erfordernisse eines giltigen Codicills vorausgesetzt werden. Die Erbeinsetzungen insbesondre werden dann als den Intestaterben auferlegte Universalfideicommissse behandelt¹⁰³; den eingesetzten Erben aber steht die Wahl zu, ob sie in dieser Eigenschaft die Erbschaft vindiciren oder nur vermöge der Codicillarclausel das Fideicommiss in Anspruch nehmen wollen; haben sie einmal das eine ergriffen, so können sie nicht mehr zu dem anderen zurückgreifen¹⁰⁴; nur

förmlichen Codicills zu deuten, und diese darf man nicht so streng nehmen, daß schlechterdings ein Hören mit den Ohren vorausgesetzt werde, wornach der Taube, dem der Erblasser seinen Willen auf der Schreibtafel erklärt hat, getrost schwören könnte: se nihil tale a testatore audivisse, während er nicht schwören könnte, wie Theophilus angibt, non esse relictum fideicommissum.

⁹⁹ Arg. L. 32. cit. verb.: Ad satisfactionem compelli, quum ipse sibi iudex et testis inveniat — nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis. — Quum is, qui aliquod ex defuncti voluntate lucratur, — dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, quis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta? Vgl. Köhr, im Arch. für civ. Prax. II. S. 188 flg. Rospirt a. a. D. I. S. 66 flg. Vangerow, Pand. II. S. 462 flg. — Völlig verwerflich ist dagegen andererseits die Meinung von Cülpitz, über den Beweis eines mündlich aufgelegten Fideicommisses. Braunschw. 1804, wonach es dem Fideicommissar gestattet sein soll, auch andere Beweismittel, außer dem Eidesantrage, zu gebrauchen. S. Vangerow a. a. D. * Arnbt's a. a. D. S. 1523. a.

¹⁰⁰ Alef. de otio clausulae codicillaris. Heidelb. 1750., und in dessen dieb. academ. nr. 23.

¹⁰¹ L. 1. 13. §. 1. D. de iure codicill. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6. L. 11. Cod. de testament. manum. 7. 2. Vangerow a. a. D. S. 454.

¹⁰² L. 29. §. 1. D. qui test. f. c. 28. 1. L. 88. §. 17. D. de legat. II. L. 8. §. 1. Cod. de codicill. — Eine Ausnahme f. in L. 21. §. 2. Cod. de test. 6. 23.

¹⁰³ L. 88. §. 17. cit.

¹⁰⁴ L. 8. pr. §. 1. Cod. de codicill.

Ascendenten und Descendenten des Testators, bis zum dritten oder vierten Grade einschließlic¹⁰⁵, können noch das Fideicommiss fordern, nachdem sie bereits die Erbschaftsklage ohne Erfolg angestellt haben¹⁰⁶.

3) Der Inhalt der Vermächtnisse kann von der mannichfaltigsten Beschaffenheit sein. Vermögensrechtliche Vortheile jeder Art können durch sie gewährt werden, Rechte an Sachen oder Forderungen des verschiedenartigsten Inhaltes oder Befreiung von Verbindlichkeiten und Lasten. Es versteht sich aber von selbst, daß es eine mögliche und rechtlich zulässige Leistung sein müsse, welche dem Beschwerten auferlegt wird. Daher ist auch das Vermächtniß einer dem Verkehr gänzlich entzogenen Sache, ebenso wie die Stipulation, völlig ungiltig, und es kann nicht etwa der Werth derselben dafür gefordert werden¹⁰⁷. Dasselbe wird consequent¹⁰⁸ auch für den Fall ausgesprochen, wenn nur dem Legatar das Commercium in Ansehung der vermachten Sache fehlt, obwohl diese nicht allgemein dem Verkehr entzogen ist¹⁰⁹; jedoch wird demselben in solchem Falle ein Anspruch auf den Werth der Sache beigelegt, wenn die vermachte Sache eine fremde ist¹¹⁰, und gleiches wird auch dann angenommen, wenn dem Legatar nur aus zufälligen factischen Gründen, nicht kraft eines eigentlichen gesetzlichen Verbotes, der Erwerb der vermachten Sache unmöglich ist¹¹¹. Der Mangel des Commercium auf Seiten des Dnerirten aber steht der Giltigkeit des Legates gar nicht im Wege¹¹². Von selbst versteht sich ferner, daß der Gegenstand des Vermächtnisses auch hinreichend bestimmt sein müsse, so daß es nicht etwa in die bloße Willkür des Verpflichteten gestellt ist, ob er überhaupt etwas und was er geben wolle¹¹³. Ein Irrthum oder Fehler in der Bezeichnung des Gegenstandes aber hindert die Giltigkeit des Legates ebenso wenig, wie ein Fehler in der Bezeichnung der Person des Ver-

¹⁰⁵ Usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium.

¹⁰⁶ L. 8. §. 2. Cod. l. c.

¹⁰⁷ §. 4. J. de legat. l. 39. §. 8. 9. 10. D. de legat. l. l. 14. Cod. de legat. Cf. L. 83. §. 5. L. 437. §. 6. D. de V. O. 45. 1.

¹⁰⁸ L. 34. D. de V. O. 45. 1.

¹⁰⁹ L. 49. §. 2. D. de legat. II. (Paul. ad leg. Jul. et Pap.)

¹¹⁰ L. 40. D. de legat. I. (Ulp. lib. II. fideicommiss.) Manche erklären jedoch diese Stelle anders, mit Donell., comm. ad tit. Dig. de verb. obl. l. 34. §. 8., oder Duaren. ad L. 40. cit.; Anderen scheint diese Stelle unvereinbar mit L. 49. §. 2. cit. und daher einer Emendation bedürftig, weshalb sie mit Cuic. ad §. 4. J. cit. das zweite non (cui ius possidendi non est) austreichen oder mit Cannegieter ad Ulp. p. 411. statt non lesen modo. Vgl. über diese Streitfrage J. C. Chr. Glück, diss. inaug. ad fragm. Julii Pauli, quod extat in L. 49. §. 2. D. de legat. II. Erlang. 1817. Roßhirt, Vermächtn. I. S. 224—236. Vangerow, Pand. II. S. 440—443. * Arnbtz a. a. D. I. S. 100—120.

¹¹¹ L. 414. §. 5. D. de legat. I. Vgl. Glück l. c. p. 72 sq.

¹¹² L. 49. §. 3. D. de legat. II. Cf. L. 40. D. de legat. I.

¹¹³ L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3.

mächtnißnehmers (falsa demonstratio non nocet), wenn nur der wahre Wille des Erblassers erkennbar gemacht ist ¹¹⁴.

Uebrigens kann der Inhalt des Vermächtnisses auch durch Nebenbestimmungen beschränkt werden ¹¹⁵. Das Vermächtniß kann vorerst an Bedingungen geknüpft werden. In dieser Beziehung gelten bei Vermächtnissen im Ganzen dieselben Grundsätze, wie bei Erbeinsetzungen ¹¹⁶. Dem Vermächtnisse kann aber auch eine Resolutivbedingung, sowie ein Endtermin, wirksam hinzugefügt werden ¹¹⁷. Ferner sind Zeitbestimmungen überhaupt in jeder Art bei Vermächtnissen zulässig, sowohl dies certus als incertus, mit der Wirkung, daß dadurch entweder nur die Geltendmachung des Anspruches hinausgeschoben oder das Recht des Vermächtnisses selbst bedingt wird ¹¹⁸. Vom Modus aber gilt wieder dasselbe, wie bei der Erbeinsetzung, nur mit dem Unterschiede, daß bei Vermächtnissen insbesondere der Dnerirte auf Erfüllung des Modus zu dringen und deßhalb auch bei Entrichtung des Vermächtnisses Caution zu verlangen berechtigt ist ¹¹⁹.

Auch eine Substitution kann bei Vermächtnissen stattfinden. Es kann dasselbe Vermächtniß einem Anderen gegeben werden für den Fall, daß derjenige, dem es zuvor zugedacht ist, es nicht erwerbe. Es liegt darin nur eine besondere Bedingung des Vermächtnisses für jenen Anderen, ganz entsprechend der Vulgarsubstitution bei der Erbeinsetzung ¹²⁰. Nach dem Rechte der Fideicommissse ist aber eine Substitution auch in dem Sinne möglich, daß Mehrere nach einander denselben Gegenstand haben sollen, indem demjenigen, dem er zuerst gegeben ist, aufgelegt wird, denselben zu irgend einer Zeit, z. B. nach seinem Tode, einem Anderen zu restituiren, welcher denn ebenso wieder einem Dritten zur Restitution verpflichtet werden kann u. s. w. Man nennt dieß heutzutage precaria substitutio, oder auch, namentlich bei Universalfideicommissen, indirecta substitutio, im Gegensatz der directa heredis substitutio ¹²¹, und Vermächtnisse der Art nennt man auch successive Fideicommissse. Eine Art derselben sind die Familienfideicommissse (fideicommissa familiae relicta),

¹¹⁴ §. 29. 30. J. de legat. L. 34. pr. D. de cond. et dem. 35. 1.

¹¹⁵ Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 35. 1.

¹¹⁶ Vgl. Rechtsleg. Bb. III. C. 927. 928. Bb. I. C. 763. 785. — Cod. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. 6. 46.

¹¹⁷ L. 26. Cod. de legatis. a. 532. Nach älterem Rechte war dieß unzulässig. Cf. L. 55. D. de legat. I.

¹¹⁸ Vgl. unten Note 205—211.

¹¹⁹ Vgl. Rechtsleg. Bb. III. C. 939. L. 19. D. de legat. III. L. 16. 17. D. de usu leg. 33. 2. ; L. 50. pr. L. 77. §. 13. D. de legat. II. L. 3. D. de adimend. legat. 34. 4. L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51.

¹²¹ Vgl. Rechtsleg. Bb. III. C. 907. Note 2. (oben Nr. 37.)

d. i. solche, welche den Angehörigen einer bestimmten Familie erhalten bleiben sollen¹²². Der Erblasser kann dabei zugleich die Ordnung bestimmen, in welcher die Mitglieder dieser Familie einander folgen sollen; in Ermangelung einer näheren Bestimmung darüber aber kann der Onerirte unter denselben wählen oder es wird den näheren vor den entfernteren das Anrecht auf das Fideicommiß gegeben¹²³. Die aber zur Veräußerung des Gegenstandes ihre Einwilligung geben, verlieren ihren Fideicommißanspruch und durch Uebereinkunft Aller kann daher das Fideicommiß ganz aufgehoben werden¹²⁴. Nach einer Verordnung von Justinian soll das Familienfideicommiß zudem in der Hand des vierten Inhabers (post quatuor generationes s. successiones) von selbst erlöschen und dieser also freies Verfügungsrecht über den Gegenstand desselben erlangen; jedoch, nach dem buchstäblichen Inhalte des durch einen besonderen Rechtsfall hervorgerufenen Gesetzes, nur unter der Voraussetzung, daß der letzte einen unmündigen Vorgänger gehabt habe¹²⁵.

Bei der Lehre von der Errichtung der Vermächtnisse ist schließlich noch die allgemeine Regel zu beachten, die nach ihrem Urheber *Catoniana regula* genannt wird¹²⁶. Sie lautet: *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quando-cunque decesserit, non valere*¹²⁷. Wenn zur Zeit der Errichtung ein Umstand obwaltet, wegen dessen das Legat erfolglos sein würde, falls der Testator augenblicklich stürbe, so soll dasselbe auch in Folge späterer Aenderung der Umstände, vor dem wirklichen Tode des Testators, nicht wirksam werden. Darnach wäre nun ein Legat unter einer Bedingung, die noch erst bei Lebzeiten oder durch den späteren Tod des Erblassers erfüllt werden müßte, gar nicht möglich, weil dieses immer, falls derselbe sogleich mit Tod abginge, ohne Erfolg wäre. Aber für diesen Fall wird die Regel als unpassend bezeichnet; das Legat ist giltig¹²⁸. Bedingte Legate dagegen, deren Bedingung noch nach dem Tode des Testators erfüllt werden kann, werden von der *Catonianischen* Regel,

¹²² de Retes, de fideicommissio perpet. fam. rel. in Meermann's thesaur. vol. VII. p. 625 sq.

— Vgl. aber Rechtsler. Bb. IV. S. 237—255., insbesondere S. 243.

¹²³ L. 114. §. 44—48. D. de legat. I. L. 32. §. 6. L. 67. pr. — §. 7. L. 69. §. 1. 3. 4. D. de legat. II. Cf. L. 5. Cod. de V. S. 6. 38.

¹²⁴ L. 420. §. 4. D. de legat. I. L. 77. §. 27. D. de legat. II. L. 11. Cod. de fideicommissis.

¹²⁵ Nov. 159. cap. 2. 3. Vgl. darüber Marejola, in Köhr's Mag. IV. S. 203 flg. Pfeiffer, pract. Ausfüh. III. S. 54 flg.

¹²⁶ Dig. de regula Catoniana. 34. 7. Vgl. Harnier, de regula Catoniana diss. Heidelb. 1820. Köstlert, im civ. Arch. X. 14. Guyet, Abh. Nr. V. Müller, im civ. Arch. XIV. 13. Arndts, im Rhein. Mus. V. 9. (unten Nr. 51.) (die beiden letzten gleichzeitig). Köstlert, Verm. I. S. 413—424. Bangerow, Pand. II. S. 514—526.

¹²⁷ L. 1. pr. D. l. c.

¹²⁸ L. 1. §. 1. 2. L. 2. D. l. c. Arndts a. a. O. S. 207.

selbst nach ihrem buchstäblichen Sinne, gar nicht betroffen, weil das gegenwärtig bestehende Hinderniß ihrer Wirksamkeit, auch wenn der Testator sofort stirbt, noch vor dem Anfall des Vermächtnisses beseitigt, also nicht behauptet werden kann, daß im Falle sogleich eintretenden Todes jenes Umstandes wegen das Legat nothwendig erfolglos sein würde¹²⁹; und aus gleichem Grunde findet auch auf unbedingte Legate, wenn deren Anfall nicht der Regel gemäß im Augenblicke des Todes eintritt, jene Regel keine Anwendung¹³⁰. Uebrigens kommen in den Quellen mehrere Fälle vor, in denen das Legat nach unserer Regel ungiltig ist, die jedoch zum Theil entweder schon nach Justinianischem oder doch nach heutigem Rechte nicht mehr praktisch sind¹³¹. Wenn man aber auch den Fall, wo dem Legatar die testamenti factio fehlt, hierher gerechnet hat, so ist dieses gewiß insofern unrichtig, als testamenti factio des Legatars, unabhängig von der Catonianischen Regel, jedenfalls, auch bei bedingten Legaten und solchen überhaupt, deren Anfall nicht mit dem Todestage eintritt, schon zur Zeit der Errichtung erfordert wird¹³². Und eben so muß man auch das Vermächtniß einer absolut dem Verkehre entzogenen Sache, sei es bedingt oder unbedingt, schlechthin für nichtig erklären¹³³. Eine sehr streitige Frage ist aber endlich die, ob denn die Catonianische Regel nach Justinianischem Rechte überhaupt noch irgend eine praktische Bedeutung habe? In neuerer Zeit ist dieß von Mehreren geleugnet worden, und zwar aus dem Grunde, weil die Regel bei Fideicommissen niemals gegolten habe, nun aber nach Justinianischem Rechte das Vermächtniß immer wirksam sei, sofern es nur als Fideicommiss bestehen könnte, wenn es auch nach dem Rechte der Legate nichtig wäre¹³⁴, während dagegen ältere Juristen fast allgemein annahmen, daß seit der lex Julia et Pap. Popp. bis auf Justinian's L. un. Cod. de caducis tollendis die Catonische Regel unpraktisch gewesen und gerade erst durch diese Justinianische Verordnung wieder praktisch geworden sei¹³⁵. Mein

¹²⁹ L. 3. 4. D. l. c. L. 41. §. 2. D. de legat. I.

¹³⁰ L. 3. D. cit. Cf. L. 7. §. 6. L. 8. L. 17. D. quando dies leg. ced. 36. 2. L. 86. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. D. de opt. leg. 33. 5.

¹³¹ Vgl. Gai. II. 244. 245. Ulp. XXIV. 23. 24. §. 32. 33. J. de legat. L. 25. 91. pr. D. de legat. I. L. 17. D. quando dies. 36. 2. L. 41. §. 2. cit. Arnbt's a. a. D. S. 216—231.

¹³² L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. Vgl. oben Note 56. Arnbt's a. a. D. S. 209—214, womit auch übereinstimmt Puchta, Lehrb. §. 516. Note s. Bangerow a. a. D. S. 515 flg. Anderer Meinung bleibt Rosshirt a. a. D.

¹³³ §. 4. J. de legat. L. 39. §. 9. D. de legat. I. Ulp. XXIV. 9. vgl. mit L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 4. §. 2. in f. J. de inutil. stip. 3. 19. Arnbt's a. a. D. S. 214 flg. — Weidender Meinung ist darüber auch Bangerow a. a. D. S. 443. 514.

¹³⁴ So zuerst Schoemann, Handb. II. 8., nach ihm Böhr, im Mag. III. S. 196. Guyet, in der angef. Abh. u. A. m.

¹³⁵ Cuiac., obs. IV. 4. Heinecc. ad leg. Jul. et Pap. Popp. III. 2. §. III.

so gewiß dieses letzte ein Irrthum war ¹³⁶, so wenig ist auch jene neuere Meinung zu billigen. Daß die Regel auf Fideicommissa überall nicht angewendet worden sei, ist eine ungegründete Voraussetzung; jedenfalls aber wird die fortdauernde praktische Anwendbarkeit derselben, bei allen Arten von Vermächtnissen, durch eine ganze Reihe von Stellen bewiesen, deren Aufnahme in die Justinianische Compilation nach jener Meinung hätte unterbleiben müssen ¹³⁷.

B. Die Aufhebung giltig errichteter Vermächtnisse kann entweder durch den Willen des Erblassers bewirkt werden oder aus anderen Gründen eintreten.

1) Nach der Regel: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* ¹³⁸, kann der Erblasser jederzeit sowohl einzelne Vermächtnisse zurücknehmen, als auch die ganze Willensordnung, Testament oder Codicill, worin sie enthalten sind, aufheben. Errichtet er ein neues Testament, so wird dadurch stillschweigend nicht bloß das frühere Testament aufgehoben, sondern auch der Inhalt früher errichteter Codicille, also natürlich auch ein mit der Codicillarclausel versehenes früheres Testament ¹³⁹, sofern sich nicht ein anderer Wille des Erblassers kund gibt ¹⁴⁰. Ein neuer Codicill dagegen hebt den Inhalt der früheren immer nur insoweit auf, als er damit unvereinbar ist ¹⁴¹. Den Willen, einzelne Vermächtnisse zurückzunehmen, kann der Erblasser durch Ausstreichen der betreffenden Stelle des Testaments oder Codicills, eben so gut, wie durch ausdrückliche Erklärung an den Tag legen ¹⁴²; es genügt überhaupt, um das Vermächtniß unwirksam zu machen, jeder Beweis der Willensänderung des Erblassers. Zwar wurden Legate nur durch ausdrückliche Erklärung in einer der Errichtung entsprechenden Form (*ademptio legati* im e. S.) *ipso iure* aufgehoben ¹⁴³; allein nicht nur galt bei Fideicommissen die Regel, daß sie durch einfache Willenserklärung (*nuda voluntate*), wie errichtet, so auch wieder aufgehoben werden

¹³⁶ Harnier l. c. §. 11. Die L. 5. D. h. t.: *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet*, hat nur den Sinn, daß die Capacität nach der *Lex Julia et Pap. Popp.* nicht schon im Zeitpunkte der Testamentserrichtung gefordert werde. Arnbt's a. a. D. S. 213.

¹³⁷ Vgl. Note 127—131 mit §. 10. J. de legat. L. 13. Cod. de legat. L. 8. §. 1. D. de legat. III. L. 4. Cod. l. c. L. 30. §. 8. D. ad leg. Falcid. 35. 2. Cuiac., obs. XIV. 10. — Vgl. Harnier l. c. §. 14—17., besgl. Rößhirt, Müller, Arnbt's, Vangerow a. a. D. Mühlentbruch, Lehrb. §. 778. Puchta a. a. D. §. 516. u. A. m.

¹³⁸ L. 4. D. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis. 34. 4.

¹³⁹ Doch haben in dieser Beziehung, inconsequent, Einige das Gegentheil behauptet. Berger, *oeconom. iur.* II. 4. §. 22. not. 8. Dagegen Vangerow a. a. D. II. S. 400.

¹⁴⁰ L. 5. D. de iure codicill. 29. 7. §. 1. J. de codicill. Cf. L. 18. D. de legat. III.

¹⁴¹ §. 3. J. l. c. L. 6. §. 1. D. de iure codicill.

¹⁴² L. 46. 47. D. de adimend. legat.

¹⁴³ Ulp. XXIV. 29. cf. II. 12., pr. J. de ademptione legat. 2. 21. unb Theophil. ad b. l.

konnten ¹⁴⁴, sondern es konnte auch die Geltendmachung des Legates wegen bewiesener Willensänderung durch *doli exceptio* ausgeschlossen werden ¹⁴⁵, und diese Grundfälle sind auch ins Justinianische Recht übergegangen ¹⁴⁶. Ja, das Vermächtniß wird als aufgehoben angesehen, wenn der Erblasser auch nur in Betreff des Gegenstandes solche Handlungen vorgenommen hat, die eine Aenderung seines Willens schließen lassen, wenn er z. B. die vermachte Sache ohne Noth veräußert oder gar verschenkt hat ¹⁴⁷, und selbst wegen anderer Umstände, die nur beweisen, daß die dem Vermächtnisse zum Grunde liegende wohlmeinende Gesinnung des Erblassers gegen den Legatar nicht fortgedauert habe, also namentlich wegen entstandener heftiger Feindschaft unter ihnen, die nicht wieder ausgeöhnt worden ¹⁴⁸.

Es kann nun aber im einzelnen Falle wohl zweifelhaft sein, auf welches von mehreren Vermächtnissen die Zurücknahme zu beziehen sei, z. B. wenn mehreren Freunden gleiches Namens etwas vermacht war und nun eins von diesen Vermächtnissen nur mit Nennung dieses Namens zurückgenommen wird und nicht etwa durch andere Umstände der Zweifel beseitigt wird. Hier ist sehr streitig, ob nun keins von diesen Vermächtnissen gefordert werden könne oder vielmehr die Ademption wegen ihrer Ungewißheit unwirksam sei? Zwei Fragmente, beide von Ulpian, geben darauf widersprechende Antwort ¹⁴⁹, und vergeblich sucht man sie nach der gewöhnlichen Lesart durch Interpretation zu vereinigen ¹⁵⁰. Nur

¹⁴⁴ L. 3. §. 41. D. I. c. L. 27. Cod. de fideicommiss.

¹⁴⁵ L. 3. §. 41. in f. L. 45. D. I. c.

¹⁴⁶ Cf. pr. J. I. c. verb.: Sive non contrariis, id est aliis quibuscunque verbis.

¹⁴⁷ L. 15. 18. 24. §. 1. D. I. c. L. 11. Cod. de legat.

¹⁴⁸ L. 3. §. 41. L. 4. D. I. c.

¹⁴⁹ L. 3. §. 7. D. I. c.: Si duobus Titius separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat cui ademptum sit, utrique legatum debebitur: quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum. — L. 10. pr. D. de reb. dub. 34. 5.: Si fuerit legatum relictum: ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit, et simul duo venisse dicantur, nec appareat, quis prior venerit, an impediatur legatum? ... sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronius, mox Sempronius ademptum sit, nec appareat, cui ademptum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademptio nulla est, quatenus potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est: et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere.

¹⁵⁰ Die verschiedenen älteren Versuche sind geprüft von Gösschen, in der Zeitschr. für geschichtliche Rechtsw. I. S. 102—116. Einen neuen unglücklichen Versuch macht Siegen, jur. Abh. (Götting. 1834), S. 127 fig., indem er annimmt, im Falle der L. 10. pr. cit. habe der Testator bei der Ademption irrtümlich nur einen Sempronius genannt, ungefähr so, als wenn er „seine Kleider“ vermacht hätte, und nachher das Legat „seines Kleides“ zurücknahm. Eben so unbedenklich ist der Versuch von Wytler (in Eibers' Themis, neue Folge I. 11.), die alte Meinung von Unterscheidung der coniunctio und disiunctio in neuer Weise zu rechtfertigen. Dagegen glaubt Klüpfel, im civ. Arch. II. 7., in L. 3. §. 7. cit. enthalte der Satz *si debebitur* nur die Meinung des Sabinus, der nachsagt: *dicemus neutri legatum*, die abweichende Entscheidung des Ulpian.

durch Textesverbesserung ist der Widerspruch zu beseitigen, und diese hat man in der einen oder anderen Stelle versucht, je nachdem man sich aus inneren Gründen für die eine oder andere Ansicht entscheidet¹⁵¹. Die Natur der Sache aber spricht entscheidend für die Ansicht, daß die zweifelhafte Ademption nichts wirke. Denn der Erblasser hat einmal den Willen gehabt, beide Vermächtnisse zu hinterlassen; wer nun behauptet, daß er diesen Willen in Ansehung des einen oder anderen Vermächtnisses geändert habe, muß die Willensänderung beweisen¹⁵², und dazu kann ihm die zweifelhafte Zurücknahme, die auf beide Vermächtnisse bezogen werden kann und doch nur auf eins bezogen werden soll, nicht dienen¹⁵³; diese kann hier eben so wenig beachtet werden, wie das Vermächtniß von Anfang giltig ist, wenn sich nicht erkennen läßt, welcher von mehreren Personen dasselbe zugedacht sei¹⁵⁴. Man denke sich nur z. B. den Fall, der Erblasser habe etwa seinen acht Brüdern ein Legat von 1000 Fl. einem jeden hinterlassen, nachher aber dem einen von ihnen dasselbe wieder genommen und dabei seinen Namen anzugeben vergessen: soll hier keinem der acht Brüder das Vermächtniß zu Theil werden¹⁵⁵?

Die Zurücknahme eines Vermächtnisses kann übrigens auch bedingt geschehen, was gleiche Wirkung hat, als ob das Vermächtniß unter der

¹⁵¹ Diejenigen, welche an L. 40. cit. festhalten, lesen meistens in L. 3. §. 7. cit. *neutri* statt *utrique*, eine Lesart, die auch schon den Glossatoren bekannt war; Gans und Herrestorf, im *civ. Arch.* I. 33. 34. Bangerow a. a. D. II. S. 529; oder sie wollen *debebitur* verwandeln in *delebitur*, Wunderlich, in Sell's Jahrb. I. 8.; oder nach *debebitur* ein Fragezeichen setzen, so daß das Folgende die Antwort enthalte. Hepp, im *civ. Arch.* IX. 20., wogegen Wächter, in d. Tübing. krit. Zeitschrift II. S. 185 fig. Puchta, in Schunke's Jahrb. VI. S. 13 fig. — Andere dagegen lesen mit Göschen a. a. D. S. 120—123 in L. 40. cit. in *ademptione autem utrumque valere*, statt *ademptionem autem in utrumque valere*, welche Lesart theilweise ebenfalls diplomatische Beglaubigung für sich hat. Vgl. Mühlenbruch, Lehrb. §. 784. Puchta, Lehrb. §. 528. * Mommsen bessert *neutrimque* für in *utrumque*.

¹⁵² L. 22. D. de probat. 22. 3.

¹⁵³ L. 2. D. de his quae pro non script. hab. 34. S. L. 73. §. 3. D. de R. J.

¹⁵⁴ L. 14. §. 1. D. de adimend. legat.

¹⁵⁵ Bangerow a. a. D. bemerkt: „Welchen Unterschied kann es auch wohl für den Unbefangenen machen, ob der Erblasser sagte: ich vermaache dem Titius 100, und man weiß nicht, an welchen Titius er gedacht hat, oder ob er sagte: ich vermaache den beiden Titius einem jeden 100, und nachher hinzufügte: Titius soll die 100 nicht haben, und man weiß nicht, welchem Titius er das Legat wieder haben nehmen wollen. Offenbar ist es in beiden Fällen gleich ungewiß, welchem Titius das Legat vom Erblasser zugedacht sei“. Aber im letzten Falle ist es ja gewiß, daß das Legat zuerst beiden zugedacht war, und ungewiß ist nur, welchem von beiden es wieder genommen sein soll; die *datio legati* war durchaus nicht dunkel; nur die *ademptio* ist es. Dieß ist vollends klar, wenn die letzte nicht etwa in demselben Testamente, was B. nur im Auge zu haben scheint, sondern vielleicht Jahre lang nachher in einem Codicill erfolgt. — Köpfer, a. a. D. I. S. 440. sagt: „Nun aber ist der bestimmte Wille des Testators dafür, daß Beide es nicht haben sollen (verstehe: daß nicht Beide es haben sollen), also kann es keiner haben — — — weil man eben nicht weiß, wem der Testator das Legat lassen wollte“. Man kann eben so gut sagen: Nun aber ist der bestimmte Wille dafür, daß es nicht Beiden entzogen sein soll, also kann es keinem vorenthalten werden, weil man eben nicht weiß, wem der Testator es wieder nehmen wollte.

entgegengesetzten Bedingung errichtet wäre ¹⁵⁶. Auch kann die Zurücknahme eines Vermächtnisses mit der Anordnung eines anderen Vermächtnisses verbunden sein, was insbesondre *translatio legati* genannt wird ¹⁵⁷. Natürlich wird dabei irgend eine Verschiedenheit des neuen Vermächtnisses von dem früheren vorausgesetzt, sei es in der Person des Dnerirten oder Honorirten oder im Gegenstande oder in den Nebenbestimmungen ¹⁵⁸. Auch muß der Wille des Erblassers darauf gerichtet sein, nicht beide Vermächtnisse neben einander bestehen zu lassen, sondern das eine an die Stelle des anderen zu setzen, was im Zweifel angenommen wird, wenn der Erblasser bei dem neuen Vermächtnisse auf das frühere Bezug nimmt, nicht in einer Weise, die gerade einen anderen Willen kund gibt ¹⁵⁹. Ist das neue Vermächtniß, abgesehen von anderen Verschiedenheiten, zugleich an eine Bedingung geknüpft, so ist dieß im Zweifel so auszulegen, daß das frühere Vermächtniß unter der entgegengesetzten Bedingung bestehen bleibe ¹⁶⁰; besteht aber die ganze Aenderung nur in der Hinzufügung einer Nebenbestimmung, so gilt nun auch nur das letzte Vermächtniß in der veränderten Gestalt ¹⁶¹. Außerdem werden die Nebenbestimmungen des früheren Vermächtnisses im Zweifel auch auf das neue übertragen ¹⁶². Die in der Uebertragung enthaltene Zurücknahme eines Vermächtnisses aber wirkt als solche auch dann, wenn gleich das neu angeordnete Legat wegen irgend eines Mangels nicht zu Recht besteht ¹⁶³.

2) Abgesehen von der Aufhebung durch den Willen des Erblassers kann ein Vermächtniß noch aus folgenden Gründen seine Gültigkeit verlieren: a) dadurch, daß der Geber desselben die *testamenti factio* verliert ¹⁶⁴; b) durch Wegfallen des Dnerirten, wenn nicht ein anderer die Last übernehmen muß ¹⁶⁵; c) dadurch, daß der Legatar vor dem Anfalle des Vermächtnisses stirbt ¹⁶⁶ oder zur Zeit des Anfalles dasselbe zu erwerben unfähig ist ¹⁶⁷; d) durch völligen Untergang des Gegenstandes

¹⁵⁶ L. 10. 14. pr. D. de adimend. legat.

¹⁵⁷ §. 1. J. eodem.

¹⁵⁸ L. 6. D. l. c.

¹⁵⁹ §. 1. J. cit. L. 5. 6. §. 1. 2. D. l. c. Cf. L. 33. 34. pr. D. de legat. I. L. 87—89. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 7. Cod. de legat.

¹⁶⁰ L. 7. D. h. t.

¹⁶¹ L. 9. D. ibid. L. 87. 89. D. de cond. et dem.

¹⁶² L. 24. pr. D. h. t.

¹⁶³ L. 20. D. ibid. L. 34. pr. D. de legat. I.

¹⁶⁴ Vgl. oben Note 15—17.

¹⁶⁵ Vgl. oben Note 47—51. L. 29. pr. D. de legat. II. L. 19. D. de adimend. legat. 34. 4.

¹⁶⁶ Vgl. unten Note 196.

¹⁶⁷ L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5.

oder was dem gleichsteht ¹⁶⁸, vorausgesetzt, daß nicht der Querirte dafür verantwortlich ist ¹⁶⁹; e) durch concursus causarum lucratarum ¹⁷⁰. Endlich hat auch f) der Regel nach jede Ungiltigkeit des Testamentes zugleich die Ungiltigkeit der angeordneten Vermächtnisse zur Folge, wenn gleich diese nicht in dem Testamente selbst, sondern in einem Codicill enthalten sind, und wenngleich der Grund der Ungiltigkeit zunächst nur die Erbeinsetzung betrifft ¹⁷¹; und zwar gilt dieß auch dann, wenn das Testament nur nach prätorischem Rechte unwirksam ist, z. B. vermöge des beneficium abstinenti des eingesetzten Erben ¹⁷², oder vermöge der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die geschene Antretung ¹⁷³, wohingegen aber die Vermächtnisse auch bestehen bleiben, wenn das Testament auch nur nach prätorischem Rechte aufrecht erhalten wird ¹⁷⁴. Jene Regel erleidet jedoch mehrere Ausnahmen ¹⁷⁵. Ihre Anwendung kann nämlich a) durch die Codicillarclausel ausgeschlossen werden, vorausgesetzt, daß der Grund der Ungiltigkeit des Testamentes an sich nicht nothwendig auch die Vermächtnisse ergreife ¹⁷⁶. Aus diesem Grunde werden auch die Vermächtnisse, welche zu entrichten der Erblasser den zum Erben eingesetzten Intestaterben beschwört, ungeachtet der Nichtigkeit des Testamentes aufrecht erhalten, indem sich darin der Wille, daß diese jedenfalls gelten sollen, genügend ausspricht ¹⁷⁷. β) ¹⁷⁸ Wenn der eingesetzte Erbe in der arglistigen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, und ohne anderen rechtfertigenden Grund ¹⁷⁹, die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen hat ¹⁸⁰, so können nach Bestimmung des prätorischen

¹⁶⁸ §. 16—18. J. de legat. L. 22. §. 2. D. de legat. III. Cf. L. 44 §. 4. D. de legat. I. L. 39. D. de legat. II. L. 79. §. 2. D. de legat. III.

¹⁶⁹ §. 16. J. cit.: si res legata sine facto heredis perierit. L. 22. §. 2. cit.: antequam mora fiat.

¹⁷⁰ §. 6. J. de legat. L. 34. §. 1. 2. D. de legat. I. L. 66. §. 1—3. D. de legat. II. Bgl. Rechtsleg. Bb. II. S. 870—875. * Arnbt's a. a. O. I. S. 249—343.

¹⁷¹ L. 2. §. 2. L. 16. D. de iure codicill. 29. 7. L. 1. §. 1. in f. D. de legat. III. L. 2. Cod. si quis om. caus. 6. 39. L. 181. D. de R. J. Cf. L. 9. D. de testament. tut. 26. 2.

¹⁷² L. 1. §. 4. D. ut in poss. legat. 36. 4. Bgl. Rechtsleg. Bb. I. S. 865.

¹⁷³ L. 22. 31. D. de minor. 4. 4. L. 3. Cod. de testament. manumiss. 7. 2.

¹⁷⁴ L. 8. §. 3. D. de iure codicill. 29. 7. Cf. L. 12. D. de iniusto test. 28. 3.

¹⁷⁵ Bgl. Frände, Beiträge I. S. 136 flg.

¹⁷⁶ Bgl. Note 100—106.

¹⁷⁷ L. 77. §. 23. D. de legat. II.

¹⁷⁸ Dig. si quis ommissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. 29. 4. Cod. si ommissa sit causa testamenti. 6. 39.

¹⁷⁹ L. 1. §. 13. L. 5. 6. pr. §. 1. 3. L. 26. §. 1. D. h. t. L. 77. §. 31. D. de legat. II. L. 8. §. 9. in f. D. de inoff. test. 5. 2.

¹⁸⁰ L. 1. §. 6. 7. D. h. t. L. 17. D. de iniusto test. 28. 3.; auch, wenn er sich durch Nichterfüllung einer Potestativbedingung die Antretung absichtlich unmöglich macht. L. 1. §. 8. D. h. t. Auch auf den Fall, wenn die bonorum possessio contra tabulas verschmäht wurde, ist dasselbe angewendet worden. L. 6. §. 9. L. 23. D. h. t.

Edicts jene Vermächtnisse ¹⁸¹ dennoch, obwohl sie civilrechtlich ungiltig sind, geltend gemacht werden, gegen den Dmittenten selbst, insofern dieser auf andere Weise, z. B. als Intestaterbe ¹⁸², nicht aus einem singulären Rechtsgrunde ¹⁸³, die Masse der Erbschaft oder einzelne Bestandtheile derselben besitzt ¹⁸⁴, oder arglistiger Weise des Besitzes sich entäußert hat ¹⁸⁵, oder auch nur einen Preis dafür, daß er die Erbschaft ausschlage, empfangen hat ¹⁸⁶, aber in subsidium auch gegen den Dritten, welcher in Folge der Ausschlagung in den Erbschaftsbesitz gekommen ist ¹⁸⁷, nicht nur, wenn dieß arglistig verabredet war, sondern auch wenn sonst nur in der bösen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, die Erbschaft abgelehnt worden ¹⁸⁸. Gleicherweise kann auch der onerirte Vermächtnißnehmer, welcher arglistig die Ablehnung der testamentarischen Erbschaft veranlaßt hat, um das ihm auferlegte Fideicommiß zu vereiteln, mit Erfolg in Anspruch genommen werden ¹⁸⁹. γ) Wenn durch rechtskräftiges Urtheil gegen das Testament entschieden ist, aber nur in Folge offenerbarer Veräumniß des eingesetzten Erben oder einer arglistigen Verabredung desselben mit dem Sieger, so können die Legatarien ihren Anspruch auch gegen die Intestaterben noch verfolgen ¹⁹⁰. δ) Wenn der Nachlaß als erblos dem Fiscus zufällt, so muß dieser doch die in dem verfallenen Testamente hinterlassenen Vermächtnisse entrichten ¹⁹¹, und dasselbe gilt natürlich auch von denjenigen, welchen vor dem Fiscus ein Recht auf den erblosen Nachlaß gegeben ist. ε) Wenn der Erblasser in der irrigen Voraussetzung, daß seine nächsten gesetzlichen oder früher eingesetzten Erben gestorben seien, andere Erben ernannt hat, so müssen jene, indem sie mit Beseitigung dieses späteren Testamentes zur Erbschaft gelangen, doch die darin enthaltenen Vermächtnisse anerkennen ¹⁹². Endlich ζ) bleiben die Vermächtnisse auch giltig, wenn das Testament nach Nov. 115 wegen Verletzung des Rechts der Notherben ungiltig ist ¹⁹³,

¹⁸¹ Nicht auch andere Verfügungen: L. 8. 9. 22. pr. D. h. t.

¹⁸² L. 1. pr. §. 1—4. 9. L. 6. §. 7. D. h. t.

¹⁸³ L. 30. D. h. t.

¹⁸⁴ L. 13—16. D. h. t.

¹⁸⁵ L. 1. §. 10—13. L. 6. §. 5. 6. D. h. t.

¹⁸⁶ L. 2. pr. D. h. t. L. 1. Cod. h. t.

¹⁸⁷ L. 2. §. 1. D. h. t.

¹⁸⁸ L. 3. 4. D. h. t. Wenn der Legatar selbst omnia causa testamenti als Intestaterbe besitzt, so kann er sich auf das Edict nicht berufen. L. 7. 40. §. 1. Cf. L. 22. §. 2. D. h. t.

¹⁸⁹ L. 4. §. 2. D. h. t.

¹⁹⁰ L. 17. §. 1. D. de inoff. test. 5. 2. L. 50. §. 1. D. de legat. 1. L. 14. D. de appellat. 49. 1.

¹⁹¹ L. 96. §. 1. D. de legat. 1. Cf. L. 3. D. de his quae in test. delentur. 28. 4. Rechtslegifon

Bb. III. S. 944.

¹⁹² L. 92. D. de hered. instit. 28. 5. L. 28. D. de inoff. test. 5. 2.

¹⁹³ Nov. 115. cap. 3. in f. cap. 4. in f.

so wie bei der *bonorum possessio contra tabulas* wenigstens gewisse Vermächtnisse aufrecht erhalten wurden¹⁹⁴.

C. Erwerb der Vermächtnisse und dessen Wirkungen.

In gewissem Sinne wird das Recht des Vermächtnisses in einem bestimmten Zeitpunkte dem Legatar ganz von selbst, *ipso iure*, ohne sein Wissen und Wollen, erworben: dies *legati vel fideicommissi cedit*¹⁹⁵. Diesen Zeitpunkt muß der Legatar erleben und in diesem Zeitpunkte muß er fähig sein, das Vermächtniß zu empfangen¹⁹⁶; alsdann geht dasselbe auch auf seine Erben über, sofern dieses nach der Natur seines Gegenstandes möglich ist¹⁹⁷, obwohl der Zeitpunkt der Geltendmachung des Vermächtnisses, *ubi dies legati venit*, noch weit hinausgerückt sein kann¹⁹⁸. Jener Zeitpunkt aber ist der Regel nach der des Todes des Erblassers; die Regel ist: *dies legati cedit mortis tempore testatoris*¹⁹⁹, wenn gleich die Antretung der Erbschaft, von welcher doch die Wirksamkeit der Vermächtnisse regelmäßig abhängt²⁰⁰, erst später erfolgt. Wenn also der Honorirte nur den Erblasser überlebt, so wird durch Verzögerung der Erbantretung, falls jener vor dieser stirbt, das Legat nicht vereitelt, sondern geht auf dessen Erben über²⁰¹. Ist aber das Vermächtniß bedingt, so muß erst die Erfüllung der Bedingung abgewartet werden, wenn sie nicht schon vor dem Tode des Testators eingetreten war²⁰², vorausgesetzt, daß es eine giltige und wahre Bedingung ist, welche dem Legat hinzugefügt war²⁰³, als welche hier aber auch die Bedingung: wenn der Legatar will, anzusehen ist, weil eben der Regel nach der Anfall des Vermächtnisses ohne Willen des Legatars stattfindet²⁰⁴. Eine bloße Zeitbestimmung dagegen schiebt den Anfall des Vermächtnisses nicht hinaus²⁰⁵, sofern sie nicht eben zugleich eine Bedingung enthält. Dieß letzte ist nothwendig der Fall bei einem sogen.

¹⁹⁴ Dig. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. 37. 5. Rechtsleg. Bb. II. S. 321 ff.

¹⁹⁵ Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedit. 36. 2. Cod. 6. 53.

¹⁹⁶ L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. Cf. L. 5. §. 7. L. 14. §. 3. D. h. t. L. 5. Cod. de cond. insert. 6. 46.

¹⁹⁷ L. 5. pr. D. h. t.

¹⁹⁸ L. 21. D. h. t. L. 213. D. de v. s.

¹⁹⁹ L. 5. §. 1. D. h. t. Nach der *lex Julia et Pap. Popp.* sollte zwar der Anfall des Legates regelmäßig erst mit der Testamentseröffnung eintreten: Ulp. XXIV. 31., aber dieß ist von Justinian bejeitigt. L. un. §. 1. 5. Cod. de caduc. toll. 6. 51.

²⁰⁰ Vgl. Note 171.

²⁰¹ L. 7. D. h. t. L. 6. Cod. h. t.

²⁰² L. 5. §. 2. D. h. t. L. 41. D. de cond. et dem. 35. 1.

²⁰³ L. 5. §. 3—5. L. 7. §. 5. L. 22. §. 1. D. h. t. L. 107. D. de cond. et dem.

²⁰⁴ L. 65. §. 1. D. de legat. I. L. 69. D. de cond. et dem.

²⁰⁵ L. 5. §. 1. L. 21. pr. D. h. t.

dies incertus an et quando²⁰⁶; ist es nur ungewiß, ob der Tag eintreffen werde, gewiß aber, wann er eintreffen wird, sofern er überhaupt eintritt (dies incertus an, certus quando), wie namentlich bei einer Altersbestimmung, so wird dieses zwar gewöhnlich auch als Bedingung aufgefaßt²⁰⁷, es kann aber auch aus den Umständen sich ergeben, daß es als ein bloßer Zahlungstag gedacht ist, der den Anfall des Legates nicht zweifelhaft macht²⁰⁸; und dasselbe gilt auch umgekehrt, wenn es gewiß ist, daß der Tag eintreten werde, ungewiß wann (sogen. dies incertus quando), wobei nämlich im Zweifel angenommen wird, daß der Legatar das fragliche Ereigniß erleben solle²⁰⁹. Durch diese Absicht aber kann selbst eine in jeder Beziehung gewisse Zeitbestimmung zu einer Bedingung werden. Die Zeitbestimmung „zur Todeszeit des Legatars“ (quando morietur legatarius) dagegen ist niemals bedingend, weil es von vorn herein gewiß ist, daß der Legatar diesen Zeitpunkt lebend erreiche²¹⁰. Ist das Vermächtniß von solcher Beschaffenheit, daß es ohnehin auf die Erben des Legatars nicht übergehen kann, z. B. das Vermächtniß einer persönlichen Servitut, so wird, auch wenn es unbedingt ist, der Anfall desselben nicht vor der Antretung der Erbschaft oder vor dem festgesetzten Tage (dies certus) angenommen²¹¹.

Vermöge jenes von selbst eintretenden Anfalles des Vermächtnisses bedarf es also keiner besonderen Willenserklärung von Seiten des Legatars, um das Recht des Vermächtnisses zu erwerben²¹². Aber der Legatar oder dessen Erbe kann das Vermächtniß ausschlagen (repudiare legatum), wornach es so gut ist, als ob ihm dasselbe nicht gegeben wäre²¹³, und insofern kann denn auch von Annahme der Vermächtnisse die Rede sein, indem die einmal erklärte Annahme die Ablehnung ausschließt und umgekehrt, jedoch nur postquam dies legati venit²¹⁴. So

²⁰⁶ L. 21. pr. cit. Cf. L. 8. Cod. de testam. manum. 7. 2. L. 56. D. de cond. indeb. 12. 6.

²⁰⁷ L. 21. pr. L. 22. pr. D. h. t. L. 36. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 49. §. 1–3. D. de legat. I. L. 3. Cod. h. t.

²⁰⁸ L. 26. §. 1. D. h. t. L. 5. Cod. h. t. L. 46. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Vgl. Zimmern, im cit. Arch. IX. 18. Savigny, System III. S. 209.

²⁰⁹ L. 4. pr. L. 13. D. h. t. L. 1. §. 2. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 12. §. 1. D. de legat. II. Cf. L. 75. D. de cond. et dem. In diesen Stellen wird die Zeitbestimmung: cum morietur heres, dato, als bedingende behandelt; eben so wirkt auch die: cum volet heres (s. oneratus), wenn der Onerirte sich bis zu seinem Tode nicht erklärt hat. L. 41. §. 6. L. 41. §. 13. D. de legat. III.

²¹⁰ L. 4. §. 4. D. h. t. L. 79. pr. D. de cond. et dem. 35. 1.

²¹¹ L. 2. 3. 5. §. 1. D. h. t. tit. Dig. quando dies ususfructus legati cedat. 7. 3. — Vgl. auch L. 7. §. 6. L. 8. 16. §. 4. 2. D. h. t.

²¹² L. 77. §. 3. D. de legat. II. L. 6. Cod. quando dies. 6. 53.

²¹³ L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. L. 86. §. 2. D. de legat. I.

²¹⁴ L. 45. §. 1. D. de legat. II.

kann denn der Legatar auch unter mehreren ihm hinterlassenen Vermächtnissen das eine annehmen, das andere ablehnen, wenn dieß nicht dem Willen des Erblassers offenbar zuwider ist, wie es z. B. der Fall sein würde, wenn der Legatar gerade nur die unbeschwerten Vermächtnisse annehmen, die beschwerten ablehnen wollte²¹⁵. Aber dasselbe Vermächtniß kann er nicht zum Theil annehmen, zum Theil ablehnen²¹⁶, woraus denn folgt, daß wer entschieden einen Theil erworben haben will, eben dadurch das Ganze erwirbt²¹⁷. Dagegen können mehrere Erben desselben Legatars, welcher ohne erklärte Annahme oder Ablehnung post diem legati cedentem gestorben ist, ein jeder unabhängig von dem anderen ihren Antheil annehmen oder ablehnen²¹⁸.

Was nun das Recht des erworbenen Vermächtnisses betrifft, so erzeugt jedes Vermächtniß eine persönliche Verbindlichkeit des Dnerirten, quasi ex contractu²¹⁹, dem Vermächtnißnehmer den Gegenstand desselben wirklich zu gewähren. Jener kann, ubi dies legati venit, mit einer persönlichen Klage (actio personalis ex testamento, actio legati) auf Erfüllung belangt werden²²⁰. Nach älterem Rechte entstand zwar nur aus dem Damnationslegat eine civilrechtliche persönliche Klage; aber nach dem Sc. Neronianum konnte auch aus dem in Form eines Vindicationslegates errichteten Vermächtnisse eine solche hervorgehen²²¹, während die Fideicommissie stets durch eine ebenfalls als persönliche Klage aufzufassende persecutio geltend gemacht werden konnten²²². Und Justinian hat denn allgemein für alle Vermächtnisse eine personalis actio als regelmäßiges Mittel der Geltendmachung anerkannt²²³, indem er zugleich eine bisher für Fideicommissie üblich gewesene eigenthümliche missio in possessionem aufhob²²⁴. Formell war es nach Justinianischem Rechte gleichgiltig, ob man nun diese persönliche Vermächtnißklage der alten actio ex legato per damnationem oder der persecutio fideicommissi gleich achte; sofern aber zwischen diesen beiden Klagen auch eine materielle Verschiedenheit in Betreff der Wirkungen bestand, und etwa selbst in den Justinianischen Rechtsbüchern noch hervortritt, muß

²¹⁵ L. 5. D. de legat. II.

²¹⁶ L. 4. 6. 23. D. de legat. II.

²¹⁷ L. 58. D. ibid.

²¹⁸ L. 38. pr. D. de legat. I.

²¹⁹ Vgl. Rechtsleg. Bb. IV. S. 21 flg. (oben S. 23. flg.)

²²⁰ In manchen Fällen reicht auch schon eine exceptio hin, um das Recht des Vermächtnisses vollkommen geltend zu machen.

²²¹ Vgl. Note 9. 10.

²²² Vgl. Rechtsleg. Bb. II. S. 281.

²²³ L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicommiss. 6. 43.

²²⁴ Vgl. darüber Marejoll, in der Zeitschr. IX. S. 130—134.

nun die dem Vermächtnisse günstigere Norm entscheiden²²⁵. Die Klage geht auf vollständige und wirksame Gewährung desjenigen, was nach Inhalt des Vermächtnisses der Erblasser dem Legatar zuwenden wollte²²⁶. Wird jedoch die genaue Erfüllung dem Dnerirten unbillig erschwert oder ist sie ihm mit dem besten Willen zu bewirken nicht möglich, so muß er wenigstens den Schätzwerth dafür geben²²⁷. Ist aber die Erfüllung absolut unmöglich geworden, so wird doch jedenfalls der Verpflichtete wegen Verzuges²²⁸, so wie wegen begangener Versehen und bösen Willens verantwortlich, und zwar haftet er gewöhnlich für jedes Versehen (*levis culpa*)²²⁹; wenn ihm selbst jedoch nach Entrichtung des Vermächtnisses kein Vortheil übrig bleibt, nur für grobes Versehen (*dolus et lata culpa*)²³⁰. Im Falle des Verzuges muß der Dnerirte überhaupt für den Nachtheil, der daraus für den Legatar hervorgeht, eintreten und so denn auch für entgangene Früchte und Zinsen Ersatz leisten. Nach älterem Rechte war zwar dieß letzte bei dem Damnationslegate nicht anerkannt, wenigstens nicht allgemein²³¹; aber es galt entschieden bei Fideicommissen, und so gilt es im Justinianischen Rechte überhaupt als Regel²³². Dagegen ist ein anderer Vortheil, welchen nach älterem Rechte das Damnationslegat hatte, nämlich daß es durch Längnen verdoppelt wurde, weshalb auch das ohne wirkliche Verbindlichkeit Gezahlte nicht zurückgefordert werden konnte, im Justinianischen Rechte verschwunden, und nur den Vermächtnissen zu milden Zwecken (*ad pias causas*), welcher Art sie sein mögen, ist die besondere Begünstigung gegeben, daß der Dnerirte nicht nur, wenn er läugnet, sondern selbst wenn er nur auf ergangene Mahnung mit der Erfüllung zögert und es bis zur Klage kommen läßt, das Doppelte zahlen muß²³³. Zudem soll er ein solches Vermächtniß mindestens in sechs

²²⁵ L. 2. Cod. l. c. Vgl. Note 13. *Marejoll a. a. O. S. 275 flg.*

²²⁶ L. 41. §. 25. D. de legat. III. Cf. L. 44. §. 9. L. 116. §. 4. D. de legat. I. L. 39. pr. D. ibid.

²²⁷ L. 11. §. 17. L. 14. §. 2. D. de legat. III. L. 71. §. 3. 4. D. de legat. I.

²²⁸ L. 39. §. 1. L. 47. §. 6. D. de legat. I. L. 3. Cod. de usuris legat. 6. 47.

²²⁹ L. 47. §. 4. 5. L. 26. §. 1. D. de legat. I.

²³⁰ L. 108. §. 12. D. de legat. I. Bei dem Universalfideicommiss muß der Erbe, sofern er nicht *res restituirt*, *diligentiam quam suis rebus præstare*, gleich einem Miterben. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

²³¹ Gai. II. §. 280. Cf. Gai. epitome II. 7. §. 8. L. 23. D. de legat. I. *Marejoll a. a. O. S. 99—103.*

²³² Gai. I. c. L. 78. §. 2. L. 84. D. de legat. II. L. 26. D. de legat. III. L. 8. D. de usur. 22. 1. L. 1. Cod. de usur. et fruct. legat. 6. 47. Von der bloß aus dem obligatorischen Verhältnisse hervorgehenden Ersatzverbindlichkeit für entgangenen Fruchtgewinn muß man übrigens noch den Anspruch auf die Früchte unterscheiden, der sich aus der Natur des durch das Vermächtniß erloobenen Rechtes ergibt und daher auch durch *in rem actio* geltend gemacht werden kann. L. 39. §. 1. D. de legat. I. L. 1. 4. Cod. l. c. Vgl. Mühlensbruch, Lehrb. §. 755. 756. *Kofshirt*, Verm. I. S. 488—492.

²³³ Gai. IV. 171. *Pauli sent.* I. 19. §. 1. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 19. 23. 26. J. de action. 4. 6. §. 1. J. de poena tenere litig. 4. 16. Cf. L. 46. §. 7. Cod. de episcop. et cler. 1. 3. (*lex restituta*). Vgl. *Marejoll a. a. O. S. 276 flg.*

Monaten von der Bekanntmachung des letzten Willens an selbst ohne Mahnung entrichten, widrigenfalls von der Zeit des Todes an Früchte und Zinsen vergüten, als ob er von da an schon im Verzuge gewesen²³⁴.

Die Vermächtnißforderung ist übrigens noch gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an denjenigen Gütern, welche der Verpflichtete vom Erblasser her erhalten hat²³⁵. Auch kann der Vermächtnißnehmer, wenn die Entrichtung des Vermächtnisses einen Aufschub erleidet, sei es wegen einer noch schwebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung oder auch wegen eines bloß faktischen Hindernisses, von Seiten des Verpflichteten Cautionsleistung mit Bürgen verlangen²³⁶, und wenn ihm diese nicht gewährt wird, sich in den Besitz aller aus der Erbschaft herrührenden Güter des Verpflichteten einweisen lassen, *legatorum seu fideicommissorum servandorum causa*²³⁷, unter Umständen auch in den Besitz derjenigen Erbschaftsgüter, deren sich der Verpflichtete arglistig entäußert hat²³⁸. Diese Verpflichtung zur Cautionsleistung kann jedoch durch Verfügung des Erblassers, so wie durch Bewilligung des Legatars erlassen werden²³⁹, und von selbst fällt sie weg, wenn der Vermächtnißnehmer ohnehin sicher gestellt ist²⁴⁰, so wie wenn derselbe, ohne Caution zu verlangen, sofort die Klage auf Entrichtung des Vermächtnisses angestellt und darüber *litem contestirt* hat²⁴¹. Der *Fiscus* ist von dieser Caution, wie immer,

²³⁴ Nov. 131. cap. 12. Cf. L. 46. §. 4. Cod. l. c. *Marai*, von der *Mera* S. 158—160.

²³⁵ L. 1. 2. Cod. commun. de legat. 6. 43.

²³⁶ Dig. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36. 3. Cod. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisfari debeat. 6. 54.

²³⁷ Dig. ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa esse liceat. 6. 4. Cod. tit. cit. Man hat zwar behauptet, diese *missio* sei durch Justinian aufgehoben. Vöhr, im Mag. III. S. 195. im civ. Arch. V. S. 208. Zuverlässig aber war die von Justinian aufgehobene, den Fideicommissen eigenthümliche *missio* in rem von der hier in Frage stehenden verschieden. Vgl. oben Note 23. und *Marejoll a. a. D.* S. 360 flg. *Köhhirt a. a. D.* I. S. 516 flg.

²³⁸ L. 5. §. 5. L. 8. 15. D. 36. 4. L. 6. Cod. l. c.

²³⁹ L. 2. 7. Cod. h. t. L. 12. D. 36. 3. L. 46. D. de pactis. 2. 14.

²⁴⁰ L. 1. §. 2. D. 36. 4.: *Si debitori liberatio sit relicta.*

²⁴¹ L. 1. §. 9. 10. D. 36. 3. Cf. L. 3. D. 36. 4. L. 5. §. 1. D. 36. 3. *Cuiacii obs.* XV. 10. — *Mandé*, s. *B. Voet* ad tit. 36. 3. §. 1., *Köhhirt a. a. D.* I. S. 515. führen auch noch den Fall an, wenn das Vermächtniß unter einer Potestatsbedingung hinterlassen sei und nur wegen Nichterfüllung derselben noch Aufschub erleide, weil dann der Vermächtnißnehmer es in seiner Gewalt habe, diesen Aufschub zu beseitigen. Aber es läßt sich nach der Natur der Sache nicht behaupten, daß der Legatar, wenn es ihm angemessener scheint, mit der Erfüllung der Bedingung noch zu zögern, deshalb auf die Sicherheit verzichten müsse, die sonst für bedingte Vermächtnisse gefordert werden kann. L. 1. §. 11. D. l. c. aber gibt für jene Behauptung keinen Anhaltspunkt. Sie bespricht den Fall, wenn dem Legatar der Gegenstand des Vermächtnisses im Falle des Verlustes oder der Verschleuderung abermals vermacht sein soll, und entscheidet: *non oportere ei caveri. quum in suo arbitrio habeat, ne perdat id quod sibi relictum est, quamvis, si quis inspexerit. quod sub conditione relictum est, dici debeat satisfactionem exigendam.* Der Grund dieser Entscheidung liegt also nicht darin, daß der Legatar die Erfüllung der Bedingung, d. i. die Verschleuderung des Empfangenen, in seiner Gewalt hat, sondern darin, daß er es in seiner Gewalt, sich das Empfangene zu erhalten und so die wiederholte Auszahlung des Vermächtnisses zu vermeiden.

befreit²⁴², und auch Städte brauchen nur Verbalcaution zu leisten²⁴³. Auch kann der Vater, welchem zu Gunsten der in seiner Gewalt befindlichen Kinder ein Vermächtniß auferlegt ist, nicht zur Caution angehalten werden²⁴⁴. Und endlich hat eine Verordnung von Zeno²⁴⁵, die auch Justinian noch anerkennt²⁴⁶, insbesondere bestimmt, daß, wenn ein Ascendent seine Kinder zu Erben eingesetzt hat, mit der Auflage für die einzelnen, ihren Erbtheil im Falle kinderlosen Absterbens an die überlebenden Geschwister, oder auch mit der Auflage, die Erbschaft den Enkeln oder Urenkeln zu restituiren, wegen dieses Vermächtnisses die Caution nicht gefordert werden solle, wenn sie der Erblasser nicht vorschreibt, ausgenommen wenn Vater oder Mutter eine andere Ehe eingeht. Man gibt zwar gewöhnlich dieser Verordnung einen viel umfassenderen Sinn, so daß Vater und Mutter, und wohl gar auch Geschwister, überhaupt bei allen Vermächtnissen von der Caution frei sein sollen²⁴⁷; aber es ist dieß offenbar nicht dem Inhalte des Gesetzes gemäß²⁴⁸. Wenn übrigens jene Besitzeinweisung in die Erbschaftsgüter ohne Erfolg bleibt und nach sechs Monaten noch die verlangte Caution nicht geleistet ist, so wird nach der bisher gewöhnlichen Meinung eine zweite Immission, die sich auch auf die übrigen eigenen Güter des Dnerirten erstreckt, zugelassen, von Manchen Antoniniana missio genannt, weil sie sich angeblich auf ein Rescript des Antoninus Caracalla gründet²⁴⁹. In der That aber ist diese Besitzeinweisung nach Inhalt der Gesetze von ganz anderer Beschaffenheit, und auch da zulässig, wo obige Cautionsleistung erlassen ist. Sie soll nämlich stattfinden, wenn der Verpflichtete, nachdem er schon bei dem competenten Richter belangt worden, noch sechs Monate lang mit der Auszahlung des Vermächtnisses widerrechtlich zögert. Dann soll der Vermächtnißnehmer den Besitz des Vermögens des Dnerirten erhalten, um sich durch den Fruchtgenuß allmählig so weit möglich bezahlt zu machen²⁵⁰.

Bisher war nur von der obligatorischen Wirkung der Vermächtnisse die Rede. Es kann aber auch unmittelbar das Eigenthum einer Sache

²⁴² L. 1. §. 18. D. 36. 3.

²⁴³ L. 6. §. 1. D. ibid.

²⁴⁴ L. 7. D. 36. 3. L. 50. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

²⁴⁵ L. 6. pr. §. 1. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49.

²⁴⁶ Nov. 22. cap. 41.

²⁴⁷ So noch Kößhirt a. a. D. I. S. 515.

²⁴⁸ Vgl. Marejoll, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. V. S. 372—382.

²⁴⁹ L. 5. §. 16. D. 36. 4. L. 6. Cod. h. t. Mühlenbruch, Lehrb. §. 739. Note 3. Kößhirt a. a. D. S. 510.

²⁵⁰ L. 5. §. 16—21. 23—25. D. 1. c. L. 6. Cod. cit. Vgl. Marejoll, in der Zeitschr. IX. S. 127 bis 130. Wening-Ingenheim, Lehrb., 5. Ausg., §. 523 a. E.

oder ein anderes dingliches Recht an derselben durch Vermächtniß erworben werden, welches denn sofort durch in rem actio geltend gemacht werden kann. Nach älterem Rechte konnte dieß freilich nur in Folge des Vindications- und des Präceptionslegates stattfinden²⁵¹. Allein Justinian verordnete, daß ohne Unterscheidung der verschiedenen Legatsformen, und eben sowohl auch bei Fideicommissen wie bei Legaten, dem Vermächtnißnehmer die Vindication der vermachten Sachen durch in rem actio zustehen solle²⁵². Dadurch hat nun jedes Vermächtniß, wenn nur die materiellen Voraussetzungen dazu nicht fehlen, die Natur und Wirkung eines Vindicationslegates erhalten, obwohl es dem Vermächtnißnehmer frei steht, sich auch der persönlichen Klage gegen den Verpflichteten zu bedienen. Zu jenen materiellen Voraussetzungen gehört aber nicht nur, daß der Erblasser wirklich Eigenthum oder sonst ein dingliches Recht an einer bestimmten Sache gewähren wollte, sondern auch, daß er dieses dingliche Recht unmittelbar zu gewähren vermöchte, wenn er als Lebender darüber verfügte. Nur an solchen Sachen, welche dem Erblasser gehörten oder zur Erbschaft gehören, wobei es aber auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht mehr ankommt²⁵³, kann der Legatar unmittelbar durch das Vermächtniß Eigenthum oder andere dingliche Rechte erwerben²⁵⁴. Es ist von selbst einleuchtend, daß an der Sache eines Dritten der Erblasser Niemanden Rechte gewähren kann, die ihm selbst nicht zustehen; hier kann offenbar der Erbe nur verpflichtet werden, daß er dem Legatar das ihm zugedachte Recht verschaffe. Aber auch in Ansehung der Sachen, welche dem Erben oder Dnerirten selbst gehören, kann jener directe Erwerb des dinglichen Rechtes nicht stattfinden, sondern diesem nur eine Verpflichtung auferlegt werden. Zwar sind Manche in diesem Punkte anderer Meinung²⁵⁵, und insbesondere ist behauptet worden, die von Justinian gewährte in rem actio finde allerdings auch in diesem

²⁵¹ Vgl. oben Note 7. 8.

²⁵² L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43.: Rectius igitur censemus . . . omnibus tam legatariis quam fideicommissariis (tam legatis quam fideicommissis) unam naturam imponere et non solum personale actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda.

²⁵³ Es ist nicht, wie Maregoll a. a. D. S. 284. behauptet, eine Inconsequenz, hier die Catonianische Regel, wenn man sie auch sonst noch für anwendbar hält, außer Acht zu lassen. Denn erfolglos würde das Legat niemals sein, wenn auch der Erblasser sofort gestorben wäre, und eine Unterscheidung der verschiedenen Legatsformen nach den Erfordernissen ihrer Errichtung findet überall nicht mehr statt; sondern es fragt sich nur, welche Wirkungen das Vermächtniß nach Verschiedenheit seines Gegenstandes haben könne.

²⁵⁴ S. das Nähere unten.

²⁵⁵ Schon in der Glosse ad L. 1. 2. Cod. l. c. findet sich diese Meinung neben der richtigen. Vgl. Buchta, Lehrb. §. 532.

Fälle Anwendung, dieselbe sei jedoch nicht eine wahre Eigenthumsklage, sondern nur eine utilis rei vindicatio oder in rem actio, zu mehreren Schutze des Vermächtnisnehmers gegen dritte Besitzer, und man müsse davon noch den Fall des eigentlichen Vindicationslegates, das unter obigen Voraussetzungen auch im Justinianischen Rechte noch mit eigenthümlichen Wirkungen bestehe, unterscheiden²⁵⁶. Allein die Gründe für diese letzte Behauptung sind durchaus ungenügend²⁵⁷; die in rem actio der L. 1. C. cit. ist nichts anderes als die wahre reine Eigenthumsklage, die eben den directen Erwerb des Eigenthums nothwendig voraussetzt. Daß aber dieser directe Erwerb auch bei Sachen, welche dem Dnerirten gehören, eintreten solle, das könnte man, als eine gegen die ratio iuris auffallend verstößende Neuerung, nicht ohne die deutlichste gesetzliche Bestimmung annehmen. Nun drückt sich zwar unser Gesetz in dem hierher gehörigen Hauptsatze scheinbar sehr allgemein aus²⁵⁸, aber wenn doch einmal zugegeben wird, daß man es nicht auf alle Vermächtnisse beziehen könne, so braucht man es auch nicht auf das Vermächtniß einer Sache des Erben zu beziehen, um so weniger als die Constitution zudem durch mehrere Wendungen deutlich genug an den Tag legt, daß ihr Urheber nur Vermächtnisse von Gegenständen, die zur Erbschaft gehören, im Auge hatte²⁵⁹.

Bei der Lehre von den Rechten der Vermächtnisnehmer wäre noch das Anwachsungsrecht der Collegatarien zu berücksichtigen; aber davon ist schon in einem anderen Artikel gehandelt worden²⁶⁰. Dagegen muß hier nun noch von den Rechten des Dnerirten in Ansehung der ihm auf-erlegten Vermächtnisse die Rede sein.

²⁵⁶ Marezoll a. a. D. S. 280—305. Vgl. Rechtsleg. Bd. IV. S. 284 fig.

²⁵⁷ Ein Hauptargument soll L. 3. §. 2. 3. Cod. l. c. gewähren; aber vgl. darüber unten. Daß andere Argument wird aus L. 8. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. geschöpft, worin allerdings ausgesprochen wird, daß der Dnerirte die vermachte Sache zu tradiren verbunden sei, aber keineswegs, daß der Vermächtnisnehmer nur durch Tradition das Eigenthum der Sache erlangen könne.

²⁵⁸ Vgl. Note 52. Doch sollte vielleicht durch das quatenus liceat etc. eine Andeutung gegeben sein, daß es noch auf andere Umstände und nur durchaus nicht auf die Form des Vermächtnisses ankomme, ob die in rem actio anwendbar sei.

²⁵⁹ Es kann allerdings Niemanden einfallen, dafür die Worte: in res mortui praestare anzu-führen, da sich diese deutlich nur auf die utilis Serviana actio beziehen. Marezoll a. a. D. S. 301. Note 4. Wohl aber sind beweisend die Worte: praefatas actiones (d. i. die actio in rem und die actio hypothecaria) contra res testatoris esse instituendas und non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere in rebus quas a testatore consecutus est, wo um so weniger zulässig ist, die letzten Worte nur auf die hypothecaria actio zu beziehen, weil für diese unmittelbar nachher noch besonders bestimmt wird, daß sie sich nur auf die Erbschaftsgüter beschränke. Vgl. Sangerow, Pand. II. S. 468., und Rechtsleg. Bd. III. S. 871. (oben I. S. 233.) Note 118.

²⁶⁰ Vgl. Rechtslegikon Bd. I. S. 313—325. — Nur beiläufig sei zu bemerken erlaubt, daß der Verf. dieses Artikels die dort vertheidigte Meinung, wornach auch bloß verhis coniuncti ein Anwachsungsrecht oder, wie es dort heißt, eine caducorum vindicatio haben sollen, unmöglich theilen kann. Vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 583. Sangerow, Pand. II. S. 535 fig.

Vorerst können dem Onerirten unter Umständen gewisse Gegenansprüche in Betreff des zu entrichtenden oder entrichteten Vermächtnisses zustehen, die er dann durch *exceptio* oder *condictio* verfolgen kann²⁶¹. Sodann soll der Vermächtnisnehmer der Regel nach nicht eigenmächtig sich in den Besitz der ihm vermachten Gegenstände der Erbschaft setzen, sondern die Entrichtung derselben vom Erben fordern. Diesem ist für den Fall, daß jener ohne seine Gestattung den Besitz erlangt hat, ein eigenes *interdictum adipiscendae possessionis* verliehen, gerichtet auf Herausgabe der Sache oder Ersatz des Interesse²⁶². Das wichtigste Recht des onerirten Erben aber ist dieses, daß er wegen übermäßiger Belastung der Erbschaft mit Vermächtnissen den letzten einen Abzug machen kann, und zwar nach Bestimmung der *lex Falcidia*²⁶³.

Nachdem zuerst die *lex Furia* bestimmt hatte, daß mit Ausnahme von nahen Angehörigen Niemand mehr als 1000 Asses durch Legat erhalten sollte, dann die *lex Voconia*, daß Niemanden durch Legate mehr zugewendet werden könne, als die Erben behielten, verordnete endlich die *lex Falcidia* (a. u. 714.), mit Aufhebung jener älteren Vorschriften, es solle fortan die Hinterlassung von Legaten nur mit der Beschränkung statthaft und gültig sein, daß den Erben mindestens der vierte Theil der Erbmasse ohne Belastung übrig bleibe²⁶⁴. Darnach ist nun der Erbe, wenn er in höherem Maße mit Legaten beschwert ist, berechtigt, von jedem Legate nach Verhältniß so viel in Abzug zu bringen, als nöthig ist, um das ihm gebührende Viertel (*quarta Falcidia*) zu ergänzen. Das Gesetz spricht nur von Legaten; aber durch das *Sc. Pegasianum* (unter Vespasian) wurde dieselbe Bestimmung auch auf die seitdem als erzwingbar anerkannten Fideicommissse ausgedehnt²⁶⁵, und durch eine Constitution von Divus Pius insbesondere auch auf Intestatfideicommissse²⁶⁶, so wie durch die *interpretatio* und kaiserliche Constitutionen

§ 264

²⁶¹ L. 58—61. L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. D. de legat. I.

²⁶² Dig. quod legatorum. 43. 3. Cod. 8. 3. Cf. Vat. frag. §. 90. Bgl. in Rechtslexikon Bb. V. den Art. *interdictum quod legatorum*.

²⁶³ Inst. de lege Falcidia. 2. 22. Dig. ad legem Falcid. 35. 2. Cod. 6. 50. Cf. Gai. II. 224 bis 227. Paul. sentt. III. 8.

²⁶⁴ Gai. l. c. Ulp. XXIV. 32. Pr. J. l. c. — L. 1. pr. D. l. c.: *Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare quam damnatus est.*

²⁶⁵ Gai. II. 253. §. 5. J. de fideicommiss. hered. 2. 23. L. 2. 3. Cod. h. t.

²⁶⁶ L. 18. pr. D. h. t. Cf. L. 5. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49.

auch andere mortis causa capiones derselben Beschränkung unterworfen wurden²⁶⁷. Ueberall aber ist es nur der Erbe, der testamentarische oder Intestaterbe, zu dessen Gunsten diese gesetzliche Beschränkung stattfindet; ein mit Vermächtnissen beschwerter Legatar oder Fideicommissar, sei er auch Universal-fideicommissar, kann sie nicht für sich in Anspruch nehmen, wenn ihm etwa mehr als drei Viertheile seines Vermächtnisses entzogen werden²⁶⁸. Nur insofern ein Vermächtnisnehmer selbst einen Abzug durch den Erben erleidet, oder der Erbe, wo er dazu berechtigt wäre, nur zu dessen Gunsten darauf verzichtet, kann auch er von den ihm auferlegten Vermächtnissen einen verhältnißmäßigen Abzug machen, indem im Zweifel anzunehmen ist, daß der Erblasser die ursprüngliche Proportion zwischen dem, was ihm bleibt, und dem, was er abgibt, beibehalten wissen wolle²⁶⁹, es möchte denn überwiegend wahrscheinlich sein, daß der Erblasser darauf keine Rücksicht genommen habe, wie es z. B. bei dem Vermächtnisse von Alimenten oder jährlichen Renten zu vermuthen ist²⁷⁰.

Das Recht des Abzuges von den einzelnen Vermächtnissen kann der Erbe durch exceptio oder Retention geltend machen, so lange er noch im Besitze ist²⁷¹, und in dieser Beziehung ist ihm das interdictum quod legatorum wichtig, weil er sich dadurch den Besitz verschaffen kann²⁷². Auch kann sich der Erbe bei Entrichtung des Vermächtnisses, falls sich etwa später erst ergeben möchte, daß dasselbe einen Abzug erleiden müsse, wegen Rückerstattung des Uebermaßes Caution leisten lassen²⁷³. Außerdem kann sich derselbe, wenn der Vermächtnisnehmer schon das ganze Vermächtniß ohne Abzug erhalten hat, nach Umständen durch in factum actio oder indebiti condictio helfen²⁷⁴, oder auch wohl durch actio doli mali²⁷⁵, und wo eine Sache der Erbschaft Gegenstand des Legates ist, kann er auch pro parte vindiciren, indem das Eigenthum der vermachten Sache, insoweit das Vermächtniß das gesetzliche Maß überschreitet, nicht auf den Legatar übergeht²⁷⁶. Wenn aber der Erbe ohne Vorbehalt,

²⁶⁷ L. 32. §. 4. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 5. 12. 18. Cod. h. t. L. 2. Cod. de mort. c. donat. 8. 57.

²⁶⁸ L. 47. §. 1. D. h. t. L. 22. §. 5. L. 55. §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 4.

²⁶⁹ L. 32. §. 4. 5. D. h. t. Cf. L. 1. §. 19. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

²⁷⁰ L. 25. §. 4. D. h. t. L. 21. §. 1. D. de annuis legat. 33. 1. L. 77. §. 1. D. de legat. II.

²⁷¹ L. 14. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t.

²⁷² Vgl. Note 262.

²⁷³ L. 4. §. 12. L. 31. D. h. t. L. 4. et sqq. D. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur. 35. 3.

²⁷⁴ L. 77. §. 2. D. de legat. II. L. 1. §. 41. D. h. t. L. 9. Cod. h. t.

²⁷⁵ L. 23. D. dolo malo. 4. 3.

²⁷⁶ L. 26. pr. D. h. t.

aus Rechtsirrtum oder wissentlich, das ganze Vermächtniß entrichtet hat, so kann er nichts zurückfordern ²⁷⁷.

Um nun aber im einzelnen Falle zu ermessen, ob und in welchem Maße der Erbe in dem ihm gebührenden Vierteltheile beeinträchtigt sei, wie viel er also den Vermächtnissen abziehen könne, muß vorerst der gesammte wahre Vermögensbetrag der Erbschaft ermittelt werden, wie sie im Zeitpunkte des Todes des Erblassers vorliegt. Zu diesem Zwecke werden zunächst die activen Bestandtheile des erbchaftlichen Vermögens nach ihrem wahren Werthe zur Zeit des Todes geschätzt und zusammengerechnet ²⁷⁸. Späterer Zuwachs oder Abgang, Erhöhung oder Minderung des Werthes kommt nicht in Betracht, weder zum Vortheile, noch zum Nachtheile der Vermächtnisse ²⁷⁹, es wäre denn nur von späterer Entscheidung über schwebende juristische Verhältnisse die Rede, die ihrer Wirkung nach auf jenen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden müssen ²⁸⁰. So kommen bedingte Forderungen der Erbschaft allerdings in Betracht, obwohl es ungewiß ist, ob die Bedingung werde erfüllt werden. Man kann sie entweder zu dem Werthe anschlagen, zu welchem man sie jetzt, ungeachtet jener Ungewißheit, verkaufen könnte, oder man kann je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Erfüllung dieselben einstweilen schon einrechnen oder einstweilen noch ganz außer Ansatz lassen und dafür wegen künftiger Rückerstattung des Uebermaßes den Legatarien oder wegen Ergänzung der Legate dem Erben Caution auflegen ²⁸¹. Forderungen, die noch nicht fällig sind, werden mit Berechnung der Zwischenzinsen auf ihren Werth im Zeitpunkte des Todes reducirt ²⁸². Außerdem kommt es auch darauf an, ob die Erbschaftsschuldner zahlungsfähig sind; nur so weit die Forderung wirklich eingezogen werden kann, ist sie dem Erben anzurechnen, und daher kann auch aus diesem Grunde noch eine Ungewißheit über die Verletzung der Falcidia bestehen ²⁸³; aber was der onerirte Erbe selbst dem Erblasser schuldig war, wird jedenfalls ganz in den Betrag der Activa eingerechnet, obwohl die Schuld durch Confusion erloschen ist ²⁸⁴. Auch nicht klagbare Forderungen sind in Anschlag zu bringen, so weit sie für den Erben Erfolg haben ²⁸⁵, und eben so kommt

²⁷⁷ L. 1. 9. 19. Cod. h. t. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. Nov. 1. cap. 3. Cf. L. 16. D. h. t. Vgl. unten Note 336.

²⁷⁸ L. 42. 62. §. 1. L. 63. D. h. t. Cf. L. 3. pr. L. 9. pr. D. h. t.

²⁷⁹ §. 2. J. h. t. L. 73. pr. D. h. t.

²⁸⁰ L. 43. L. 73. §. 1. D. h. t.

²⁸¹ L. 73. §. 1. cit.

²⁸² Arg. L. 73. §. 4. D. l. c.

²⁸³ L. 56. pr. §. 1. L. 63. §. 1. D. h. t.

²⁸⁴ L. 1. §. 18. L. 82. D. h. t.

²⁸⁵ L. 1. §. 17. L. 21. pr. L. 56. §. 2. D. h. t.

es auch bei Correalforderungen auf den Erfolg an, ob der Erbe oder ein anderer Mitgläubiger dieselbe einziehe, wenn nicht wegen des unter den Gesamtgläubigern bestehenden Gesellschaftsverhältnisses von vorn herein der Erbschaft ein bestimmter Theil des Ganzen gesichert ist²⁸⁶.

Von dem Betrage der Activa müssen nun vor allem die Schulden der Erbschaft abgezogen werden²⁸⁷, ebenfalls mit Rücksicht auf die Zeit des Todes berechnet, wobei denn zum Theil ähnliche Rücksichten eintreten, wie bei der Berechnung der Forderungen der Erbschaft²⁸⁸, und zwar kommen auch hier die Ansprüche, die der Erbe selbst an die Erbschaft machen könnte, als Lasten derselben in Betracht, wie dort die Forderungen des Erblassers an den Erben als Activa²⁸⁹. Außer den eigentlichen Erbschaftsschulden werden aber auch die Kosten der Leichenbestattung des Erblassers vorabgezogen²⁹⁰, dergleichen die Kosten der Uebernahme und Liquidation des erbchaftlichen Vermögens²⁹¹, dann der Pflichttheil, welchen der Erbe an einen anderen zu entrichten hat²⁹², und nach canonischem Rechte auch der eigene Pflichttheil des Erben selbst²⁹³.

Der Ueberschuß an activem Vermögen, der sich nach dieser Berechnung ergibt, ist es nun, wodurch die Vermächtnisse gedeckt werden müssen, so daß mindestens ein Viertel dem Erben übrig bleibt. Zur Vergleichung muß also auch der Gesamtbetrag aller dem Erben auferlegten wirksamen Vermächtnisse, ebenfalls mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Todes, festgestellt werden. Die Gegenstände derselben werden ebenfalls nach ihrem wahren Vermögenswerthe zur Zeit des Todes geschätzt und angeschlagen²⁹⁴, ohne daß man an eine etwa vom Erblasser gegebene Schätzung gebunden wäre²⁹⁵. Bei Berechnung der Vermächtnisse, deren Fälligkeit aufgeschoben bleibt, müssen denn auch wieder die Früchte und Zinsen der Zwischenzeit (*commodum repraesentationis*) berücksichtigt

²⁸⁶ L. 62. pr. D. h. t.

²⁸⁷ §. 3. J. h. t. L. 39. D. h. t.

²⁸⁸ Note 81. 82. 85. 86.

²⁸⁹ L. 54. 81. §. 1. 2. D. h. t. L. 6. pr. Cod. h. t. Vgl. Note 84.

²⁹⁰ §. 3. J. h. t. L. 1. §. 19. L. 2. D. h. t.

²⁹¹ L. 72. D. h. t. L. 22. §. 9. Cod. de iure delib. 6. 30.

²⁹² Arg. L. 36. §. 2. D. de inoff. test. 3. 28.

²⁹³ Cap. 16. 18. X. de testament. Daß schon nach römischem Rechte der onerirte Pflichttheilsberechtigte erst den Pflichttheil und dann noch insbesondere die quarta Falcidia in Anspruch nehmen könne, wie noch Mühlenbruch §. 759, Note 6, behauptet, läßt sich nicht darthun. Vgl. Kofshirt a. a. D. I. S. 648 flg. Nach römischem Rechte mußte dagegen auch noch der Werth der durch letztwillige Verfügung freigelassenen Sklaven von dem Vermögensbetrage schlechthin abgezogen werden, da eine Minderung des Vermögenswerthes der Freiheit nicht möglich war, und dem Erben doch auch nicht der Werth derselben allein angerechnet werden konnte. §. 3. J. h. t. L. 34—39. D. h. t.

²⁹⁴ L. 30. §. 4. D. h. t. Cf. L. 19. L. 61. D. ibid.

²⁹⁵ L. 15. §. 8. D. h. t.

werden²⁹⁶, und, wenn bedingte Legate in Betracht kommen, so werden die übrigen einstweilen ohne Rücksicht auf dieselben entrichtet, gegen Cautionsleistung für den Fall, daß späterhin durch Erfüllung der Bedingungen noch eine Schmälerung der Falcidia sich ergebe²⁹⁷.

Esfern nun die Gesamtsumme der Vermächtnisse (und der ihnen gleichzuachtenden Zuwendungen auf den Todesfall) mehr als drei Vierteltheile des wahren Vermögensbetrages der Erbschaft ausmacht, kann der Erbe jenen allen nach Verhältnis ihres Betrages den zur Erhaltung seines Vierteltheiles erforderlichen Abzug machen²⁹⁸. In dieses Vierteltheil muß der Erbe Alles, aber auch nur das, was er als Erbe bekommt oder behält, sich einrechnen lassen. Dahin gehört nicht, was er selbst als Vermächtniß bekommt²⁹⁹, oder zum Zwecke der Erfüllung einer Bedingung, conditionis implendae causa, die einem Anderen auferlegt ist³⁰⁰, und vollends nicht, was er zwar aus Anlaß der Erbschaft aber nur durch eigene vortheilhafte Geschäfte über den Werth derselben gewinnt³⁰¹; wohl aber gehört dahin, was er an Früchten von vermachten Erbschaftsachen gewinnt, wo das Vermächtniß nicht sogleich fällig ist³⁰², ferner der Betrag der ungiltigen oder hinfälligen Vermächtnisse, sollte er sie auch irrthümlicher Weise gezahlt haben³⁰³, und ebenso denn auch der Theil eines Prälegates, der auf den eigenen Erbtheil des Erben fällt³⁰⁴. Wenn aber einem Erben zugleich ein Vermächtniß auf Kosten des Miterben gegeben und ein anderes zum Vortheile desselben auferlegt ist, so kann er diesem höchstens so viel abziehen, als jenes weniger beträgt, wie der Abzug, den das letzte sonst zu erleiden hätte, und den übrigen Legatarien gegenüber kann er das dem Miterben zu leistende Vermächtniß auch nicht höher in Anschlag bringen, als so viel es mehr beträgt, als was er von demselben empfängt³⁰⁵.

²⁹⁶ L. 45. pr. L. 73. §. 4. Cf. L. 66. pr. L. 88. §. 3. D. h. t.

²⁹⁷ L. 45. §. 1. L. 73. §. 2. Cf. L. 1. §. 12. D. h. t. Von der Berechnung gewisser Vermächtnisse wird noch unten bei den einzelnen Arten derselben die Rede sein.

²⁹⁸ L. 73. §. 5. Cf. L. 66. §. 4. D. h. t.

²⁹⁹ L. 74. 91. D. h. t. Wenn ihm aber das Vermächtniß deßhalb gegeben ist, daß er die ihm aufgelegten Vermächtnisse voll auszahlen solle, so wird jenes als ein legatum sub modo betrachtet, und wenn er daher vorzieht, von der Falcidia Gebrauch zu machen, so kann er das Vermächtniß nicht geltend machen. L. 75. D. h. t. Indessen ist in solcher Verfügung wohl zugleich ein Verbot des Abzuges enthalten, was nach Nov. 1. cap. 2. wirksam ist. Auch was der Erblasser schon inter vivos dem Erben auf Abrechnung der falcidischen Quart gegeben hat, muß dieser sich anrechnen. L. 56. §. 5. D. h. t.

³⁰⁰ L. 76. pr. L. 40. §. 1. D. h. t.

³⁰¹ L. 3. pr. §. 1. D. h. t.

³⁰² L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. D. h. t. Vgl. Note 296.

³⁰³ L. 11. pr. L. 50. 51. L. 76. §. 1. D. h. t.

³⁰⁴ L. 91. D. h. t. Vgl. Note 65.

³⁰⁵ L. 22. pr. D. h. t. * Vgl. dazu Arndts a. a. O. II. S. 7—9.

Einer besonderen Erörterung bedarf nun noch die Frage, wie die Falcidia zu berechnen ist, wenn die Erbschaft in mehrere Theile getheilt und insbesondere, wenn mehrere ursprünglich geschiedene Erbtheile sich in einer Person vereinigen³⁰⁶?

Bei der Concurrenz mehrerer Erben gilt die Regel, daß jedem der Erben für seinen Erbtheil selbständig, und unabhängig von den Miterben, das Recht der falcidischen Quarta zustehe. Einem jeden muß mindestens der vierte Theil seines Erbtheiles, wie dem einzigen Erben der vierte Theil der ganzen Erbschaft, unbeschwert übrig bleiben; widrigenfalls kann er von den ihn treffenden Vermächtnissen verhältnißmäßigen Abzug machen, ohne darnach zu fragen, ob seine Miterben in gleichem Maße beschwert und also auch mehr als drei Vierteltheile der ganzen Erbschaft durch die Vermächtnisse erschöpft seien³⁰⁷. Diese Regel ist dann von Wichtigkeit, wenn nicht alle Vermächtnisse schlechtthin der Erbschaft, sondern verschiedene den verschiedenen Erben namentlich auferlegt sind. Nun können aber verschiedene in verschiedenem Maße beschwerte Erbtheile auf mehrfache Weise in der Person eines und desselben Erben sich vereinigen; es fragt sich, ob auch hier jene Trennung der Erbtheile in Berechnung der Falcidia festzuhalten sei? Man unterscheide folgende Fälle:

1) Wenn Jemand zu seinem eigenen ursprünglichen Erbtheile hinterher aus besonderem Rechtsgrunde auch den seinem Miterber bereits erworbenen Erbtheil erlangt, z. B. als Erbe desselben, oder nach älterem Rechte als Arrogator, so bewirkt dieses in Berechnung der Falcidia keine Aenderung³⁰⁸.

2) Bekommt ein Erbe mehrere Erbtheile vermöge des Anwachsungsrechtes, so wird zwar die Quarta für jeden insbesondere berechnet, aber was der Erbe durch den Ueberschuß des anwachsenden Erbtheiles gewinnt, muß er, da er es als Erbe gewinnt, den Legatarien seines ursprünglichen Erbtheiles zu Gute anrechnen³⁰⁹.

3) Ebenso muß der Vater, der mit dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde zum Erben eingesetzt ist, obwohl auch hier für beide Erbtheile die Quarta besonders zu berechnen ist, doch dasjenige, was er durch

³⁰⁶ Vgl. darüber Köstlirt, Verm. I. S. 530—538, vorzüglich aber von der Pforbten, Abh. aus dem Pandektenrechte, 1840, Nr. I. S. 1—112, mit Bangerow, Pand. II. S. 472—485, und Hoffmann, in Sell's Jahrb. I. 9. S. 331—390. S. auch Stemann, in Elbers Themis I. 10. * Lehrb. S. 564. Anm. I. S. 565. Anm.

³⁰⁷ §. 1. J. h. t. L. 77. D. h. t.: In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam (Vulg. computandam) esse, non dubitatur.

³⁰⁸ L. 1. §. 15. D. h. t.

³⁰⁹ L. 78. D. h. t. Vgl. v. d. Pforbten a. a. D. S. 26 fig. Zu widersprechen scheint L. 1. §. 14. D. h. t., aber diese ist gewiß auf die antiquirte caducorum vindicatio zu beziehen. v. d. Pforbten a. a. D. S. 13 fig.

die Erbeinsetzung des Kindes gewinnt, also nach Justinianischem Rechte in der Regel den Werth des Nießbrauches an dessen Erbtheil, zu Gunsten seiner Legatarien sich in sein Viertel einrechnen lassen ³¹⁰.

4) Wenn dieselbe Person durch mehrfache Erbeinsetzung zu verschiedenen Erbtheilen berufen ist, etwa zu dem einen unter einer Bedingung, zu dem anderen unbedingt, so werden diese alle zusammengerechnet und die Quarta, wie von einem Erbtheile, berechnet ³¹¹. Dieses muß denn auch gelten, wenn dieselbe Person zugleich als Institutus und als Substitutus zur Erbschaft gelangt; denn die Substitution ist nichts anderes als eine bedingte Erbeinsetzung ³¹², und natürlich gehört dahin auch der Fall, wenn der Pupillarsubstitut nicht als solcher, sondern weil er stillschweigend zugleich vulgariter substituirt ist, auch den Erbtheil seines unmündigen Miterben erhält ³¹³. Zwar behaupten Manche, wenn bei der Substitution die dem weggefallenen Erben namentlich auferlegten Vermächtnisse nicht ausdrücklich wiederholt seien, so würden diese durch die Vereinigung der Erbtheile nicht erhöht ³¹⁴; dieses wäre aber, da im Zweifel die Vermuthung gilt, daß die Vermächtnisse wiederholt sein sollen, nicht consequent ³¹⁵, und durch L. 1. §. 13. cit. wird es nicht begründet, indem man die zweite Hälfte der Stelle von dem Falle verstehen kann, wenn der Substitut die Erbschaft ausgeschlagen hat, und daher das Anwachsungsrecht eintritt ³¹⁶. — Der schwierigste Fall aber ist

5) wenn Jemand zugleich als eingesetzter Erbe des Vaters und als Pupillarsubstitut des Kindes erbt. Es ist hierbei vorerst zu bemerken, daß der Vater das nicht von ihm herrührende Vermögen des Kindes nicht mit Vermächtnissen belasten kann, obgleich er demselben einen Erben ernennt. Die Vermächtnisse, die er anordnet, sind nur giltig als Gaben auf Kosten seines eigenen Nachlasses, und nur mit Rücksicht auf diesen muß auch die falcidische Quarta berechnet werden ³¹⁷. Nun lassen sich hier folgende Fälle denken: a) Weder der Pupill noch der Pupillarsubstitut ist zum Erben des Vaters eingesetzt. Hier sind die dem letzten auferlegten Vermächtnisse ganz ungiltig ³¹⁸, wofern sie ihm nicht etwa als

³¹⁰ L. 21. §. 1. L. 25. pr. D. h. t. Vgl. v. d. Pfordten a. a. D. S. 105—110.

³¹¹ L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. D. h. t.

³¹² L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. 5. 8. in f. D. h. t.

³¹³ Arg. L. 87. §. 4. cit.

³¹⁴ v. d. Pfordten a. a. D. S. 17 flg. Bangerow a. a. D. S. 473.

³¹⁵ Vgl. oben Note 50.

³¹⁶ Hoffmann a. a. D. S. 385 flg.

³¹⁷ L. 14. §. 2. L. 87. §. 5. D. h. t. Vgl. Note 29. 30. u. f. auch Mühlenthal, Erläutr. der Pand. Bd. 40. S. 391—408.

³¹⁸ L. 94. pr. L. 126. pr. D. de legat. 1. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6. L. 41. §. 3. D. de testam. milit. 29. 1.

Legatar des Vaters auferlegt sind ³¹⁹. b) Dem nicht erbenden Kinde ist ein Erbe des Vaters pupillariter substituirt. In diesem Falle sind die bei der Pupillarsubstitution angeordneten Vermächtnisse als bedingte Vermächtnisse zu betrachten, die dem Pupillarsubstituten eben auch als Erben des Vaters auferlegt seien; die Quarta ist daher, unter Zusammenrechnung dieser und der im väterlichen Testamente selbst angeordneten Vermächtnisse, nach dem Bestande der väterlichen Erbschaft zur Zeit des Todes des Vaters zu berechnen, ohne Rücksicht auf das, was dem onerirten Erben außerdem durch die Erbschaft des Kindes zukommt, und sofern es noch ungewiß ist, ob jene Vermächtnisse wirksam werden, und ob daher durch dieselben das dem Erben des Vaters gebührende Viertel der väterlichen Erbschaft werde geschmälert werden, muß diesem bei Entrichtung der übrigen Legate wegen künftiger Erstattung des Uebermaßes Caution geleistet werden ³²⁰. c) Das Kind ist Erbe des Vaters und demselben ein Anderer, der nicht sein Miterbe ist, substituirt. Hier mögen dem Kinde allein, oder dem Pupillarsubstituten allein, oder beiden Legate auferlegt sein, immer sind alle diese als Vermächtnisse zur Last der väterlichen Erbschaft des Pupillen, theils unbedingte, theils bedingte, aufzufassen und, wenn die Pupillarsubstitution wirksam wird, zusammenzurechnen. Drei Vierteltheile der väterlichen Erbschaft darf der Gesamtbetrag derselben nicht überschreiten, widrigenfalls erleiden alle einen verhältnißmäßigen Abzug; und in Betracht dieser Möglichkeit kann denn auch wieder bei Entrichtung der dem Pupillen selbst auferlegten Legate, wenn gleich diese für sich noch nicht das Maß der Falcidia überschreiten, Caution von Seiten der Empfänger gefordert werden ³²¹. Aber dabei ist auf den Bestand des Vermögens zur Zeit des Todes des Vaters zu sehen, und indem weder spätere Verminderung noch Vermehrung des Vermögens in Betracht kommt, kann es sich ergeben, daß der Pupillarsubstitut mehr oder weniger als ein Vierteltheil des vorhandenen väterlichen Erbvermögens behält, ja wohl selbst noch anderweitiges Vermögen zur Berichtigung der Vermächtnisse angreifen muß ³²². Sind jedoch mehrere ungleich beschwerte dem Kinde substituirt, so berechnet doch von ihnen

³¹⁹ Vgl. Note 22, 23. In L. 41. §. 3. cit. sind die Schlüsselworte: licet ampla legata reliquerit, auf Vermächtnisse, die dem enterbten Pupillen hinterlassen sind, zu beziehen, ungeachtet welcher die dem Pupillarsubstituten desselben auferlegten Fideicommissa nach L. 24. Cod. de legat. ungiltig sein sollen (Note 31). Der Verfasser jener Stelle aber wollte in diesem Falle wohl nur die Legate, nicht auch Fideicommissa für ungiltig erklären.

³²⁰ L. 10. 11. §. 8. Cod. L. 1. §. 12. D. h. t.

³²¹ L. 1. §. 12. L. 31. D. h. t. L. 1. pr. §. 1. D. si cui plus 35. 3.

³²² L. 79. L. 41. §. 5. D. h. t. v. d. Pfordten a. a. D. S. 33 fg. Hoffmann a. a. D. S. 345 fg. zum Theil unrichtige Sätze hat Mühlenthaler a. a. D. Bd. 40. S. 399 fg.

wieder nach obiger Regel ein jeder für sich selbständig seinen Anspruch, wemgleich alle Vermächtnisse zusammengenommen den Pupillen selbst noch nicht überlasten würden³²³. d) Der Pupillarsubstitut ist zugleich mit dem Kinde zum Erben des Vaters eingesetzt, und erbt auch wirklich in beiden Eigenschaften, so daß er also theils unmittelbar, theils mittelbar einen zweifachen Theil der väterlichen Erbschaft erlangt. Für diesen Fall ist vorerst klar ausgesprochen, daß der Pupillarsubstitut die dem Pupillen selbst auferlegten Legate, die er eben nur als dessen Erbe schuldet, nicht in höherem Maße zu entrichten braucht, als dieser selbst, daß er also jedenfalls denselben, wenn der Pupill schon überschwert war, eben so viel abzuziehen berechtigt ist, als dieser, wenn gleich der Institutionserbtheil des Pupillarsubstituten gar nicht oder nur wenig belastet ist³²⁴. Abgesehen davon kann der Pupillarsubstitut keinen Anspruch machen, im Ganzen mehr von der väterlichen Erbschaft zu bekommen, als ein Viertel von seinem eigenen Erbtheile und ein Viertel von dem Erbtheile des Pupillen, als bildeten beide einen Erbtheil, beides wiederum nach dem Zeitpunkte des Todes berechnet. War also derselbe als Institutus bereits mit Vermächtnissen überschwert, so gereicht es seinen Legatarien zum Vortheil, wenn der Erbtheil des Pupillen gar nicht oder zu weniger als drei Viertel beschwert ist³²⁵, und ebenso muß er auch, wenn er in seiner Eigenschaft als Substitut (secundis tabulis) überlastet ist, den unmittelbar erhaltenen Theil der väterlichen Erbschaft mit in Anschlag bringen³²⁶. Dabei sind aber auch die verschiedenen Vermächtnisse, sie mögen dem Pupillen oder dem Pupillarsubstituten, und zwar diesem als solchem oder als Instituirtem, auferlegt sein, auf gleiche Linie zu stellen, als ob sie alle, theils unbedingt, theils bedingt, schon durch das väterliche Testament auf die Erbschaft des Vaters gelegt wären³²⁷, nur mit der Ausnahme, daß die dem Pupillen auferlegten Legate keine Erhöhung erfahren können, während sie allerdings durch das Zusammentreffen mit den übrigen Vermächtnissen eine Minderung erleiden, wenn sie für sich allein den pupillariſchen Erbtheil gar nicht überlasten oder doch in geringerem Maße, als die beiden combinirten Erbtheile durch die sämmtlichen Vermächtnisse (primis et secundis tabulis) überlastet sind³²⁸.

³²³ L. 11. §. 6. L. 80. pr. D. h. t. und darüber v. b. Pfordten a. a. D. S. 47 fg. Hoffmann a. a. D. S. 348 fg. Bangerow a. a. D. S. 477 fg.

³²⁴ L. 87. §. 4. D. h. t. Cf. L. 11. §. 7. ibid.

³²⁵ L. 87. §. 5. D. h. t.

³²⁶ L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. suhst. 28. 6.

³²⁷ L. 41. §. 6. L. 87. §. 5. 8. D. h. t.

³²⁸ Die vorliegende Frage ist auch jetzt noch sehr streitig. In den Resultaten übereinstimmend mit dem Obigen ist Hoffmann a. a. D. S. 363—370, 386—389, etwas abweichend Bangerow a. a. D.

6) Es ist Jemand von demselben Vater mehreren zu Erben eingesetzt Kindern pupillariter substituirt worden und wird in Folge dessen wirklich deren Erbe. In diesem Falle muß der Substitut mit einem Viertel der ganzen Erbschaft des Vaters zufrieden sein, wenn die sämmtlichen ihm selbst und den Pupillen auferlegten Vermächtnisse drei Viertel oder mehr ausmachen, und die Quarta wird von diesen Vermächtnissen gleichmäßig abgezogen³²⁹. Jedoch muß auch hier consequent festgehalten werden, daß der Substitut die dem einen oder anderen Pupillen selbst auferlegten Legate, nachdem dieser Erbe geworden, nur so weit anzuerkennen braucht, als dieser selbst dazu verpflichtet gewesen³³⁰. Auch muß man den Fall unterscheiden, wenn Jemand nur dem Letztlebenden von mehreren Pupillen substituirt worden ist. Dieser beerbt nämlich — wenn nicht etwa beide gleichzeitig sterben³³¹ — nur einen Pupillen als Substitut, nämlich den zuletzt sterbenden, und nur von dessen pupillarischer Erbschaft kann nach den oben entwickelten Grundsätzen die Quarta berechnet werden. Ist auch der väterliche Erbtheil des anderen Pupillen, durch Beerbung desselben, in die Erbschaft des überlebenden übergegangen, so kommt dieser doch nun bei der Berechnung der Falcidia nicht in Betracht, und die dem Substituten für den anderen Substitutionsfall aufgelegten Legate sind ungiltig; die dem erstverstorbenen Pupillen auferlegten aber braucht der Substitut als Erbe des Erben desselben natürlich nur, so weit sie für ihn selbst giltig waren, anzuerkennen³³².

Zuletzt ist noch eine Reihe von Fällen zu erwähnen, in welchen der Abzug der falcidischen Quarta nicht stattfindet. Er ist, ungeachtet wirklicher Ueberlastung mit Legaten, völlig ausgeschlossen 1) bei den in einem Soldatentestamente oder Codicill hinterlassenen Vermächtnissen³³³. 2) wenn der Erblasser den Abzug untersagt. Dieß war nach älterem Rechte unwirksam. Justinian aber hat es für zulässig und wirksam erklärt³³⁴. Es ist dazu nicht gerade ein ausdrücklich erklärtes Verbot erforderlich, wenn nur der Wille, die Falcidia auszuschließen, deutlich an den Tag gelegt wird; aber verwerflich ist auch die Meinung, daß

§. 481 flg., wesentlich abweichend v. d. Pfordten a. a. D. §. 73 flg. Zur Prüfung dieser verschiedenen Meinungen wäre eine ausführlichere exegetische Erörterung erforderlich, als hier am Platze wäre.

³²⁹ L. 14. §. 2. D. h. t.

³³⁰ Vgl. Note 324. Vgl. Hoffmann a. a. D. §. 356 flg. Abweichend v. d. Pfordten a. a. D. §. 89 flg.

³³¹ L. 9. pr. D. de reb. dub.

³³² L. 14. §. 3. D. h. t. L. 42. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

³³³ L. 7. Cod. h. t. L. 12. Cod. de test. milit. 6. 21. L. 3. §. 1. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Cf. L. 17. §. 4. L. 18. D. de test. milit. 29. 1. L. 17. 92. 96. D. h. t.

³³⁴ Nov. 1. cap. 2. §. 2. Auth. sed quum testator. Cf. L. 27. D. h. t.

es schon genüge, wenn nur aus der Verfügung hervorgehe, daß der Erblasser über den Bestand seines verfügbaren Vermögens nicht irre, und daß nun bei einem Fideicommiss der ganzen Erbschaft, da hier ein solcher Irrthum undenkbar sei, der Abzug der Quarta gar nicht mehr stattfinden könne³³⁵. 3) wenn der Erbe auf sein Recht verzichtet; es sei nun, daß er wissentlich die Vermächtnisse ganz auszahlt oder auch nur dieselben ohne Abzug auszusahlen verspricht³³⁶. Es soll sogar als ein stillschweigender Verzicht in Ansehung aller Vermächtnisse gelten, wenn der Erbe auch nur einigen Vermächtnißnehmern wissentlich und ohne Vorbehalt das Ganze entrichtet hat, so daß er alsdann auch den übrigen Vermächtnissen keinen Abzug machen kann³³⁷. 4) wenn der Erbe die Errichtung eines gehörigen Inventars versäumt³³⁸.

Außerdem kann auch aus verschiedenen Gründen bloß bei einzelnen Vermächtnissen der Abzug der Falcidia ausgeschlossen sein, und zwar 1) bloß zum Nachtheile des Erben, so daß dieser nicht etwa deßhalb anderen Vermächtnissen mehr abzuziehen berechtigt ist. Dieß ist der Fall, wenn der Erblasser es also verordnet hat³³⁹; wenn der Erbe nur in Ansehung einzelner Vermächtnisse darauf verzichtet hat³⁴⁰, und wenn der Erbe böswillig einzelne Vermächtnisse zu vereiteln suchte³⁴¹. 2) zum Nachtheile der übrigen Vermächtnißnehmer, so daß diese einen so viel stärkeren Abzug erleiden, damit der Erbe das volle Viertel der Erbschaft oder seines Erbtheiles erhalte. Auch dieses kann der Erblasser anordnen, und zwar war dieß schon nach älterem Rechte zulässig³⁴². 3) so daß das einzelne Vermächtniß gleich einer Schuld von dem Vermögen vorabgezogen wird, was denn sowohl dem Erben als den übrigen Vermächtnißnehmern zum Nachtheile sein kann. Dieß kann ebenfalls

³³⁵ So gegen die herrschende Meinung Marejoll, in Löhr's Mag. IV. S. 354 flg. Dagegen Bangerow a. a. O. II. S. 503 flg.

³³⁶ L. 19. Cod. h. t. L. 46. 71. D. h. t. L. 20. §. 1. D. de donat. 39. 5. Vgl. Note 277. Unwirksam ist ein solches Versprechen bei Lebzeiten des Erblassers nach L. 15. §. 1. D. h. t.

³³⁷ Nov. 1. cap. 3. Anders versteht dieses Gesetz Roghirt a. a. O. I. S. 586, Note 4. Bekommt derselbe Legatar verschiedene Vermächtnisse, so kann nach voller Auszahlung des einen von dem andern auch für jenes der gesetzliche Abzug zurückgehalten werden. L. 16. pr. D. h. t. Daher kann hier jene Auszahlung noch nicht die obige Wirkung haben. Vgl. auch L. 15. §. 2. D. h. t. Bangerow a. a. O. S. 506.

³³⁸ L. 22. §. 14. Cod. de iure delib. 6. 30. Nov. 1. cap. 2. Bei dem Universalfideicommiss insbesondere fällt der Abzug auch weg, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat. Vgl. Rechtslexikon Bd. IV. S. 288 flg.

³³⁹ S. Note 334.

³⁴⁰ S. Note 336, 337, 277.

³⁴¹ L. 59. pr. D. h. t.

³⁴² L. 88. pr. §. -2. D. h. t. Man bezieht darauf gewöhnlich auch L. 64. D. h. t., aber diese Stelle wird wohl richtiger von dem Falle verstanden, wenn der Erbe Alles, was er über die Quarta hat, einem Vermächtnisse noch zulegen soll. Vgl. Bangerow a. a. O. S. 503.

wieder auf einer Anordnung des Erblassers beruhen; nach Rechtsvorschrift aber findet es statt bei dem Vermächtnisse, welches die Zuwendung oder Ergänzung des Pflichttheiles, dem auch der gesetzliche Erbtheil der dürftigen Wittve gleichsteht, bezweckt³⁴³, und bei dem Vermächtnisse zu milden Zwecken³⁴⁴, dann auch, wenn der Frau vom Manne Sachen hinterlassen werden, die nur ihretwegen angeschafft waren³⁴⁵. Von selbst aber versteht sich, daß auch bei solchen Vermächtnissen von dem Abzuge keine Rede sein könne, welche dem Legatar nichts mehr gewähren, als er ohnehin fordern könnte, wie bei dem Vermächtnisse einer Schuld, wenn es dem Gläubiger nicht wenigstens den Vortheil des Interusuriums gewährt³⁴⁶, so wie bei dem Vermächtnisse solcher Gegenstände, die für den Erben keinen Vermögenswerth haben und von denen sich daher die Quarta gar nicht berechnen läßt³⁴⁷.

In zwei Fällen wird die Quarta, zu deren Abzug der Erbe den Legatarien gegenüber berechtigt wäre, dem Fiscus zugesprochen. Wenn nämlich der Erbe Sachen der Erbschaft entwendet hat, so wird ihm so viel, wie der den Vermächtnissen zu machende Abzug wegen des Vermögenswerthes jener Sachen mehr beträgt, als wenn sie nicht zur Erbschaft gehörten, dem Erben zum Vortheile des Fiscus entzogen³⁴⁸. Und wenn der Erbe ein tacitum fideicommissum übernommen hat, so wird ihm ebenso die Quarta von demselben, wie dem Fideicommissar selbst das Fideicommiss entzogen³⁴⁹.

So viel von den allgemeinen Grundsätzen über Vermächtnisse. Wir müssen jetzt noch

II. einzelne Arten von Vermächtnissen

insbesondere näher betrachten. Die wichtigste Unterscheidung ist die zwischen Universalvermächtnissen und Singularvermächtnissen, je nachdem nämlich die ganze Erbschaft oder doch ein aliquoter Theil der Erbschaft den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, oder sonst ein Vermögensvortheil dem Legatar zugebracht ist. Von Universalfideicommissen ist aber schon in

³⁴³ L. 87. §. 4. D. de legat. II. S. Note 291, 292.

³⁴⁴ Nov. 131. cap. 12.

³⁴⁵ L. 81. §. 2. D. h. t.

³⁴⁶ L. 28. §. 1. D. de legat. I. L. 57. 81. §. 1. D. h. t. Cf. L. 1. §. 40. ibid. L. 1. §. 12. D. de dote praeleg. 33. 4.

³⁴⁷ L. 15. Cod. h. t. Mühlenbruch, Lehrb. §. 761, Note 2, versteht diese Stelle von dem Vermächtnisse des Outsinventars, das zu einem vermachten Grundstücke gehört (instrumentum fundi); vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 540, Note c.; aber sie ist gewiß nur von dem Vermächtnisse der das Grundstück betreffenden Erwerbserkundungen zu verstehen.

³⁴⁸ L. 6. D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 24. pr. Cf. L. 68. §. 1. D. h. t.

³⁴⁹ L. 11. D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 13. L. 59. §. 1. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. L. 49. D. de iure fisci. 49. 14. Vgl. Rechtslexikon Bb. IV. S. 60.

einem besonderen Artikel gehandelt worden³⁵⁰, und soll daher hier nur noch die streitige Frage berührt werden, inwiefern neben demselben im Justinianischen Rechte noch ein Vermächtniß der Theilung der Erbschaft (*legata partitio*) mit eigenthümlichen Wirkungen anzuerkennen sei? Nach älterem Rechte konnte durch ein Damnationslegat unter anderem dem Erben auch aufgegeben werden, die Erbschaft nach gewissem Verhältnisse mit einem Anderen zu theilen³⁵¹. Daraus entstand für diesen (*legatarius partiarus*) eine Forderung darauf, daß ihm der Erbe zu dem festgesetzten Theile, jedoch nach der *lex Falcidia* nicht über $\frac{3}{4}$ das Vermögen der Erbschaft übertrage und also die einzelnen Vermögensobjecte gemeinschaftlich mache, wobei aber natürlich nach gleichem Verhältnisse auch die Schulden und Lasten der Erbschaft auf Beide repartirt werden mußten³⁵², und wobei auch diejenigen vermögensrechtlichen Verhältnisse mit in Betracht kamen, welche zwischen dem Erblasser und dem Erben oder dem Legatar bestanden hatten³⁵³. Zur Regulirung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses zwischen dem onerirten Erben und einem solchen Legatar waren sogen. *stipulationes partis et pro parte* üblich, zu dem Zwecke, *ut lucrum et damnum pro rata parte inter eos commune esset*³⁵⁴. Indessen hatte der Erbe es auch in seiner Gewalt, anstatt dem Legatar alle einzelnen Sachen der Erbschaft mitzutheilen, denselben durch Auszahlung des Geldwerthes seines Antheiles abzufinden, und dieses war zumal bei solchen Gegenständen, die sich nicht füglich wahrhaft theilen ließen, das angemessenste Verfahren³⁵⁵. Nun hat aber Justinian den Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen aufgehoben, und deßhalb hat man denn behauptet, daß nun jedes Legat dieser Art die Natur und Wirkung eines Universal-fideicommisses habe und dasselbe als eine von diesem verschiedene Art des Vermächtnisses nicht mehr vorkomme³⁵⁶. Diese Ansicht wird auch sehr scheinbar unterstützt durch die Art und Weise, wie die Justinianischen Institutionen davon reden³⁵⁷. Allein man übersieht dabei, daß es in der That ganz unpraktisch wäre, dem Erblasser die Möglichkeit eines solchen Vermächtnisses mit den Wirkungen der alten *partitio legata* ganz zu entziehen;

³⁵⁰ Vgl. Rechtslegikon Bb. IV. S. 286—295.

³⁵¹ Ulp. XXIV. 25. L. 15. pr. D. de legat. I.

³⁵² Cf. L. 23. D. de legat. I. L. 8. §. 5. L. 9. D. de legat. II.

³⁵³ L. 404. §. 7. D. de legat. I.

³⁵⁴ Gai. II. 254. Ulp. XXV. 15.

³⁵⁵ L. 26. §. 2. L. 27. D. de legat. I. Cf. L. 32. §. 8. D. de usu legato. 33. 2.

³⁵⁶ So unter den Neueren z. B. Böhr, im Mag. IV. S. 94 flg. Buchta, Lehrb. §. 544, Note v.

Vgl. Rechtslegikon Bb. IV. S. 289.

³⁵⁷ §. 5. J. de fideicommiss. hered. 2. 23.: *Cui pars bonorum legabatur — quae species legati partitio vocabatur — quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem, u. f. w.*

denn es kann ja sehr wohl dem Erblasser angemessen scheinen, Jemanden ein Legat nach Proportion des Vermögens, das er hinterlassen werde, zu bestimmen, während er ihn doch nicht, wie es die rechtliche Folge des Universalfideicommisses ist, gewissermaßen als Miterben neben dem eigentlichen Erben stellen will, es sei nun aus Rücksicht auf diesen, damit er allein die Erbschaft als solche zu vertreten habe, oder auch aus Rücksicht auf jenen, damit er ohne die Beschwerde und Verantwortlichkeit des Erben den bestimmten Antheil von dem Vermögensbetrage der Erbschaft erhalte³⁵⁸. Warum sollte dieß dem Erblasser nicht gestattet sein? Daß es wirklich nicht die Absicht der Justinianischen Rechtsbücher war, es ganz auszuschließen, beweist die Aufnahme einer Reihe von Stellen, in welchen, vielleicht sogar durch absichtliche Zusätze, die eigenthümlichen Wirkungen des sogen. *legatum partitionis* mit aller Bestimmtheit als noch praktisch bezeichnet werden³⁵⁹. Wir müssen also vielmehr der auch von jeher vorherrschenden Ansicht beistimmen, welche dasselbe noch als eine eigene Art des Vermächtnisses anerkennt. Nur kann es nach Justinianischem Rechte nicht mehr auf die Form des Legates oder Fideicommisses als das entscheidende Merkmal ankommen, sondern nur darauf, ob jene Absicht des Erblassers sich deutlich zu erkennen gebe (wofür jedoch bei den Römern der Gebrauch der Legatsformel wohl als ein Zeichen gelten konnte); denn im Zweifel ist sonst jedes Vermächtniß eines Theiles der Erbschaft als Universalfideicommiss zu behandeln³⁶⁰.

Was nun die Singularvermächtnisse angeht, so sind insbesondre hervorzuheben:

A. Vermächtnisse, welche dem Legatar das Eigenthum bestimmter einzelner Sachen gewähren sollen (sogen. *legatum speciei*). Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Die Sache gehört zur Erbschaft.* Alsdann geht das Eigenthum unmittelbar auf den Legatar über, als ihm von dem Erblasser selbst übertragen³⁶¹. Er kann die Sache vindiciren³⁶². Die Proculianer zwar waren in Beziehung auf das Vindicationslegat der Meinung, daß der

³⁵⁸ Cf. L. 39. pr. D. de vulg. et prop. subst. 28. 6.

³⁵⁹ Vgl. Note 51—53, 55, 58. Der Zusatz L. 23. D. cit.: *ut hodie fit, und in L. 22. §. 5. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.: legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis*, steht ganz aus, wie eine Interpolation, die andeuten sollte, daß das *legatum partitionis* nicht schlechthin antiquirt sei. Denn daß Paulus und Ulpian dieß zu bemerken nöthig gefunden, ist gewiß unwahrscheinlich.

³⁶⁰ Rosshirt a. a. D. I. S. 132—147. Mühlenbruch, Lehrb. §. 745, Note 2. In der That übereinstimmend sind auch Marezoll, Zeitschr. IX. S. 268 flg. Vangerow, Pand. II. S. 562—564. Wenig: Jngenheim, Lehrb., 5. Ausg., §. 542, obgleich sie gegen die erstgenannten Schriftsteller polemisiren.

* Vgl. Arnbt's d. 2. von den Vermächtnissen, I. S. 120—152.

³⁶¹ L. 64. in f. D. de furtis. 47. 2. L. 80. D. de legat. II. Cf. L. 84. §. 6. D. de legat. I.

³⁶² L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. §. 2. J. de legat. 2. 20. Cf. L. 84. §. 13. D. de legat.

Legatar erst durch erklärte Annahme des Vermächtnisses das Eigenthum erwerbe, und diese Meinung schien dem Gaius sogar durch eine Constitution des Divus Pius bestätigt zu sein³⁶³. Aber das Uebergewicht blieb der Ansicht der Sabinianischen Schule, nach welcher der Legatar selbst ohne Wissen und Willen das Eigenthum erwirbt³⁶⁴, und nur dann, wenn er das Legat ausschlägt, so angesehen wird, als ob er das Eigenthum nie erworben hätte³⁶⁵. In einer Stelle des Justinianischen Rechtes könnte man zwar eine Billigung der Proculianischen Ansicht finden, indem sie dem Legatar die legis Aquiliae actio wegen des ihm vermachten Sklaven abspricht, wenn er das Legat erst nach geschehener Tödtung desselben annimmt³⁶⁶; aber nach der Lesart der Haloandrischen und Vulgatausgaben³⁶⁷ ergibt dieselbe Stelle gerade das entgegengesetzte Resultat, und diese Lesart ist eben deswegen vorzuziehen³⁶⁸, um so mehr, da auf die Autorität des Julian Bezug genommen wird, welcher entschieden der Sabinianischen Ansicht huldigte, und da auch in einer anderen Stelle klar angedeutet wird, daß wegen der nach Antretung der Erbschaft geschehenen Tödtung dem Legatar die actio legis Aquiliae, gegen den Erben selbst wie gegen einen Dritten, zustehe³⁶⁹. Jener Eigenthums-erwerb, und somit die Möglichkeit der Vindication, tritt jedoch nicht eher ein, als bis dies legati cedit et venit³⁷⁰; daher bei unbedingten

³⁶³ Gai. II. 195. In der That berührte die Constitution diese Streitfrage nicht; denn wenn Antonin in Beziehung auf ein einer Colonie hinterlassenes Vindicationslegat gesagt hatte: deliberent decuriones, an ad se velit pertinere, proinde ac si uni legatus esset, so lag das Bedeutende nur in der Anerkennung der Gültigkeit des Legates und des Beschlusses der Decurionen, als der Repräsentanten der Colonie, über Annahme oder Ablehnung desselben, wovon ja auch nach der Sabinianischen Ansicht die Rede sein konnte.

³⁶⁴ L. 80. cit. (Papinian.) L. 81. §. 6. cit. (Julian.) Die letzte Stelle erklärt, wenn der Legatar, ohne den Anfall des Legates zu wissen, gestorben sei und die Sache einem Andern vermacht habe, so könne dieser letzte vindiciren, was voraussetzt, daß die Sache als schon dem ersten erworben betrachtet wird. Vgl. L. 44. §. 1. D. de legat. I. (Ulpian.)

³⁶⁵ L. 38. §. 1. D. de legat. I. (Pompon.) L. 86. §. 2. D. ibid. (Julian.)

³⁶⁶ L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2: Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si non post mortem servi agnovit legatum; quodsi repudiavit, consequens esse ait Julianus dicere, heredi competere.

³⁶⁷ Sie lautet, mit Weglassung der Negation: si post mortem servi agnovit legatum. * Vielleicht statt non zu lesen modo? Mommsen vermuthet vel.

³⁶⁸ Man entgegne nicht, es müßte dann heißen: etsi oder licet post mortem servi agnovit legatum, weil man sonst glauben sollte, daß der Legatar, wenn er schon vor der Tödtung das Legat angenommen hatte, die Aquilische Klage nicht habe. Denn daß sie in diesem Falle ihm zustehe, war unzweifelhaft, weil er dann ja nach Aller Meinung Eigenthümer geworden war; §. 3. cit. setzt gerade einen Fall voraus, wo Annahme oder Ablehnung des Legates noch unentschieden war, und bestimmt nun die rechtlichen Folgen, wenn nachher (post mortem servi) der Legatar annimmt oder ablehnt.

³⁶⁹ L. 7. §. 5. D. de dolo malo. 4. 3: Item si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam prius quam factus sit legatarii, interemptus est, cessat legis Aquiliae actio.

³⁷⁰ L. 45. §. 1. D. de legat. II.

Legaten jedenfalls nicht vor Antretung der Erbschaft³⁷¹, bei bedingten Legaten natürlich nicht vor Erfüllung der Bedingung³⁷²; und auch darüber bestand dann wieder eine Streitfrage unter den Juristenschulen, wer inzwischen Eigenthümer der Sache sei, indem die Sabinianer nach Antretung der Erbschaft einstweilen dem Erben das Eigenthum beilegten, während die Proculianer die Sache so lange als Niemanden zugehörig betrachteten³⁷³; aber auch hier ist der Sabinianischen Ansicht der Sieg geblieben³⁷⁴. Jedenfalls wird jedoch durch die Verfügungen, welche der Erbe inzwischen in Ansehung der Sache vornimmt, das Recht des Legatars nicht beeinträchtigt; vielmehr kann dieser, falls das Legat in Wirksamkeit tritt, die Sache gegen jeden vindiciren, als ob das Eigenthum unmittelbar vom Erblasser auf ihn übergegangen wäre, und alle Rechte, welche der Erbe Anderen an der Sache eingeräumt hat, werden von selbst rescindirt³⁷⁵. Nach Justinian's Verordnung soll zudem in Folge der vom Erben vorgenommenen Veräußerung dem Legatar auch keine Berufung auf ordentliche Erfügung (*usucapio vel longi temporis praescriptio*) im Wege stehen³⁷⁶. Dem vindicirenden Legatar gehören dann auch die Früchte der Sache nach den bei der Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen, von der Zeit an, da ihm das Eigenthum erworben war; denn bis dahin fallen sie im Zweifel dem Erben zu³⁷⁷. Auch vindicirt er zugleich dasjenige, was zu der vermachten Sache entweder von Rechts wegen (z. B. *alluvio, insula in flumine nata*) oder durch Bestimmung des Erblassers als Zuwachs hinzugekommen oder als Pertinenz der Hauptsache zu betrachten ist³⁷⁷ *. Er muß sich dagegen auch die auf der Sache

³⁷¹ Gai. II. 194. L. 69. pr. D. de legat. I. Cf. L. 13. §. 3. L. 7. §. 5. cit. L. 26. D. de usu leg. 33. 2. L. 38. D. de legat. II.

³⁷² L. 45. §. 1. cit. L. 66. D. de rei vind. 6. 1.

³⁷³ Gai. II. 200.

³⁷⁴ L. 66. cit. L. 12. §. 2. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 1. §. 4. D. de Sc. Silan. 29. 3.

³⁷⁵ L. 69. §. 1. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 11. §. 1. D. quemadmod. servitut. amitt. 8. 6. Cf. L. 16. 17. D. quib. mod. usufr. amitt. 7. 4. — L. 81. pr. 82. pr. D. de legat. I.

³⁷⁶ L. 3. §. 2. 3. Cod. commun. de legat. 6. 43. Man hat in dieser Verordnung Justinian's, die etwas später ist, als L. 1. Cod. *ibid.*, den Beweis finden wollen, daß durch die letzte Constitution dem Legatar noch nicht wahres Eigenthum an der vermachten Sache gegeben worden sei, indem sonst das Verbot der Veräußerung durch den Erben keinen Sinn gehabt hätte. Marejoll, *Zeitfchr.* IX. S. 291 ffg., und Rechtslegikon *Bd.* IV. S. 286. Allein Justinian drückt es deutlich genug aus, daß die Ungültigkeit der Veräußerung bei unbedingten Legaten eine natürliche Folge des nach L. 1. cit. eintretenden Eigenthumserwerbes sei — *quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre etc.* — und so erklärt er auch von bedingten Legaten nur, was nach Pandektenrecht schon bei dem bedingten Vindicationslegate galt. Was er eigentlich Neues verordnet, besteht nur in der Ausschließung der Verjährung, falls der Erbe dennoch die Sache veräußert hat.

³⁷⁷ L. 42. D. de usur. 22. 1. L. 32. §. 1. D. de legat. II. Cf. L. 43. §. 3. D. *ibid.* L. 3. §. 3. D. de usur.

³⁷⁷ a L. 24. §. 2. D. de legat. I. L. 39. D. de legat. II. L. 16. 91. §. 3—6. D. de legat. III. — Cf. L. 44. 86. *ibid.*

haftenden Lasten und Rechte anderer Personen in der Regel gefallen lassen³⁷⁷, und auch die dem Onerirten selbst zustehenden Servituten anerkennen oder wiederherstellen³⁷⁸. Wenn aber das Eigenthum des Erblassers durch *Ususfructus* beschränkt war — und dasselbe muß auch bei anderen persönlichen Servituten und noch viel mehr bei der *Emphyteuse* und *Superficies* gelten —, so treten gleiche Rücksichten ein, als wenn eine dem Erblasser nicht gehörende Sache vermacht ist. Den ihm selbst zustehenden *Ususfructus* kann der Onerirte gegen den Legatar nicht ferner geltend machen³⁷⁹, und wenn einem Dritten der *Ususfructus* zusteht, so muß, falls der Erblasser das Recht kannte und nicht einen anderen Willen an den Tag legt, der onerirte Erbe den *Ususfructus* ablösen oder dessen Werth dem Legatar ersetzen³⁸⁰. Ebenso muß auch das auf der Sache haftende Pfandrecht, wenn es dem Erblasser bekannt war — was der Legatar zu beweisen hat — in der Regel durch den Erben abgelöst werden, wozu derselbe im anderen Falle nur dann verpflichtet ist, wenn aus besonderen Umständen sich ergibt, daß der Erblasser dem Legatar die Sache jedenfalls frei von solcher Belastung zugedacht habe³⁸¹. Ist die vermachte Sache dem Legatar selbst verpfändet, so erlischt das Pfandrecht von selbst durch *confusio*; die Forderung aber bleibt bestehen, wenn nicht der Erblasser dieselbe durch das Vermächtniß zu decken Willens war³⁸²; daß aber der Erbe auch verpflichtet sei, dem Legatar eine andere Sicherheit für seine Schuldforderung zu bestellen oder dieselbe zu bezahlen, wenngleich ein Dritter der Schuldner ist, das läßt sich nicht behaupten³⁸³. — Uebrigens ist das Vermächtniß einer Sache des Erblassers auch vollkommen wirksam, wenn gleich dieser dieselbe für eine fremde gehalten³⁸⁴.

2) Die Sache gehört dem Onerirten. Ussdann ist das Vermächtniß zu erfüllen, wenn auch der Erblasser dieselbe für seine eigene gehalten hat³⁸⁵.

³⁷⁷ L. 45. §. 2. D. de legat. 1. Cf. L. 69. §. 3. *ibid.*: Quodsi (fundus) ita legatus sit: uti optimus maximusque, liber praestandus est.

³⁷⁸ L. 116. §. 4. D. de legat. 1. L. 18. D. de servitut. 8. 1.

³⁷⁹ L. 26. 76. §. 2. D. de legat. II. Vgl. Roffhirt a. a. D. II. S. 154 fg.

³⁸⁰ L. 66. §. 6. D. de legat. II.

³⁸¹ §. 5. J. de legat. L. 21. D. de probat. 22. 3. L. 6. Cod. de fideicom. 6. 42. L. 57. D. de legat. I., und über diese letzte Stelle namentlich Mühlensbruch, im civ. Arch. XV. 18. Roffhirt a. a. D. II. S. 165 fg.

³⁸² L. 85. D. de legat. II.

³⁸³ Roffhirt a. a. D. II. S. 159, behauptet es mit Bezugnahme auf Pauli sentt. III. 6. §. 8.: Si res obligata creditoribus, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem spectat. Aber der Dativ creditoribus gehört hier zu dem Adjectiv obligata, so wie das Relativ cuius zu dem Subject res obligata, und es ist also hier keine Rede davon, daß die Sache dem Pfandgläubiger selbst vermacht sei.

³⁸⁴ §. 41. J. de legat.

³⁸⁵ L. 67. §. 8. D. de legat. II. * Vgl. Arnubis a. a. D. S. 193—199.

3) Die Sache gehört einem Dritten. * Hat diese der Erblasser als eigene Sache vermacht, so kann wohl der rechtmäßige Erwerb derselben dem Legatar Usucapionsbesitz gewähren³⁸⁶ und zwar, falls auch der Erblasser in bona fide war, mit Zurechnung der Besitzzeit desselben³⁸⁷, so wie ihm auch geradezu die dem Erblasser zugestandene Publiciana actio in Ansehung der Sache zuzusprechen ist³⁸⁸; aber er kann nicht vom Dnerirten die Gewährung des Eigenthums oder Ersatz des Werthes verlangen³⁸⁹, und daher auch wegen Eviction der Sache denselben nicht in Anspruch nehmen³⁹⁰, es möchte denn durch besondere Umstände, z. B. durch nahe Verwandtschaft des Legatars mit dem Erblasser, dargethan werden, daß der Erblasser gewiß dieselbe Sache oder einen entsprechenden Werthbetrag dem Legatar vermacht haben würde, wenn er auch gewußt hätte, daß jene ihm nicht gehöre³⁹¹. Wenn dagegen der Erblasser wußte, daß die Sache eine fremde sei, was der Legatar erweisen muß, so ist das Vermächtniß vollkommen gültig und begründet die persönliche Verpflichtung des Dnerirten, dem Legatar die Sache selbst zu verschaffen oder, wo ihm dieses ohne unbillige Beschwerde nicht möglich ist, wenigstens den Werth derselben zu geben³⁹², welche Verpflichtung aber durch eintretende absolute Unmöglichkeit der Erfüllung, vorausgesetzt, daß der Verpflichtete nicht in Schuld oder Verzug ist, aufgehoben wird³⁹³. Ist die Sache nur zum Theil eine fremde, zum Theil dem Erblasser gehörig, während die Verfügung die ganze Sache umfaßt, so gilt in Ansehung des fremden Antheiles dasselbe, wie sonst in Ansehung einer ganzen fremden Sache³⁹⁴. Wenn übrigens die Sache zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses dem Erblasser gehörte, nachher aber von demselben veräußert ist, so gilt dieß in der Regel als Zurücknahme des Vermächtnisses, während umgekehrt dasselbe die volle Wirkung des Legats einer eigenen Sache des Erblassers hat, wenn dieser die ursprünglich fremde Sache später erworben hat.

* Vgl. Arnbt's a. a. O. S. 162—192.

³⁸⁶ Tit. Dig. pro legato. 41. 8.

³⁸⁷ L. 14. §. 1. D. de usucap. 41. 3.

³⁸⁸ L. 1. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2.

³⁸⁹ L. 67. §. 8. D. de legat. I.

³⁹⁰ L. 77. §. 8. D. de legat. II.

³⁹¹ L. 10. Cod. de legat. 6. 37. Cf. L. 6. Cod. de fideicomm. 6. 42. — L. 72. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

³⁹² §. 4. J. de legat. L. 39. §. 7. L. 71. §. 3. D. de legat. I. l. 30. in f. D. de legat. III. Nicht aufgehoben ist dieß durch cap. 5. X. de testam. 3. 26. Vgl. Püttmann, miscell. cap. 6. Böhmer, ius eccles. III. 26. §. 25.

³⁹³ L. 22. §. 2. D. de legat. III. §. 16. J. de legat.

³⁹⁴ L. 5. §. 1. 2. D. de legat. I. L. 30. §. 4. D. de legat. III. Vgl. Note 379.

4) Die Sache gehört dem Legatar selbst.* Alsdann ist das Legat unwirksam, weil der Legatar schon hat, was ihm vermöge desselben gegeben werden soll, und nur wenn er die Sache erst nach Errichtung des letzten Willens auf onerose Weise, nicht ex lucrativa causa, und nicht vom Erblasser selbst, erworben hat, kann er Ersatz dafür in Anspruch nehmen³⁹⁵. Auch bleibt das Legat nach der Catonianischen Regel ungiltig, wenn gleich der Legatar das zur Zeit der Errichtung ihm zustehende Eigenthum der Sache späterhin verliert, und zur Zeit der Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht mehr Eigenthümer ist³⁹⁶, es sei denn die Sache gerade auf den Fall der Veräußerung vor dem Tode des Testators³⁹⁷ oder sonst unter einer Bedingung vermacht³⁹⁸. Außerdem ist das Vermächtniß der dem Legatar selbst gegenwärtig gehörenden Sache auch noch wirksam a) wenn dieser nur ein rescissibles Eigenthum an der Sache hat; denn alsdann hat es die Bedeutung, daß die Sache dem Legatar gegeben werden soll, wenn er das Eigenthum aus diesem Grunde später verlieren sollte, in welchem Falle es nämlich dem Effecte nach so anzusehen ist, als ob derselbe schon damals nicht Eigenthümer gewesen wäre, z. B. wenn der Eigenthumswerb des Legatars durch in integrum restitutio des früheren Eigenthümers aufgehoben wird³⁹⁹. b) wenn dem Erblasser oder dem Erben ein dingliches Recht an der Sache zusteht, z. B. der Nießbrauch oder die Emphyteuse oder ein Pfandrecht, indem alsdann die Befreiung von diesem Rechte als Inhalt des Legats erscheint⁴⁰⁰. Dasselbe ist auch dann anzunehmen, wenn ein solches Recht einem Dritten zusteht, jedoch nach den Grundsätzen unter Nr. 2 nur unter der Voraussetzung, daß dieß dem Erblasser bekannt war⁴⁰¹. c) wenn der Legatar

* Vgl. Arnolds a. a. D. S. 223—248.

³⁹⁵ §. 6. cf. §. 9. J. de legat. L. 34. §. 2. D. de legat. I.

³⁹⁶ §. 40. J. de legat. L. 41. §. 2. D. de legat. I. L. 82. §. 2. in f. D. de legat. II. L. 37. pr. D. de legat. III. L. 43. Cod. de legat. Cf. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II.

³⁹⁷ L. 1. §. 2. D. de regula Cato. 34. 7. L. 18. D. de legat. II. (beide von Celsus). Daß noch Göschen, Civilrecht III. 2. S. 578, der übrigen L. 18. cit. nicht mit anführt, hierin einen unauflöselichen Widerspruch mit den Stellen in Note 396. und nur eine absonderliche nicht entscheidende Meinung des Celsus findet, ist kaum zu begreifen. Vgl. Harnier, de reg. Cat. p. 72. Arnolds, im Rhein. Mus. V. S. 207. (unten Nr. 51. Bangerow a. a. D. II. S. 444.

³⁹⁸ L. 41. §. 2. cit.: Quia ad conditionalia Catoniana non pertinet. L. 98. D. de cond. et dem. 35. 1.: Mea res sub conditione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus sed conditionis expletæ spectari oportet. Daß im Angesichte dieser Stellen und der betreffenden Bemerkung bei Arnolds a. a. D. S. 253 flg. doch Mühlenthal, Lehrb. §. 741. Note 9. Weninger-Jungenheim a. a. D. §. 456. Note y. Thibaut, System, 8. Aufl., §. 903. noch bloß in dem Falle der Note 397 das Legat für gültig halten, ist, um mit Bangerow a. a. D. S. 445. zu reden, nimmermehr zu rechtfertigen.

³⁹⁹ L. 82. §. 4. D. de legat. I.

⁴⁰⁰ L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. D. ibid.

⁴⁰¹ L. 86. pr. L. 43. §. 3. D. ibid. Cf. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II. und darüber Nothhirt a. a. D. II. S. 162 flg. Bangerow a. a. D. II. S. 445 flg.

dem Erblasser oder dem Erben die fragliche Sache zu geben persönlich verpflichtet ist, indem alsdann die Befreiung von dieser Verbindlichkeit oder die Rückgabe der Sache den Inhalt des Vermächtnisses bildet ⁴⁰², was, falls dem Erblasser dieses Verhältniß bekannt war, consequent ebenfalls zu behaupten ist, wenn der Legatar einem Dritten gegenüber die gleiche Verbindlichkeit hatte.

B. Vermächtnisse, die eine Gesamtheit von Sachen zum Gegenstande haben, z. B. eine Heerde, eine Bibliothek u. dgl. * Dabei können vorerst dieselben Rücksichten eintreten, wie bei dem Vermächtnisse einzelner Sachen (nach A.), insofern eben jene als ein Ganzes aufgefaßt wird. Es kommen aber dabei zugleich die Eigenthümlichkeiten einer universitas rerum in Betracht, und so kann der Legatar in der Regel, wenn nicht eine andere Willensmeinung des Erblassers sich zu erkennen gibt, nur diejenigen, aber auch alle diejenigen Sachen, welche noch zur Zeit des Todes des Erblassers jene Gesamtheit bilden, in Anspruch nehmen ⁴⁰³. Uebrigens kommt es nicht darauf an, ob der Inbegriff von Sachen schon an sich ein Ganzes darstelle; der Erblasser kann auch nach Belieben eine gewisse Art von Sachen unter einer Collectivbezeichnung zusammenfassen und zum Gegenstande eines Vermächtnisses machen. Es ist hier Sache der Willensauslegung im einzelnen Falle, was unter dem Vermächtnisse zu begreifen sei. Das römische Recht stellt darüber manche Interpretationsregeln auf, die jedoch heutzutage größtentheils nicht mehr anwendbar sind, insofern sie auf römischem Sprachgebrauche beruhen. Dahin gehört das Vermächtniß vorhandener Vorräthe an verzehrbaren Sachen, als Getreide, Wein, Del u. dgl. ⁴⁰⁴, oder überhaupt an Lebensmitteln ⁴⁰⁵, das Vermächtniß der Einrichtung eines Hauses oder Landgutes ⁴⁰⁶, des Hausgeräthes ⁴⁰⁷, des Gold- und Silbergeräthes, der Fuß- und Schmucksachen, der Kleider oder Garderobe ⁴⁰⁸, der Mobilien ⁴⁰⁹, des Viehstandes oder gewisser Thiergattungen ⁴¹⁰ u. dgl. m. ⁴¹¹. Ein solcher Inbegriff kann aber auch bloß als Zugabe oder Anhang eines

⁴⁰² L. 39. §. 2. D. de legat. I.

* Arndts, d. L. v. b. Verm. I. S. 200—203.

⁴⁰³ §. 18. J. de legat. L. 24. D. de legat. I. L. 28. D. quando dies leg. ced. 36. 2. 1. 1. 1.

⁴⁰⁴ Dig. de tritico, vino vel oleo legato. 33. 6.

⁴⁰⁵ Dig. de penu legata. 33. 9.

⁴⁰⁶ Dig. de instructo vel instrumento legato. 33. 7.

⁴⁰⁷ Dig. de supellectile legata. 33. 10.

⁴⁰⁸ Dig. de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et stultis legatis. 34. 2.

⁴⁰⁹ L. 79. §. 1. D. de legat. III.

⁴¹⁰ L. 65. §. 4. — L. 66. L. 81. §. 1—3. D. de legat. III.

⁴¹¹ Vgl. überhaupt Noßhirt a. a. O. II. S. 28 flg.

anderen Vermächtnisses vermacht sein, z. B. ein Landgut mit seiner Einrichtung, ein Haus mit dem Hausgeräthe, und dann besteht es auch nur in Verbindung mit dem Hauptvermächtnisse ⁴¹².

C. Das Vermächtniß einer Summe oder Quantität vertretbarer Sachen. * Sind vertretbare Sachen, und so auch baares Geld, ohne Bestimmung der Quantität vermacht worden, so beschränkt sich das Vermächtniß nur auf dasjenige, was von der Art Sachen in der Erbschaft sich vorfindet, und fällt unter die vorige Kategorie von Vermächtnissen ⁴¹³. Ist aber die Summe oder Quantität bestimmt, so kann der Legatar die Zahlung derselben von dem Onerirten fordern, wenn gleich in der Erbschaft nichts der Art vorhanden ist ⁴¹⁴, es sei denn, daß die Verfügung des Erblassers eine besondere Beschränkung in dieser Beziehung enthalte ⁴¹⁵. Dabei ist auch die Wahl der Qualität, wenn diese nicht näher bestimmt ist, dem Onerirten überlassen, der jedoch nicht dem offenbaren Willen des Erblassers zuwider den Legatar verkürzen darf ⁴¹⁶.

D. Das Vermächtniß einer Rente oder terminweiser Einkünfte, z. B. einer jährlichen Rente (annuum legatum) ⁴¹⁷. Dieß besteht darin, daß dem Legatar nach gewissen Zeitfristen allemal eine bestimmte Summe oder Quantität ausbezahlt werden soll, wobei der Erblasser sowohl die Länge der einzelnen Fristen (nach Wochen, Monaten, Jahren), als auch die Dauer des ganzen Anspruches, die sich sonst im Zweifel auf Lebenszeit des Vermächtnißnehmers erstreckt ⁴¹⁸, nach Belieben bestimmen kann. Ein solches Vermächtniß nun ist nicht ein Vermächtniß, sondern löst sich in so viele verschiedene Vermächtnisse auf, als sich einzelne Termine der Zahlung ergeben, und jedes dieser Vermächtnisse hat seine eigene Zeit des Anfalles, und zwar in der Regel zu Anfang der gesetzten Fristen. Daher ist z. B. das Vermächtniß einer jährlichen Rente für das erste Jahr nach dem Tode des Erblassers ein unbedingtes und wird sofort von der Todeszeit an erworben; für jedes folgende Jahr aber ist es bedingt, und der Erwerb allemal davon abhängig, daß der Legatar in dem Zeitpunkte des Anfalles noch am Leben und auch das Vermächtniß zu empfangen fähig sei, in welchem Falle er denn das Recht auf die angefallene Rente auch auf seine Erben überträgt, welche sonst keinen

⁴¹² L. 1. §. 1. D. de instructo leg. 33. 7.

* Arnbté a. a. D. S. 203—223.

⁴¹³ L. 1—3. §. 1. L. 6 sq. D. de tritico leg. 33. 6. L. 51. D. de legat. 1.

⁴¹⁴ L. 3. pr. D. de tritico leg.

⁴¹⁵ L. 5. D. l. c.

⁴¹⁶ L. 4. D. l. c.

⁴¹⁷ Dig. de annuis legatis et fideicommissis. 33. 1.

⁴¹⁸ L. 8. D. h. t.

Anspruch darauf machen könnten⁴¹⁹. Ist aber ausdrücklich erklärt, daß die Rente auch den Erben des Legatars zuschießen solle, so geht freilich auch auf diese das Recht über, und zwar im Zweifel auch auf die Erben des Erben u. s. f., so daß die Rente eine immerwährende ist⁴²⁰. Ein anderer Fall ist es auch, wenn die Absicht des Erblassers nur darauf gerichtet war, verschiedene Zahlungstermine zu Gunsten des Onerirten anzuberaumen, während der ganze Betrag jedenfalls vermacht sein soll. Hier ist nur ein unbedingtes Legat vorhanden, dessen Anfall zur Todeszeit stattfindet, und welches nur in Ansehung des Zahlungstages (quando dies venit,) getheilt ist, so daß auch die Erben des Legatars die nach und nach fällig werdenden Theilsummen zu fordern berechtigt sind⁴²¹. — Die letzte Art von Vermächtnissen macht denn auch bei Berechnung des Falcidischen Vierteltheiles keine erhebliche Schwierigkeit; man braucht nur die sämmtlichen Renten unter Berechnung der Zwischenzinsen auf ihren Werth zur Todeszeit zu reduciren und zusammenzuzählen⁴²². Schwierig aber ist jene Berechnung bei dem eigentlichen legatum annuum, weil hier je nach der längeren oder kürzeren Lebensdauer des Legatars ein verschiedener Gesamtbetrag des ganzen Vermächtnisses sich ergibt. Doch ist auch hier die Schwierigkeit leicht zu beseitigen, wenn der Erbe es nur mit diesem einen Legatar zu thun hat; er kann dann für die ersten Jahre die Rente ganz auszahlen, so lange, bis sich findet, daß sein Recht eine Schmälerung erleiden würde, indem er alsdann die fernere Zahlung ganz einzustellen berechtigt ist⁴²³. Wenn aber noch andere Legate in Betracht kommen, so muß in Betreff der später fällig werdenden Renten wie bei anderen bedingten Legaten durch Cautionsleistung wegen künftiger Rückerstattung oder Ergänzung ausgeholfen werden⁴²⁴; es kann aber dabei auch die Wahrscheinlichkeitsrechnung über die Lebensdauer, welche für das Vermächtniß von Alimenten aufgestellt wird, benutzt werden, um zu bestimmen, wie hoch einstweilen der Betrag des Vermächtnisses anzuschlagen sei, bis durch den Tod des Legatars Entscheidung darüber gewonnen wird⁴²⁵. Ist aber einer Corporation, deren Aufhebung nicht zu erwarten ist, eine Rente ohne Zeitbeschränkung vermacht worden, so wird der Betrag des Vermächtnisses so hoch ange-

⁴¹⁹ L. 4. §. 8. 11. 22. D. h. t. L. 10—12. D. quando dies leg. cod. 36. 2. L. 1. Cod. quando dies. 6. 53. L. 10. D. de capite minut. 4. 5.

⁴²⁰ L. 65. D. de V. S. L. 22. Cod. de legat.

⁴²¹ L. 3. D. h. t. L. 12 §. 4. L. 20. 26. §. 2. D. quando dies. 36. 2.

⁴²² L. 45. pr. L. 73. §. 4. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

⁴²³ L. 47. pr. D. l. c.

⁴²⁴ L. 1. §. 16. L. 55. D. l. c.

⁴²⁵ L. 28. pr. D. l. c. Sgl. Note 431.

nommen, daß derselbe als Capital zu vier Procent verzinslich angelegt die Summe der jährlichen Rente ergibt oder, was dasselbe ist, es wird der fünfundzwanzigfache Betrag der jährlichen Rente als Werth des Legates angenommen ⁴²⁶, und dieß muß denn consequent bei allen immerwährenden Renten Anwendung finden ⁴²⁷.

E. Das Vermächtniß des Lebensunterhalts (*alimenta legata* ⁴²⁸). Dieses ist dem vorigen darin verwandt, daß es auch als eine Reihe verschiedener Vermächtnisse betrachtet wird, sofern in verschiedenen Terminen das zum Lebensunterhalte des Vermächtnißnehmers Bestimmte hergegeben werden muß ⁴²⁹. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung erstreckt sich dasselbe ebenfalls auf Lebenszeit und endigt jedenfalls durch den Tod des Vermächtnißnehmers ⁴³⁰. Daher findet hier auch die Wahrscheinlichkeitsrechnung über die Lebensdauer zum Zwecke der Berechnung der Falcidischen Quart Anwendung ⁴³¹. Das Vermächtniß der Alimente ist übrigens, wenn nicht eine Summe dafür festgesetzt ist, im Zweifel so auszulegen, daß dem Legatar alles zum eigentlichen Lebensunterhalte Nothwendige, also Nahrung, Kleidung und Wohnung, gewährt oder das erforderliche Geld dafür gegeben werden müsse; Erziehungskosten sind darin in der Regel nicht mitbegriffen, und dagegen kann eine Beschränkung auf weniger, z. B. auf bloße Beköstigung, nur durch eine beschränktere Verfügung des Erblassers (z. B. *cibaria legata*) gerechtfertigt werden ⁴³²; das Maß aber der Alimente ist erforderlichen Falles durch richterliches Ermessen zu bestimmen, mit Rücksicht auf das Vermögen der Erbschaft und auf Stand und Gewohnheit des Erblassers, und auf den Stand und die Lebensbedürfnisse des Vermächtnißnehmers ⁴³³. Besonders begünstigt ist das Vermächtniß zum Lebensunterhalt darin, daß es auch dem Unfähigen hinterlassen werden kann ⁴³⁴. Auch wird bei einem Vermächtnisse der Alimente bis zur Mündigkeit (*Pubertas*) diese bis zum

⁴²⁶ L. 3. §. 2. D. l. c.

⁴²⁷ Vgl. Benning-Jungenheim, Lehrb. V. §. 232. Note h. Böhmer, exercitat. ad pand. V. 79. §. 27. Konopad, Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcid. Quart (Moskau 1811), S. 16 fig. Schrader, civ. Arch. II. S. 155.

⁴²⁸ Dig. de alimentis vel cibariis legatis. 34. 1.

⁴²⁹ L. 20. D. quando dies leg. ced. 36. 2.

⁴³⁰ L. 26. in f. D. l. c. L. 15. pr. D. h. t. L. 8. §. 10. D. de transact. 2. 15.

⁴³¹ L. 68. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. Vgl. Note 425. Streitig ist es, ob diese Berechnung definitiv entscheidet oder nur provisorisch gilt. Vgl. Konopad a. a. O. Fritsch, in Löhrr's Mag. IV. 16. Hofhirt, Verm. I. S. 558 fig. Wir halten dafür, daß die Betheiligten nicht gezwungen sind, sich eine definitive Berechnung nach solcher Wahrscheinlichkeit gefallen zu lassen, sondern diese nur dazu dient, um vorläufig zu bestimmen, wie viel der Erbe einstweilen zu entrichten angehalten werden kann.

⁴³² L. 6. 7. 21. 23. D. h. t.

⁴³³ L. 14. §. 2. L. 22. D. h. t. L. 14. D. de annuis leg.

⁴³⁴ L. 11. D. h. t. L. 3. pr. D. de his quae pro non script. hered. 34. 8.

achtzehnten Lebensjahre beim männlichen Geschlechte, bis zum vierzehnten beim weiblichen Geschlechte ausgedehnt (sogen. plena pubertas)⁴³⁵, und wenn Vermächtnisse durch eine allgemein lautende Verfügung zurückgenommen sind, so soll diese Abemtion im Zweifel nicht auf das Mimentenvermächtniß bezogen werden⁴³⁶. Endlich kann auch der Dnerirte, wenn er selbst von Seiten des Erben einen Abzug erleidet, im Zweifel doch nicht dem ihm auferlegten Vermächtnisse der Mimente einen entsprechenden Abzug machen, sofern nur, was er behält, zur Deckung des letzten noch hinreicht⁴³⁷.

F. Das Vermächtniß einer nach der Gattung bestimmten nicht vertretbaren Sache (genus legatum). Hier kommt es vor allem darauf an, ob sich Sachen der fraglichen Gattung in der Erbschaft vorfinden. Alsdann gebührt dem Legatar eine von diesen⁴³⁸, und zwar in der Regel nach seiner Wahl⁴³⁹. Ist aber jenes nicht der Fall, so soll nach der Behauptung vieler Juristen das Vermächtniß immer ungiltig sein⁴⁴⁰, nach der Meinung anderer aber giltig, wenn es eine bewegliche, ungiltig, wenn es eine unbewegliche Sache zum Gegenstande hat⁴⁴¹. Nach richtiger Ansicht der Sache kann es sich nur fragen, ob der Gegenstand des Vermächtnisses genügend bestimmt oder bestimmbar sei; dann muß der klar ausgesprochene Wille des Erblassers erfüllt werden, wenn gleich keine Sachen der Art in der Erbschaft vorhanden sind. An der erforderlichen Bestimmtheit kann es wohl fehlen, auch wenn die Erbschaft Sachen der angegebenen Gattung enthält; sei es, weil die Gattung gar zu allgemein bezeichnet ist, z. B. wenn bloß ein Thier vermacht wäre, oder weil kein Maßstab für die nähere Bestimmung gegeben ist, wie wenn schlechtweg ein Grundstück vermacht wäre, ohne allen Anhaltspunkt für Bestimmung der Lage und der Größe⁴⁴², wofern nämlich nicht der Erblasser eines von den ihm gehörenden in bestimmten Grenzen abgeschlossenen Grundstücken zu geben Willens war. Leichter noch aber wird es an der erforderlichen Bestimmtheit fehlen, wenn sich in der Erbschaft keine Sachen der Art vorfinden, auf welche das generelle Vermächtniß nach dem Willen des Erblassers bezogen werden könnte, z. B. wenn ein

⁴³⁵ L. 14. §. 1. D. h. t.

⁴³⁶ L. 18. §. 3. D. h. t.

⁴³⁷ L. 77. §. 1. D. de legat. II.

⁴³⁸ L. 71. pr. D. de legat. I.

⁴³⁹ §. 22. J. de legat. Vgl. darüber noch unten Note 503 fig.

⁴⁴⁰ Bangerow a. a. O. II. S. 538 fig. Wenig-Jungenheim, Lehrb., 4. Ausg., §. 538 a. E. Puchta, Lehrb. §. 523. S. 579.

⁴⁴¹ Mühlensbruch, Lehrb. §. 741. Noßhirt, Verm. II. S. 14 fig. Friß, in Wenig's Civilrecht, 5. Ausg., §. 538 a. E.

⁴⁴² L. 69. §. 4. D. de iure det. 23. 3.

Haus oder ein Gebäude vermacht wäre ohne alle Bestimmung der Größe und Lage, worunter sowohl die elendeste Bauerhütte in entlegener Gegend, als ein prächtiger Palast in der Stadt verstanden werden kann ⁴⁴³. Aber es kann auch in solchem Falle sehr wohl das Legat der Gattung hinreichend bestimmt sein, um es als vollkommen giltig anzusehen. Wenn z. B. einem Offizier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar gute Wagenpferde, einem Landmanne ein Paar gute Zugochsen oder Milchkühe, ein neuer Pflug oder Erntewagen vermacht würde u. dgl. m., wer möchte den Erben aller Verpflichtung entbinden? und aus welchem vernünftigen Grunde? Und so wird auch, wenn Jemanden ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadt, so wie es seinem Stande und Bedürfnisse angemessen ist, vermacht wäre, schwerlich ein Richter sich entschließen können, und mit Recht, dieß Vermächtniß als unwirksam zu behandeln ⁴⁴⁴.

G. Vermächtniß dinglicher das Eigenthum beschränkender Rechte. Diese können in verschiedener Art Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Der Erblasser kann nämlich 1) ein ihm zustehendes Recht an einer fremden Sache durch Vermächtniß einem Anderen als dem Erben übertragen. Dieß ist freilich nicht möglich in Ansehung der persönlichen Servituten, und in Ansehung der Grundservituten nicht anders als indem zugleich das Eigenthum des berechtigten Grundstückes dem Legatar zugewendet wird; möglich aber ist es in Betreff des Pfandrechtes, soweit überhaupt die Uebertragung desselben auf einen Anderen zulässig und wirksam ist, und vollkommen zulässig ist es in Betreff der Emphyteuse und Superficien, als vererblicher und veräußerlicher Rechte, mit der Wirkung, daß das Recht, gleich dem Eigenthum einer Sache, so wie es dem Erblasser selbst zustand, unmittelbar auf den Legatar übergeht und sofort durch dingliche Klage geltend gemacht werden kann; und zwar wird, wenn der Emphyteuta oder Superficiar den Worten nach das Grundstück selbst vermacht, dieß doch im Zweifel nur als Vermächtniß des Rechts der Emphyteuse oder Superficien, nicht als Vermächtniß des vollen Eigenthums angesehen ⁴⁴⁵. Ebenso kann übrigens auch dem Erben oder einem anderen Dnerirten auferlegt werden, das ihm zustehende Recht dem Legatar zu übertragen. — Der Erblasser kann 2) ein ihm an der Sache des Legatars selbst zustehendes Recht durch Vermächtniß erlassen (freilich

⁴⁴³ L. 71. pr. D. de legat. I.: Si domus alicui simpliciter legata sit, neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi nullas aedes reliquit, magis derisorium est quam utile legatum.

⁴⁴⁴ Vgl. auch Kößhirt a. a. O. und Bangerow a. a. O. S. 540.

⁴⁴⁵ L. 71. §. 6. D. de legat. I. L. 1. §. 7. D. de superficie. 43. 18. Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 853. 864.

wieder keine persönliche Servitut, weil diese durch den Tod des Erblassers von selbst erloschen ist), und hier muß denn consequent angenommen werden, daß jenes Recht durch das Legat ipso iure völlig aufgehoben werde ⁴⁴⁶. Es kann aber auch wieder dem Dnerirten auferlegt werden, ein ihm zustehendes Recht dem Legatar zu erlassen oder das einem Dritten zustehende Recht zu Gunsten des Legatars abzulösen. 3) Der Erblasser kann dem Legatar ein dingliches Recht einräumen, sowohl eine persönliche oder Prädialservitut ⁴⁴⁷, zu welcher letzteren nur vorausgesetzt wird, daß der Legatar auch Eigenthümer des zu berechtigenden Grundstückes sei, als auch ein Pfandrecht ⁴⁴⁸ oder Emphyteuse und Superficies ⁴⁴⁹. Falls der Erblasser Eigenthümer der Sache ist, wird unmittelbar durch das Vermächtniß das dingliche Recht des Legatars begründet, so wie es nach altem Rechte bei dem Vindicationslegat der Fall war ⁴⁵⁰. Sonst aber kann der Dnerirte nur verpflichtet werden, wie es nach altem Rechte überhaupt Folge des Damnationslegates war, das Recht an der eigenen Sache einzuräumen oder an der Sache eines Dritten dasselbe dem Legatar zu verschaffen, beziehungsweise den Werth dafür zu leisten ⁴⁵¹, und zwar muß es im letzten Falle ebenso wie bei dem Vermächtnisse des Eigenthums einer fremden Sache auf die Wissenschaft des Erblassers, daß die Sache eine fremde sei, ankommen ⁴⁵². Das Vermächtniß einer persönlichen Servitut hat übrigens das Besondere, daß dabei nicht vor Antrittung der Erbschaft, und wenn eine Zeitbestimmung hinzugefügt ist, nicht vor Ablauf der festgesetzten Zeitfrist dies legati cedit, weil das dingliche Recht ohnehin nicht eher dem Legatar erworben wird, und von einer Uebertragung auf die Erben dabei doch nicht die Rede sein kann ⁴⁵³. Ist aber die persönliche Servitut für verschiedene Zeitfristen (Jahre, Monate u. s. w.) oder z. B. ein um das andere Jahr vermacht, so gilt dieß für mehrere Vermächtnisse, deren jedes für sich erworben wird, wie das Vermächtniß einer Rente, so daß auch der Verlust des Rechtes für eine Zeitfrist den wiederholten Erwerb für eine andere nicht ausschließt ⁴⁵⁴.

⁴⁴⁶ L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. D. de legat. 1.

⁴⁴⁷ §. 4. J. de servitut. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. — Dig. de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum relictis. 33. 2. de servitute legata. 33. 3.

⁴⁴⁸ L. 26. pr. D. de pign. act. 43. 7.

⁴⁴⁹ Vgl. Note 445 und Rechtslex. Bd. III. S. 871 ff.

⁴⁵⁰ L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. Vgl. Note 362 ff.

⁴⁵¹ L. 3. D. de usufructu. 7. 1. Pauli sentt. III. 6. §. 17. Fragm. Vat. §. 57. 83. 86. 87.

⁴⁵² Vgl. oben Note 387 ff.

⁴⁵³ L. 2. 3. 5. §. 1. in f. D. quando dies leg. ced. 36. 2. L. 1. D. quando dies ususfr. leg. ced. 7. 3. Vgl. jedoch L. 2. D. de usu legato.

⁴⁵⁴ L. 1. pr. D. quando dies ususfr. leg. ced. 7. 3. L. 1. §. 3. L. 2. D. quib. mod. ususfr. amit. 7. 4. L. 11. 13. D. de usu leg. Cf. L. 8. D. de annuis leg.

Auch kann die persönliche Servitut für den Fall des Verlustes abermals vermacht werden, und dieß wird als Wille des Erblassers angenommen, wenn er dieselbe ausdrücklich auf Lebenszeit vermacht hat, da es sich ja ohnehin von selbst versteht, daß sie nicht über Lebenszeit hinausgehe⁴⁵⁵. Weil sie aber regelmäßig auf Lebenszeit sich erstreckt und jedenfalls durch den Tod des Legatars aufhört, so kommt dabei in Beziehung auf die Berechnung des Falcidischen Viertheiles ein gleiches Verfahren zur Anwendung, wie bei dem Vermächtnisse des Lebensunterhalts⁴⁵⁶. Von dem Nießbrauche insbesondere ist noch zu bemerken, daß derselbe, ebenso wie das Eigenthum einer Sache, auch Mehreren gemeinschaftlich oder Einem nur zum Theile vermacht werden kann, und das letzte ist namentlich auch dann im Zweifel anzunehmen, wenn Einem die Sache schlechtweg, ohne ausdrücklichen Vorbehalt des Nießbrauches, und einem Anderen der Nießbrauch derselben Sache vermacht ist, so daß hier jener nur pro parte durch den Nießbrauch des letzten beschränkt wird⁴⁵⁷. Ist aber Mehreren der Nießbrauch derselben Sache vermacht worden, so kann hier in eigener Weise ein Anwachsungsrecht eintreten, auch nachdem das Legat schon von Allen wirklich erworben war, wovon jedoch schon an einem anderen Orte die Rede gewesen ist⁴⁵⁸. Uebrigens kann auch ein Quasi-ususfructus an verzehrbaren Sachen und Forderungen vermacht werden⁴⁵⁹, und so ist denn auch ein Vermächtniß des Nießbrauches an der ganzen Erbschaft oder an einem Theile derselben möglich⁴⁶⁰. Sind aber Jemanden nur die Einkünfte von einer bestimmten Sache oder von einem Vermögen vermacht, so gibt dieses keinen wahren Ususfructus, sondern nur den Anspruch auf Auszahlung der fraglichen Einkünfte, wie bei dem annuum legatum⁴⁶¹. Endlich kann der Erblasser 4) auch dadurch ein ius in re aliena begründen, daß er Jemanden eine Sache vermacht unter Vorbehalt eines solchen Rechtes, z. B. des Nießbrauches, für den Dnerirten. Hier erwirbt der Legatar, sobald dies legati venit, die Proprietät der Sache, der Dnerirte aber behält den Nießbrauch an derselben, der dann durch seinen Tod erlischt⁴⁶².

H. Das Vermächtniß einer Forderung (nomen legatum). Wenn

⁴⁵⁵ L. 3. 5. pr. D. quib. mod. ususfr. amit. 7. 4.

⁴⁵⁶ Bgl. Note 431.

⁴⁵⁷ L. 19. D. de usu leg.

⁴⁵⁸ Bgl. Rechtslexikon Bb. I. S. 321—325.

⁴⁵⁹ Dig. de usufr. earum rer. quae usu consum. 7. 5.

⁴⁶⁰ L. 29. D. de usufr. L. 24. pr. L. 32. §. 1. 8. L. 37. 43. D. de usu leg. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33.

⁴⁶¹ L. 22. 38. D. de usu leg. L. 21. pr. D. de annuis leg. L. 120. pr. D. de legat. I.

⁴⁶² L. 1. §. 4. L. 2. 3. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33.

der Erblasser eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten ver-
macht, so muß der Erbe dem Legatar die Forderungsklage abtreten ⁴⁶³,
oder es kann dieser dieselbe auch ohneweiters als utilis actio an-
stellen ⁴⁶⁴, und zwar sind zugleich auch die Accessorien der Forderung,
namentlich Zinsen, in dem Vermächnisse mitbegriffen ⁴⁶⁵. Sonst ist der
Erbe zu nichts verpflichtet; er haftet namentlich nicht für die Zahlungs-
fähigkeit des Schuldners, weshalb aber auch bei der Berechnung der
Falcidia die Forderung und das Vermächniß nur zu dem erigibeln Be-
trage anzuschlagen ist ⁴⁶⁶. Daher ist auch das Legat ganz ungiltig und
ohne Inhalt, wenn die Forderung wirklich nicht begründet ist, und der
Legatar kann in diesem Falle keineswegs die angegebene Forderungssumme
verlangen ⁴⁶⁷; daher ferner erlischt das Legat, wenn die Forderung ge-
tilgt ist ⁴⁶⁸, ausgenommen, wenn erst der Erbe nach dem Tode des Erb-
lassers den Betrag der Forderung erhalten hat ⁴⁶⁹, oder wenn zwar schon
der Erblasser selbst die Zahlung empfangen hat, erweislich aber die Ab-
sicht hatte, nun das Empfangene dem Legatar zuzuwenden, wie ins-
besondere dann anzunehmen ist, wenn der Schuldner aus freien Stücken
gezahlt und der Erblasser das empfangene Geld zurückgelegt hat ⁴⁷⁰. Ist
die vermachte Forderung eine alternative, wobei der Schuldner die Wahl
hat, so hängt es eben von dieser Wahl ab, wie hoch das Legat anzu-
schlagen sei; ist aber hier nicht die Forderung selbst, sondern nur der
eine von den alternativen Gegenständen derselben vermacht, so hängt es
von der Wahl des Schuldners ab, ob der Legatar überhaupt etwas be-
komme oder nichts ⁴⁷¹, und ebenso, wer etwas bekomme, wenn die alter-
nativen Gegenstände verschiedenen Personen vermacht sind ⁴⁷². Hatte aber
der Gläubiger das Wahlrecht, so geht dieses auch auf den Legatar über,
und wenn diesem auch nur der eine der alternativen Gegenstände vermacht
ist, worin zugleich eine Begünstigung des Schuldners enthalten sein kann,
so ist das Legat doch jedenfalls giltig; wenn aber Einem der eine, einem
Anderen der andere der alternativen Gegenstände legirt ist, so muß hier
der Erbe dem Einen die Klage einräumen, dem Anderen aber den Werth

⁴⁶³ §. 21. J. de legat. I. 44. §. 6. L. 75. §. 2. in f. L. 105. D. de legat. I. L. 10. D. de lib. leg. 34. 3.

⁴⁶⁴ L. 18. Cod. de legat.

⁴⁶⁵ L. 34. pr. D. de legat. III.

⁴⁶⁶ L. 22. §. 4. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

⁴⁶⁷ L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I.

⁴⁶⁸ §. 21. J. cit. L. 75. §. 2. L. 82. §. 5. D. de legat. I. L. 21. pr. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3.

⁴⁶⁹ L. 21. §. 2. D. de lib. leg.

⁴⁷⁰ L. 11. §. 43. D. de legat. III. Cf. L. 31. §. 3. D. de adimend. legat. 34. 4.

⁴⁷¹ L. 75. §. 4. D. de legat. I.

⁴⁷² L. 50. §. 1. D. de legat. II.

des Gegenstandes geben ⁴⁷³. Uebrigens hat es kein Bedenken, daß auch die einem Anderen zustehende Forderung den Gegenstand eines Legats bilden könne.

I. Das Vermächtniß einer Schuld (debitum legatum). Wenn der Erblasser seinem Gläubiger vermachet, was er ihm schuldig ist, so ist dieses Legat ohne Inhalt und kann daher auch bei der Falcidia nicht in Betracht kommen, sofern nicht durch dasselbe dem Legatar ein materieller Vortheil gewährt wird, den er nicht durch das Schuldverhältniß an sich schon haben würde ⁴⁷⁴. Ein solcher Vortheil kann darin liegen, daß das Legat eine Einrede beseitigt ⁴⁷⁵ oder die Fälligkeit der Forderung beschleunigt oder diese in eine unbedingte verwandelt ⁴⁷⁶. Jedensfalls aber gibt es den Vortheil, daß nun der Legatar durch die bequemere und mit einem gesetzlichen Pfandrechte versehene Legatklage sein Recht geltend machen kann ⁴⁷⁷. Ja, wenn auch der Erblasser dem Legatar in der That gar nichts schuldig war, so kann dieser dennoch den angegebenen Betrag oder Gegenstand fordern, indem die Angabe, daß der Erblasser denselben dem Legatar schuldig sei, als falsa demonstratio nicht beachtet wird ⁴⁷⁸, und hier muß denn natürlich auch der ganze Betrag in Betreff der Falcidia als Vermächtniß behandelt werden. Uebrigens ist man, wenn der Schuldner seinem Gläubiger etwas vermachet, nicht berechtigt zu vermuthen, daß dieß als Zahlung der Schuld gelten solle, sondern der Legatar kann das Legat und daneben noch seine ursprüngliche Forderung geltend machen, selbst wenn ihm gerade die für die letzte verpfändete Sache vermachet worden ist ⁴⁷⁹. Auch kann man wohl Jemandem das, was ihm ein Anderer schuldig ist, vermachen, worin denn zugleich oder auch vorzugsweise ein Vermächtniß für den wirklichen Schuldner liegen kann, insofern er nun Befreiung von der Schuld begehren kann ⁴⁸⁰, so wie es als ein Vermächtniß für die Miterben gilt, wenn einem Erben allein die Zahlung einer Schuld des Erblassers auferlegt ist ⁴⁸¹.

K. Das Vermächtniß der Schuldbefreiung (liberatio legata) ⁴⁸².

⁴⁷³ L. 76. D. de legat. I.

⁴⁷⁴ §. 14. J. de legat. L. 14. L. 28. §. 13. in f. D. de liberat. leg. 34. 3. L. 1. §. 10. L. 57.

81. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

⁴⁷⁵ L. 13. D. 34. 3. L. 28. pr. D. de legat. I.

⁴⁷⁶ L. 14. D. 1. c. L. 29. D. de legat. I. §. 14. J. cit. Cf. L. 5. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

⁴⁷⁷ L. 28. D. de legat. I. Cf. L. 4. Cod. commun. de legat. 6. 43.

⁴⁷⁸ §. 15. J. 1. c. L. 75. §. 1. D. de legat. I. L. 88. §. 10. D. de legat. II. L. 25. D. de lib. leg.

⁴⁷⁹ L. 86. D. de legat. II.

⁴⁸⁰ L. 14. §. 22. D. de legat. III. L. 49. §. 6. D. de legat. I.

⁴⁸¹ L. 69. §. 2. L. 49. §. 4. 5. D. de legat. I. L. 7. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3.

⁴⁸² Dig. de liberatione legata. 34. 3.

Der Gläubiger kann seinem Schuldner durch Vermächtniß die Schuld erlassen, er möge nun dieses wörtlich aussprechen oder dem Erben die Klage untersagen oder dem Legatar dasjenige, was er schuldig ist, vermachen, z. B. Titio, quod mihi debet oder fundum quem mihi debet, lego⁴⁸³. In solchem Falle kann der Legatar sich jedenfalls durch exceptio gegen die Klage schützen; er kann aber auch selbst klagen auf völlige Tilgung der Schuld, nach römischem Rechte durch acceptilatio, nach heutigem Rechte etwa durch förmliche Quittirung, jedoch mit der Beschränkung, daß die Befreiung sich nicht weiter erstreckt, als es in der Absicht des Erblassers lag⁴⁸⁴. Daher kann nach römischem Rechte nicht Tilgung durch Acceptilation begehrt werden und der Hauptschuldner kann sich nicht auf das Vermächtniß berufen, wenn nur dem Bürgen die Befreiung von der Schuldverbindlichkeit vermacht ist, während es allerdings dem Bürgen zu Statten kommt, wenn der Hauptschuldner liberirt wird⁴⁸⁵; und wenn einem von mehreren Correal Schuldnern die Befreiung vermacht ist, so kann nur, falls dieselben im Gesellschaftsverhältnisse zu einander stehen, völlige Tilgung der Schuld für alle Theilnehmer begehrt werden⁴⁸⁶. Unwirksam wird das Legat, wenn die Schuld noch bei Lebzeiten des Erblassers getilgt ist; dagegen steht dem Legatar die Rückforderung zu, wenn er erst nach dem Tode des Erblassers, nicht freiwillig und von dem Vermächtnisse unterrichtet, die Schuld bezahlt hat⁴⁸⁷. Ist aber eine Schuldverbindlichkeit gar nicht vorhanden, so ist das Legat ganz ungiltig und ohne Inhalt, es mag der Gegenstand der angeblichen Schuld bestimmt sein oder nicht; der Legatar, dem die Forderung gegen sich selbst vermacht ist und dem eben dadurch nur Befreiung von der Schuld vermacht sein sollte, kann nichts fordern, wenn die Schuld nicht existirt, so wenig wie derjenige, welchem eine Forderung gegen einen Dritten vermacht ist, etwas fordern kann, wenn die Forderung nicht existirt, wofern nicht etwa erweislich der Erblasser den Willen hatte, daß dem Legatar jedenfalls ein Vermächtniß von dem angegebenen Betrage zu Theil werden solle⁴⁸⁸. Uebrigens kann auch dem Schuldner des Dnerirten

⁴⁸³ L. 4—3. D. h. t. §. 13. J. de legatis. Pauli sentt. III. 6. §. 11.

⁴⁸⁴ L. 3. §. 3. L. 22. D. h. t. Cf. L. 7. §. 1. ibid.

⁴⁸⁵ L. 2. pr. L. 5. pr. D. h. t.

⁴⁸⁶ L. 3. §. 3. D. h. t. Cf. L. 31. §. 2. 3. ibid.

⁴⁸⁷ L. 7. §. 4—7. D. h. t. L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 42. 6. Cf. L. 31. pr. D. h. t.

⁴⁸⁸ L. 75. §. 2. D. de legat. I. L. 13. 25. D. h. t. Ueber diesen Punkt sind freilich mancherlei abweichende Meinungen aufgestellt worden, hauptsächlich durch L. 25. cit. veranlaßt; aber diese Stelle erklärt sich vollkommen befriedigend, wenn man nur die Zweifelsätze von dem entscheidenden Aussprüche des Paulus gehörig scheidet und insbesondere den Satz: Sed poterit hoc dici . . . damnas esto non petere? als Frage Satz auffaßt, wobei in der Frage zugleich die verneinende Antwort liegt. So hat der Verf. dieses Artikels es versucht, in seiner Diss. inaug. ad L. 25. D. de liberatione legata.

selbst Befreiung von dieser Schuld vermacht werden, wodurch jener ebenfalls eine exceptio gegen seinen Gläubiger erhält⁴⁸⁹, und nicht minder kann auch die Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit gegen einen Dritten Gegenstand des Vermächtnisses sein⁴⁹⁰, in welchem Falle der Legatar gegen den Dnerirten klagen kann, daß er die Schuld tilge oder ihn gegen den Gläubiger vertheidige, zugleich aber auch für den Gläubiger, sofern der Erblasser auch dessen Vortheil im Auge hatte, das Recht begründet wird, den Dnerirten anstatt seines Schuldners in Anspruch zu nehmen⁴⁹¹. — Auch eine bloße Stundung oder temporäre Befreiung von der Klage kann dem Schuldner vermacht werden⁴⁹². Hier liegt der Betrag des Legats in dem Gewinne, den der Zahlungsausschub gewährt (Interusurium), und nur so kann das Legat bei der Berechnung der falcidischen Quart angeschlagen werden. Dagegen ist das Vermächtniß vollständiger Schuldbefreiung zu dem vollen Betrage der Schuld anzurechnen, wengleich der Legatar zahlungsunfähig wäre; aber natürlich wird dann in gleichem Maße auch die Forderung bei der Schätzung des Vermögens mitgerechnet⁴⁹³.

L. Vermächtniß eines Inbegriffes verschiedenartiger Vermögensrechte (sogen. universitas iuris). Wenn auch Jemanden ein Vermögensinbegriff vermacht ist, so gehört dieß doch immer zu den Singularvermächtnissen, sofern es nicht einen aliquoten Theil der eigenen Erbschaft des Erblassers zum Gegenstande hat, und es wird denn dadurch auch keine wahre Universalsuccession begründet. So ist z. B. der Fall, wenn dem Dnerirten die Restitution einer fremden Erbschaft oder eines Theiles derselben auferlegt wird, was ihn verpflichtet, den Inhalt der Erbschaft, wie im Falle einer sonstigen Veräußerung derselben, auf den Legatar zu

Berolini 1825. (unten Nr. 52.) und ihm stimmt die Mehrzahl der Rechtsgelehrten bei. Vgl. Wächter, in d. Tübing. krit. Zeitschr. II. S. 186. fg. Mühlenbruch a. a. D. §. 751. Note 7. Puchta, Lehrb. §. 523. Nr. 9. Wening-Zugenheim a. a. D. §. 532. Note 4. Wangerow, Pand. II. S. 557—560. Auch hat der Verf. seine Ahnung, daß wohl schon ältere Schriftsteller dieselbe Erklärung aufgestellt haben möchten (pag. 35.), bestätigt gefunden. Sie findet sich schon in der Glossa ad L. 25. cit. angedeutet, und ist ausgeführt von Westronen (praes. Ev. Otto), de liberat. ab indebito legata. Trai. ad Rhen. 1735. und in Oelrichs thesaur. nov. dissert. III. 2. p. 340 sq. Vgl. auch Gebr. Dverbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmat. Bb. VIII. S. 300 fg. Im Resultate übereinstimmend, wenn gleich mehr oder minder abweichend in der Erklärung der L. 25. cit. sind unter anderen Beyer, de leg. lib. ab indeb. Viteb. 1709. und in dessen Diss. et opusc. (Lips. 1723.) p. 183—202. Pundsack, de leg. lib. ab indeb. diss. inaug. (Götting. 1753.) p. 27—29. Abweichende Ansichten vertheidigen unter den Neueren noch Thibaut, Syst. §. 905. (vgl. Braun's Erörter. S. 696 fg. Froben, Erörter. II. S. 318.) und Hoffirt, Verm. II. S. 294 fg.

⁴⁸⁹ L. 24. D. h. t.

⁴⁹⁰ Pauli sentt. III. 6. §. 40. L. 8. pr. D. h. t.

⁴⁹¹ L. 3. §. 5. L. 7. §. 3. D. h. t. Vgl. Note 481.

⁴⁹² L. 8. §. 1. 2. D. h. t.

⁴⁹³ L. 22. §. 3. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

übertragen⁴⁹⁴. Ebenso begründet auch das Vermächtniß des Peculiums eines Haussohnes (oder eines Sklaven), sei es an diesen selbst oder an einen Dritten, keine Universalsuccession, sondern nur einen Anspruch auf Ueberlassung seines Inhaltes, natürlich mit Abzug der Schulden, so wie es zur Zeit des Todes vorliegt⁴⁹⁵.

M. Vermächtniß einer Brautgabe (dos). Eine dos kann durch Vermächtniß bestellt werden. Dieß geschieht, indem dem Manne in Beziehung auf eine bestehende oder erst einzugehende Ehe ein bestimmter Gegenstand zum Zwecke der dos oder auch schlechtweg eine dos, deren Größe dann erst durch richterliches Ermessen zu bestimmen ist, vermacht wird. Daraus entsteht für den Mann zunächst die Legatsforderung, durch deren Existenz eben sofort die dos besteht, wie durch Versprechen dieselbe constituiert wird, und zwar kann der Mann in der Regel auch schon vor Eingehung der Ehe, gegen Cautionsleistung, die Entrichtung des Legats verlangen. Zugleich aber liegt darin auch ein Vermächtniß für die Frau, insofern es für diese ein Vortheil ist, dotirt zu sein und nach Auflösung der Ehe ihr das Heirathsgut zufällt, und es wird ihr dann auch, wenn nur durch Schuld des Mannes die Ehe nicht zu Stande kommt, das Recht zugestanden, für sich den Betrag der vermachten dos zu begehren⁴⁹⁶. Ein anderes ist es, wenn nur der Frau eine dos oder Dotation vermacht ist. Hier ist nur die Frau eigentliche Vermächtnißnehmerin und nur sie, der Mann nur mit ihrem Willen, hat die Klage auf Erfüllung des Vermächtnisses, welche darin besteht, daß entweder der Frau das Erforderliche, um es selbst zur Bestellung der dos zu verwenden, gegeben oder dem Manne unmittelbar die dos bestellt werde⁴⁹⁷. Es kann aber ferner auch die Rückgabe der dos den Inhalt des Vermächtnisses bilden⁴⁹⁸. Geschieht dieß von Seiten des Mannes, dessen Erben ohnehin zur Restitution der dos verpflichtet wären, so ist es nichts anderes als ein debitum legatum, welches aber den Vortheil gewährt, daß die sonst geltende Restitutionsfrist wegfällt und jede Retention von der dos, ausgenommen wegen nothwendiger Verwendungen, welche den Betrag derselben ipso iure mindern, ausgeschlossen ist⁴⁹⁹. Existirte wirklich keine Brautgabe, so kann, wie bei einem jeden legatum debiti,

⁴⁹⁴ L. 76. §. 1. D. de legat. I. L. 29. §. 2. L. 34. §. 2. D. de legat. II. L. 13. Cod. de hered. instit. 6. 24. Heise, de aliena hered. restit. Goetting. 1816.

⁴⁹⁵ Dig. de peculio legato. 33. 8. §. 20. J. de legatis.

⁴⁹⁶ L. 43. D. de legat. III. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 4. Vgl. Haffe, Güterrecht der Ehegatten I. S. 327—334.

⁴⁹⁷ L. 69. §. 2. D. de legat. I. L. 77. §. 9. D. de legat. II.

⁴⁹⁸ Dig. de dote praelegata (relegata). 33. 4.

⁴⁹⁹ L. 1. §. 2—4. L. 5. D. h. t. §. 13. J. de legatis.

dennoch der angebliche Gegenstand derselben, sofern er nur bestimmt ist, gefordert werden⁵⁰⁰; ist aber die dos von dem Manne schon bei Lebzeiten zurückgegeben worden, so fällt das Legat weg⁵⁰¹. Wird endlich umgekehrt die dos demjenigen vermacht, welcher dieselbe zu restituiren schuldig ist, so ist dies ein Fall der liberatio legata⁵⁰².

Zuletzt nennen wir nun noch

N. Das alternative Vermächtniß, d. i. dasjenige, wodurch Jemandem ein oder ein anderer Gegenstand zugebracht wird, z. B. Titio fundum aut centum aureos do lego. Dabei ist vorzüglich wichtig, wer die Wahl unter den alternativ vermachten Gegenständen habe. Vor allem entscheidet darüber der erklärte Wille des Erblassers, der auch selbst einem Dritten die Wahl übertragen kann⁵⁰³. Falls jener sich nicht darüber erklärt hat, mußte nach altem Rechte zwischen dem Vindications- und Damnationslegate unterschieden werden; bei jenem hatte natürlich der Legatar die Wahl⁵⁰⁴, bei diesem und ebenso bei dem Fideicommiss mußte dieselbe dem Dnerirten zugestanden werden⁵⁰⁵. Nach Justinianischem Rechte ist es nun aber consequent, im Zweifel, wenn die Ausdrucksweise nicht einen anderen Willen zu erkennen gibt, immer dem Legatar die Wahl zu geben, zumal wenn es sich nur um Sachen, welche zur Erbschaft gehören, handelt⁵⁰⁶. Der Wahlberechtigte kann aber nur das eine oder andere Object ganz, nicht Theile des einen und des anderen, fordern oder geben⁵⁰⁷. Aehnlich dem alternativen Legate ist es, wenn der Erblasser zwar eine bestimmte von mehreren Sachen zu vermachen Willens war, aber factisch ungewiß ist, welche? z. B. wenn er den Sklaven Stichus vermacht, aber mehrere Sklaven dieses Namens besitzt. Streng genommen könnte man hier völlige Ungiltigkeit des Legates behaupten, weil der Legatar nicht beweisen kann, was ihm vermacht sein soll; da es aber gewiß ist, daß er eine von den Sachen, auf welche der Ausdruck des Erblassers sich beziehen läßt, haben sollte, so wird das Legat benevolenter aufrecht erhalten, so daß der Dnerirte wählen kann, welche von jenen Sachen er geben will, und zwar wurde dies auch schon nach altem Rechte bei dem Vindicationslegate so gehalten⁵⁰⁸. Noch näher

⁵⁰⁰ §. 15. J. cit. L. 6. §. 4. D. h. t.

⁵⁰¹ L. 4. §. 5. D. h. t.

⁵⁰² L. 11. D. h. t.

⁵⁰³ L. 84. §. 9. 11. D. de legat. 1. Cf. L. 3. §. 4. Cod. commun. de legat. 6. 43.

⁵⁰⁴ L. 34. §. 14. D. de legat. 1. L. 23. D. de legat. II. Cf. L. 108. §. 2. D. de legat. 1.

⁵⁰⁵ L. 109. §. 4. D. de legat. 1. L. 15. 49. Cf. L. 43. §. 3. D. de legat. II. L. 29. §. 4. D. de legat. III. Cf. L. 138. §. 4. D. de V. O. 45. 1.

⁵⁰⁶ L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. §. 22. J. de legatis.

⁵⁰⁷ L. 8. §. 2. D. de legat. 1. L. 45. D. de legat. II.

⁵⁰⁸ L. 37. §. 4. L. 39. §. 6. D. de legat. 1.

verwandt dem alternativen Legate ist in dieser Beziehung das Legat einer nur nach der Gattung bestimmten Sache, *genus legatum*⁵⁰⁹. Hier mußte nach altem Rechte ebenfalls der Legatar oder der Dnerirte die Wahl haben unter den in der Erbschaft vorfindlichen Sachen der Gattung, je nachdem das Legat ein Vindicationss- oder Damnationslegat war, nach Justinianischem Rechte aber ist der Regel nach immer der Legatar zur Wahl berechtigt⁵¹⁰. Jedoch soll derselbe nicht unter vielen Sachen unbescheiden gerade die beste auswählen⁵¹¹, so wie auch umgekehrt der Dnerirte, falls diesem die Wahl zusteht, nicht gerade die schlechteste geben darf⁵¹². Diese Beschränkung des Wahlrechtes findet aber nicht statt, wenn dem Legatar geradezu die Wahl unter den Sachen einer Gattung vermacht ist (*optio* oder *electio legata*)⁵¹³. Hier kann er unbeschränkt wählen, welche er mag⁵¹⁴. Dagegen mußte hier nach älterem Rechte der Legatar auch selbst wählen und konnte dieses Wahlrecht nicht vor Antretung der Erbschaft gültig ausüben, und daher ging das Legat nicht auf die Erben über, wenn er vor Antretung der Erbschaft oder vor erklärter Wahl starb⁵¹⁵, während dagegen bei einem gewöhnlichen Gattungsvermächtnisse und bei dem eigentlichen alternativen Legate auch das Wahlrecht auf die Erben des Legatars überging, sobald nach der Regel dies *legati cessit*⁵¹⁶. Indessen hat Justinian jene Eigenthümlichkeit der *optio legata* aufgehoben, so daß nun auch dabei der Regel nach dies *legati mortis testatoris tempore cedit* und alsdann auch die Erben des Legatars noch wählen können⁵¹⁷, es möchte denn der Erblasser ausdrücklich die eigene Wahl des Legatars zur Bedingung gemacht haben⁵¹⁸. Wollen mehrere Erben sich über die Wahl nicht vereinigen, so soll das Loos unter ihnen entscheiden, was auch Anwendung findet, wenn Mehreren gemeinschaftlich ein Legat gegeben ist, wobei es noch auf Wahl ankommt⁵¹⁹. Uebrigens ist es möglich, daß bei einem alternativen Ver-

⁵⁰⁹ Vgl. oben Nr. F. Note 438 fig.

⁵¹⁰ §. 22. J. de legatis. Cf. L. 13. 108. §. 2. D. de legat. 1. L. 12. D. de opt. leg. 33. 5.

⁵¹¹ L. 37. pr. D. de legat. I.

⁵¹² L. 110. D. de legat. 1.

⁵¹³ Dig. de optione vel electione legata. 33. 5.

⁵¹⁴ L. 2. pr. D. h. t. §. 23. J. de legatis.

⁵¹⁵ L. 16. D. h. t. §. 23. J. cit.

⁵¹⁶ L. 19. D. h. t. L. 12. §. 7. D. quando dies leg. ced. 36. 2. Cf. L. 25. §. 17. D. fam. exercisc. 10. 2.

⁵¹⁷ §. 23. J. de legat.

⁵¹⁸ Dieß versteht sich nach der Natur der Sache von selbst. Es ist aber auch der Satz, daß die *optio* erst nach Antretung der Erbschaft wirksam stattfindet, im Justinianischen Rechte nicht abgeändert, was auch wohl übereinstimmt mit den Grundsätzen unter Note 370. 371. Vgl. Arndt3, im rhein. Musf. V. S. 226—228. (unten Nr. 51.)

⁵¹⁹ L. 3. pr. Cod. commun. de legat. 6. 43. §. 23. J. cit. Ist einem Dritten die Wahl überlassen, und dieser stirbt vorher oder verzögert die Wahl über ein Jahr, so kann der Legatar selbst

mächtnisse für jede Alternative an sich betrachtet der dies cedens ein anderer wäre, z. B. wenn das Eigenthum eines Grundstückes oder der Nießbrauch eines anderen vermacht wäre. Hier wird nun das Legat nur als ein Legat behandelt, das nur einen dies cedens hat, es mag der Honorirte oder Dnerirte die Wahl haben, und so versteht sich von selbst, daß der Anfall nicht eher eintritt, als bis er für beide Alternativen entschieden ist⁵²⁰. Wenn jedoch durch den Tod des Legatars die eine Alternative wegfällt, wie in obigem Beispiele der Fall wäre, so wird nun eben dadurch für die anderen der Anfall des Legates entschieden⁵²¹. Auch berührt es die Giltigkeit des Legates in Beziehung auf das eine Object nicht, wenn dasselbe in Beziehung auf das andere nicht mehr besteht, weil dieses etwa zu Grunde gegangen oder von dem Legatar schon anderweitig aus lucrativem Grunde, sogar etwa durch Schenkung des Erblassers, erworben worden ist⁵²². Daher es sich dann erklärt, daß das alternative Vermächtniß bald als nur ein Vermächtniß, bald als mehrere Vermächtnisse enthaltend aufgefaßt wird⁵²³.

Hiermit möge die Ausführung über einzelne Arten von Vermächtnissen geschlossen sein, wobei es sich, wie schon bemerkt wurde, von selbst versteht, daß eine erschöpfende Darstellung aller Einzelheiten nicht beabsichtigt sein sollte.*

51.

Die Catonianische Regel.**

Es ist wohl eine in ihrer Art einzige Erscheinung in der Literaturgeschichte des römischen Rechts, daß bis auf die neueste Zeit die Anwendbarkeit der Catonianischen Regel nach Justinianischem Recht kaum bezweifelt wurde, während fast allgemein die Meinung herrschte, daß dieselbe in dem ganzen Zeitraume von der lex Julia et Papia Poppaea bis zu Justinian's const. unic. Cod. de caducis tollendis unpraktisch

wählen. L. 3. §. 1. Cod. l. c. Ebenso kann auch, wenn der wahlberechtigte Dnerirte widerrechtlich die Leistung verzögert, geklagt werden, als wäre nichts über die Wahl verordnet. L. 25. §. 17. D. fam. ercisc. 10. 2. Dagegen kann auch dem wahlberechtigten Legatar auf Antrag derjenigen, welche ein Interesse dabei haben, richterlich eine Frist zur Ausübung der Wahl gesetzt werden, deren Versäumung den Verlust des Legates zur Folge hat. L. 8. pr. L. 13. §. 1. L. 17. D. de opt. leg.

⁵²⁰ L. 14. pr. L. 46. pr. L. 25. pr. D. quando dies leg. ced. 36. 2.

⁵²¹ L. 14. §. 1. D. l. c.

⁵²² L. 84. §. 11. D. de legat. 1.

⁵²³ L. 34. §. 14. D. de legat. 1. L. 25. pr. D. quando dies. 36. 2.

* Rechtslexikon IV. S. 279—344. Artikel Legat. (1845.)

** Lehrb. §. 650.

gewesen sei: daß dagegen jetzt die letzte Meinung mit siegreichen Gründen widerlegt¹, die heutige Anwendbarkeit der Catonianischen Regel aber bestritten, und schon von mehreren in Abrede gestellt worden ist². Diese neue Ansicht, nach welcher die Catonianische Regel aus dem Justinianischen Rechte ganz verbannt wäre, hat indessen nicht bei Allen Eingang gefunden³, und sie scheint mir auch durch die neueste Abhandlung über diesen Gegenstand noch keineswegs sicher begründet. Vielmehr scheinen mir immer noch wichtige, zum Theil nicht beachtete Gründe, für die ältere Meinung zu sprechen. Auch was über die Bedeutung und den Grund unserer Regel in den neuesten Untersuchungen gesagt worden ist, möchte noch manche Berichtigungen zulassen. Man wird daher die Mittheilung des gegenwärtigen Versuches billig entschuldigen, wenn er sich nicht durch den Inhalt selbst rechtfertigen sollte.

§. 1.

Die nach einem der Catonen benannte Regel für Vermächtnisse lautet nach Celsus in L. 1. D. de regula Catoniana folgendermaßen:

Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.

Sie erfordert demnach zur Gültigkeit des Legats, daß alle Verhältnisse schon zur Zeit der Errichtung des Testaments so beschaffen seien, daß der wirkliche Anfall des Legats augenblicklich mit Erfolg Statt haben könnte; der zufällige Umstand, daß die zu jener Zeit bestehenden Gründe der Ungültigkeit etwa noch vor dem Tode des Testators weggefallen sind, soll in der Regel das Legat nicht gültig machen.

Die Regel findet jedoch keine Anwendung auf solche Legate, deren Anfall ihrer besonderen Natur nach nicht wesentlich in dem Augenblick des Todes des Testators sich ereignet⁴: daher namentlich auch nicht auf

¹ S. Harmer de regula Caton. Heidelberg 1820. §. XI.

² Zuerst befanntlich von Schoemann, Handb. des Civilr. II. no. VIII., dann auch von Böhr im Mag. für Rechtsw. u. Gesetzg. III. S. 196 ff. Nachdem dagegen Garnier l. c. §. XIV—XVII. die ältere Ansicht vertheidigt und auch Roghert im Arch. f. civ. Praxis X. no. XIV. für dieselbe gesprochen hatte, ist wieder für Schoemann's Theorie als Verfechter aufgetreten Guyet: Abhandl. aus dem Gebiete des Civilr. Heidelberg 1829. no. V. Die letzte haben auch angenommen unter andern Thibaut, System §. 808. Schweppe, Röm. Privatr. Dritte Aufl. §. 882. Hugo, Röm. Rechtsgefch. 11. Aufl. S. 1003. 1126. Schilling, Bemerkungen über röm. Rechtsgefch. Leipzig 1829. S. 24. Anm. 33. — * Gleichzeitig mit dieser Abh. erschien ein Aufsatz von Müller im Arch. f. civ. Prag. XIV. 15.

³ Vgl. z. B. Mühlbruch, doctrina pandectarum edit. II. §. 575. und jetzt edit. III. §. 766. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. Vierte Aufl. B. V. §. 103. Schröter, observat. jur. civil. Jenae 1826. p. 105.

⁴ L. 3. D. h. t. (Papinian. lib. 15. quaestio.): Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Wegen dieser Stelle glaubte man früher, daß seit der lex Julia et Pap. Popp. die Catonische Regel keine Anwendung mehr gefunden habe, da nach jenem Gesetze der Anfall der Legate allgemein erst mit Eröffnung des Testaments eintreten sollte. Aber Garnier (not. l. cit.) hat gezeigt, daß hier der Aus-

bedingte Legate, deren Bedingung noch nach dem Tode des Testators eintreten kann⁵. Von diesen Legaten nämlich kann man, wenn auch im Zeitpunkt der Errichtung ein Hinderniß ihrer Gültigkeit vorliegen sollte, doch keineswegs behaupten, daß sie ungiltig sein würden, wenn der Testator gleich nach Errichtung des Testaments gestorben wäre; denn es bleibt auch nach dem Tode des Testators bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Legat ohnehin erst wirksam werden soll, noch ein freier Zeitraum übrig, in welchem sich die Verhältnisse zu Gunsten des Legats ändern können.

Man erklärt gewöhnlich⁶ durch diesen Satz von bedingten Legaten auch die Entscheidungen der Fälle in L. 1. §. 1. 2. D. h. t. Dieß ist aber unrichtig. Quae definitio, sagt Celsus in L. 1. pr., nachdem er die Catonianische Regel angegeben hat, in quibusdam falsa est; und fährt dann fort:

§. 1. Quid enim, si quis ita legauerit: *si post Calendas mortuus fuero, Titio dato? an cauillamur?* Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum, uerius est, quam inutiliter datum.

§. 2. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum uiuo testatore alienaueris*⁷: legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.

Celsus erklärt die Catonianische Regel in diesen Fällen für falsch, weil sie den Worten nach auf dieselben anwendbar wäre, dennoch aber diese Legate als gültig anerkannt werden müssen. Es sind nämlich diese Vermächtnisse durch zukünftige ungewisse Thatfachen bedingt, die aber vor dem Tode oder wenigstens durch den Tod des Testators entschieden sein müssen. Wenn nun der Testator gleich nach Errichtung des Testaments, da die fragliche Thatfache noch nicht eingetreten ist, stirbt, so sind jene Vermächtnisse ungiltig, weil ihre Bedingung deficiert. Nach

druck dies cedit in einer andern Bedeutung genommen werden muß, als in der erwähnten Bestimmung der lex Julia et Pap. Popp. Diese wollte nur, daß ante apertas tabulas die Legate nicht auf die Erben transmittirt würden, hob aber übrigens die Unterschiede zwischen den Legaten, welche nach dem Willen des Testators als gleich vom Tode desselben an erworben gelten sollten und denjenigen, denen ein späterer Termin des Anfalls entweder durch die Natur der Sache oder durch besondere Verfügung des Testators gesetzt war, keineswegs auf.

⁵ L. 4. D. h. t. (Ulpian. lib. 10. ad Sabin.); Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere. L. 41. §. 2. in fin. D. de legat. I.: ad conditionalia Catoniana non pertinet. Es versteht sich, daß auch in dieser Beziehung die legata in diem incertum den bedingten gleich stehen. L. 75. D. de cond. et dem.

⁶ So z. B. Donellus comment. de iure civil. lib. VIII. cap. 13. §. 4.; Harnier I. c. §. XXVI.

⁷ Daß die Stelle so interpungirt und der cursiv gedruckte Satz als im Testament ausgeprochene Bedingung aufgefaßt werden müsse, hat man längst eingesehen; das Fragment würde sonst mit andern Stellen direct im Widerspruch stehen. Vgl. Harnier I. c.

streng wörtlicher Auslegung unserer Regel (*si cauillamur*) müßten sie also überhaupt ungiltig sein und bleiben. Dieß würde aber dem Geiste dieser Regel und der Natur der Sache durchaus zuwider sein. Denn wenn anders bedingte Legate wegen eines Mangels zur Zeit der Testamenterrichtung nicht schlechthin ungiltig sind, weil auch im Fall des augenblicklichen Todes bis zum Anfall desselben noch eine Zeit bleibt, den Mangel zu heben; so kann gewiß noch weniger dasjenige Legat als ungiltig behandelt werden, bei dem der Testator durch die hinzugefügte Bedingung selbst noch auf eine Zeit bis zu seinem Tode hinweist, in welcher das die Wirksamkeit des Legats bedingende Ereigniß eintreten könne. Treffend, obgleich nach römischer Weise, um selbst dem Buchstaben sein Recht zu geben, etwas spitzfindig, sagt Celsus: wenn in dem angegebenen Falle der Testator gleich sterbe, so könne man eigentlich nicht sagen, das *legatum* sei *inutiliter datum*, sondern es sei gar nicht *datum*: weil nämlich das *sub conditione* gegebene Vermächtniß *deficiente conditione* gar nicht gegeben ist.

Aus gleichem Gesichtspunkte muß auch der Fall, der aus Paul. lib. 4. ad Plaut. in L. 2. D. h. t. angeführt wird, beurtheilt werden:

Sed et si sic legauerit: si filia mea Titio nupta erit, sufficere uisum est, si mortis tempore nupta inueniatur, licet testamenti facti tempore fuerit impubes.

Die Bedingung *si filia mea Titio nupta erit* wird so verstanden, daß die Tochter bei Lebzeiten des Vaters dem Titius verheirathet sei. Obgleich nun diese Bedingung im Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht einmal erfüllt sein könnte, weil die Tochter noch unmündig ist, also, wenn der Testator gleich stirbe, das Legat nothwendig wegfiel, so wird es doch nicht, nach wörtlicher, aber in der That unangemessener Anwendung der Catonianischen Regel, als ungiltig verworfen, sondern erwartet, ob zur Zeit des wirklichen Todes die gesetzte Bedingung erfüllt sei oder nicht. Ganz anders verhält es sich mit solchen Legaten, deren Bedingung auch nach dem Tode des Testators noch eintreten kann. Auf diese findet die Catonianische Regel schon ihren Worten nach keine Anwendung. In Beziehung auf sie konnte daher Celsus nicht sagen: *in quibusdam falsa definitio est*, sondern *Catoniana regula ad ea non pertinet*; die Regel betrifft solche Legate nicht⁸.

§. 2.

Fragen wir nach den verschiedenen möglichen Umständen, wegen deren ein Vermächtniß im Augenblick der Testamenterrichtung ungiltig

⁸ Sgl. Vinnius ad §. 10. Inst. de legat.

sein würde, so tritt uns zunächst der Fall entgegen, wenn die Parteien in jenem Zeitpunkte nicht testamenti factio hatten. Von dem Mangel der testamenti factio in der Person des Testators brauchen wir nicht besonders zu reden; denn dieser hat Ungiltigkeit nicht bloß des Legats, sondern des ganzen Testaments zur Folge; das Legat theilt also hier durchaus das Schicksal des Testaments, in welchem es gegeben war. Dagegen betrifft der Mangel der testamenti factio in der Person des Legatars nur das einzelne Legat, und gehört also eigentlich hieher. Daß nun das Legat wegen dieses Mangels durchaus und für immer ungiltig sei, ohne Rücksicht darauf, daß der Legatar bis zum Anfall des Legats testamenti factio erlangt haben kann, leidet keinen Zweifel, und es ist auch klar, daß man den Fall unter die Catonianische Regel subsumiren kann. In der That hat man immer diesen als einen der Hauptfälle, in welchem die Catonianische Regel zur Anwendung komme, angesehen; und auch die neuesten Untersuchungen über den Grund unserer Regel haben ihn vorzüglich im Auge. Ich halte dieß für unrichtig. Der alte Rechtsatz, daß der Legatar zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio haben müsse, war, wie ich glaube, von der Catoniana regula unabhängig. Wer nicht commercium mit römischen Bürgern hatte, der konnte bei der solennen Testamentserrichtung auf keine Weise bedacht werden, und ein solches Legat mußte nach der Strenge der Form schon von Anfang an nothwendig nichtig sein. Wir können auch davon nach dem Ausdruck des Celsus sagen: es war gar kein Legat, non datum, wie denn auch Gajus in seinen Institutionen unter dem Titel de inutiliter relictis legatis den Mangel der testamenti factio gar nicht mit erwähnt, die er in §. 285. stillschweigend als Erforderniß zur Giltigkeit des Legats voraussetzt. Für die Richtigkeit dieser Ansicht könnte man schon den Umstand als Argument anführen, daß nirgendwo, so wichtig für die Römer das Erforderniß der testamenti factio war, bei Gelegenheit desselben die Catonianische Regel erwähnt wird. Doch ist darauf weniger Gewicht zu legen, weil wir dieselbe überhaupt nur in wenigen Stellen ausdrücklich genannt finden. Bedeutender aber möchte Folgendes sein. Der Catonianischen Regel wird, wie wir gesehen haben, die Anwendbarkeit entschieden abgesprochen bei bedingten Legaten, und zwar keineswegs bloß dann, wenn die Bedingung gerade auf die Aufhebung des zur Zeit der ersten Testamentserrichtung bestehenden Hindernisses gerichtet ist, sondern bei allen, irgendwie bedingten Legaten. Will man nun die Ungiltigkeit des Legats wegen mangelnder testamenti factio bloß auf die Catonianische Regel gründen, so muß man also consequent

behaupten, daß bei bedingten Legaten testamenti factio des Legatars im Augenblick der Testamentserrichtung nicht erforderlich, und daß Legat gültig gewesen sei, wenn nur zur Zeit der Erfüllung der Bedingung jener Mangel gehoben wäre. Ja, da die Catonianische Regel, wie wir gesehen haben, überhaupt bei allen Legaten nicht gilt, deren dies non morte testatoris cedit, so müßte auch z. B. unbedingt das Legat eines Ususfructus an einen Peregrinen gültig gewesen sein, wenn nur derselbe vor der Antrittung der Erbschaft *Commercium* erlangt hätte. Diese Meinung, die freilich von Vielen unbedenklich behauptet wird⁹, ist aber dem römischen Sinne gewiß zuwider. Der Peregrinus konnte ja so wenig mit, als ohne Bedingung bei Geschäften römischer Bürger, zu denen *Commercium* erforderlich war, betheiligte sein. Die Unrichtigkeit jener Behauptung erhellt auch aus L. 59. §. 4. D. de heredibus instituendis:

Si heres institutus scribendi testamenti tempore cuius Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decesserit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit.

Es wird hier bei bedingter Erbeinsetzung gefordert, daß der eingesetzte Erbe zur Zeit der Testamentserrichtung, und zur Zeit des Eintritts der Bedingung römischer Bürger sei; dann wird hinzugesetzt: *Item et in legatis et in honorum possessionibus*. Man könnte zwar einwenden: in unserer Stelle werde nur gesagt, daß Verlust des Bürgerrechts nach der Testamentserrichtung nicht Ungültigkeit des Legats zur Folge habe, wenn nur im Augenblick des Eintritts der Bedingung wieder testamenti factio des Legatars vorhanden sei. Allein es wäre unnöthig, das auch nur zu bemerken, wenn bei bedingten Legaten auf den Status des Legatars zur Zeit der Testamentserrichtung überhaupt gar nichts ankäme. Zudem ist es bei der Erbeinsetzung gewiß, daß testamenti factio des eingesetzten Erben in jenem Zeitpunkte nothwendig ist, zur Gültigkeit derselben, *ut constiterit institutio*; so wie zur Zeit des Anfalls der Erbschaft da sein muß, *ut effectum habeat*¹⁰. Diese Regel gilt auch ohne Zweifel bei der *honorum possessio secundum tabulas*¹¹. Es wäre

⁹ Z. B. Thibaut, System §. 796. nro. III. Wening-Zugneheim, B. V. §. 8. Note x. Vgl. jedoch Mühlenbruch, doctrina edit. III. §. 724. Note 3. 4. und Schröter, observat. p. 407. Nirgendwo sagen unsere Quellen direct, daß bei bedingten Legaten der Legatar nicht von Anfang an testamenti factio zu haben brauche. Die Stellen, welche ich dafür angeführt finde, sind entweder ganz unpassend, oder beweisen wenigstens nur unter der Voraussetzung, daß die Frage über testamenti factio des Legatars durchaus unter der Catoniana regula stehe, was eben noch zu bezweifeln ist. S. dagegen Gai. II. 218.

¹⁰ L. 49. §. 1. D. de hered. instituend.

¹¹ An Ungültigkeit wegen mangelnder testamenti factio des Erben darf man denken bei L. 6. D. de bon. poss. secund. tab.

also sehr unpassend, daß mit diesen die Legate ohneweiters zusammengestellt werden, wenn doch bei den letzten die Sache sich übrigens wesentlich anders verhielte. Wir gehen aber noch weiter, und behaupten, daß auch unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit das Legat bei mangelnder testamenti factio nicht giltig sei. Bei den Meisten¹² zwar findet man die gegentheilige Behauptung, welche vorzüglich auf L. 62. D. de hered. instit. gestützt wird.

In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est: veluti *Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto*. Idem et in legato.

Allein diese Stelle bezieht sich, wie schon Andere¹³ eingesehen haben, nur auf die Capacität, nicht auf testamenti factio. Der Unterschied beider bestand — man kann jetzt sagen, bekanntlich¹⁴ — darin, daß der Incapax, wie der Latinus nach der lex Junia Norbana, der Coelebs nach der lex Julia et Papia Poppaea, allerdings giltig im Testament eingesetzt oder mit Legaten bedacht werden, und nur das Gegebene nicht erlangen konnte, wenn er in derselben Lage blieb; während dagegen der, welchem testamenti factio fehlte, gar nicht giltig zum Erben eingesetzt werden konnte, so daß er, wenn auch zur Zeit der Delation successionsfähig, doch durch jene Erbeinsetzung nicht Erbe werden konnte¹⁵. Zur Beseitigung des Hindernisses der Capacität gestatten selbst die Gesetze nach der Delation noch den bestimmten Zeitraum von 100 Tagen, in welchem der Honorirte durch Erlangung der Capacität das Legat erhalten könne¹⁶. Unsere Stelle nun beantwortet die Frage, ob man auch diese

¹² J. B. Donell l. c. §. 8. Thibaut und Bening-Jungenheim II. cc.

¹³ Schon Cujacius weist auf diese Erklärung hin. S. dessen opp. postum. edit. Fabroti. Tom. I. col. 399. Bestimmter findet sie sich bei Vinnius ad §. 9. J. de hered. instit. Voet ad Pandectas, Tit. de hered. instit. §. 22. Müller, Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Sieben 1827. S. 86. Haffe im Rhein. Mus. III. S. 413. Not. 28.

¹⁴ Müller und Haffe a. a. D.

¹⁵ Ulpian. XX 8: Latinus Junianus et familiae emptor et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est; und XXII. 3.: Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore uel intra diem cretionis eius Romanus sit, heres esse potest: quodsi Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur. Vgl. L. 52. D. de legat. II. (Terent. Clemens lib. 3. ad leg. Jul. et Pap. Popp.): Non oportet prius de conditione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumue ad eum pertineat. Siehe noch Ulp. XVII. 2., vgl. mit L. 49. §. 4. L. 59. §. 4. D. de hered. instit. So wurde auch zur Giltigkeit der Erbeinsetzung eines fremden Sklaven und eben so zur Giltigkeit des einem solchen vermachten Legats unbedingt testamenti factio seines Herrn im Augenblick der Testamentserrichtung vorausgesetzt. L. 5. D. de seruit. legata. L. 82. §. 2. D. de legat. II. Aber die Erbeinsetzung des Sklaven eines Incapax war so wenig ungiltig, daß vielmehr, selbst wenn zur Zeit der Delation der Herr noch incapax war, der vor Antretung der Erbschaft freigelassene oder veräußerte Sklave noch für sich selbst oder seinen neuen Herrn die Erbschaft erwerben konnte, wenn nur die Freilassung oder Veräußerung nicht in fraudem legis geschehen war. L. 82. D. de acquir. uel om. hered.

¹⁶ Ulpian. XVII. 2. Fragm. de jure fisci §. 3. Schon aus diesem Grunde konnte man sagen, wie es in L. ult. D. de rog. Cat. heißt: Regula Catoniana ad nouas leges non pertinet: was keines-

vom Gesetz gegebene Frist nach Belieben weiter ausdehnen und Jemanden geradezu auf die Zeit zum Erben einsetzen oder ein Legat ertheilen könne, wenn er dereinst *capax* sein werde, wobei aber vorausgesetzt wird, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung *testamenti factio* habe¹⁷. Wenn also das Legat an einen *Peregrinus* selbst unter der ausdrücklichen Bedingung, daß er künftig *testamenti factio* erlange, nicht gültig war, so ist es gewiß unrichtig, wenn man die Ungültigkeit des Legats wegen anfänglichen Mangels der *testamenti factio* in der Person des Legatars als einen der Hauptfälle, in welchem die *Catonianische* Regel sich wirksam zeige, aufzählt; indem gerade eine Hauptbeschränkung, welche für diese Regel unbedingt aufgestellt wird, in jenem Falle nicht stattfindet.

Eine gleiche Bewandniß scheint es mir mit dem andern Falle zu haben, den man als den zweiten Hauptfall der *Catonianischen* Regel anzuführen pflegt; wenn die legirte Sache zur Zeit der Testamentserrichtung nicht in *commercio* ist. Unter *res extra commercium* verstehe ich hier nur diejenigen, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach sich gar nicht im Eigenthum eines Privatmannes befinden können, wie die *res diuini iuris*, die *res communes omnium* und die *res publicae* im engsten Sinne, ebenso freie Menschen; nicht auch diejenigen Sachen, für welche nur eine Beschränkung im rechtlichen Verkehr, z. B. Verbot der Veräußerung, durch Gesetze bestimmt ist. Das Legat solcher Sachen nun, welche in diesem strengen Sinne *extra commercium* waren, war durchaus nichtig¹⁸. Diese Sachen konnten auch eben so wenig unter einer Bedingung, als *pure*, gültig legirt werden, und selbst auch unter der ausdrücklichen Bedingung, wenn sie künftig in *commercio* sein sollten, ist das Legat derselben ungültig. Denn man wird in dieser Beziehung von Legaten gewiß mit Recht dasselbe behaupten, was von Rechtsgeschäften unter Lebenden ausdrücklich gesagt wird¹⁹. Von dem *legatum per uindicationem* scheint sich dieses schon aus dem Grunde zu verstehen, weil dasselbe voraussetzt, daß die Sache sich zur Zeit der Testamentserrichtung im *quiritischen* Eigenthum des Testators befinde²⁰. Aber

wegs, wie man früher wollte, verstanden werden kann: „Nach den neuen Gesetzen findet die Regel überhaupt keine Anwendung mehr“, sondern: „sie findet keine Anwendung in Betreff der durch diese Gesetze eingeführten besondern Ungültigkeitsgründe der Legate“. Vgl. Anm. 1. u. 4.

¹⁷ Auf dieselbe Frage bezieht sich auch L. 51. pr. D. de legat. II., welche schon durch die *Inscription*: *Terent. Clemens ad leg. Jul. et Pap. Popp. ihre besondere Beziehung bestimmt andeutet.*

¹⁸ L. 39. §. 9. D. de legat. I. *Campum Martium aut forum Romanum uel aedem sacram legari non posse constat.* Vgl. §. 4. J. de legat.

¹⁹ L. 83. §. 5. D. de V. O. *ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: illum, cum seruus esse coeperit, dare spondes? item: eum locum, cum ex sacro religioso uel profanus esse coeperit dari?* Vgl. §. 2. J. de inutil. stipulat. L. 137. §. 6. de V. O.

²⁰ *Ulpian. XXIV. 7.* Vgl. jedoch unten §. 4.

auch bei dem *legatum per damnationem* sind die aufgestellten Behauptungen aus den angegebenen Gründen sicher²¹. Wenn also auch das bedingte Legat einer absolut dem *Commercium* entzogenen Sache in keinem Falle giltig wird, die Catonianische Regel aber bei bedingten Legaten nicht anwendbar sein soll, so scheint mit Recht behauptet zu werden, daß die absolute Ungiltigkeit jener Legate überhaupt nicht aus dem Princip des Cato abzuleiten ist. Auch kann es gar nicht auffallen, daß man eine testamentarische Verfügung, z. B. über den *campus Martius* u. dgl., schon an sich von Anfang an als in ihrem Reime nichtig behandelte, ohne daß man dabei erst nach dem möglichen Erfolge, falls der Testator gleich stirbe, fragte.

§. 3.

Demnach müssen wir also die Catonianische Regel hauptsächlich auf solche Legate beziehen, welche nicht wegen eines Mangels der allgemein nothwendigen Voraussetzungen, wie wegen Unfähigkeit der Person oder der Sache, absolut ungiltig sind, sondern nur wegen anderer zufälliger Umstände keinen Erfolg haben würden, wenn der Testator gleich im Augenblick der Errichtung des Testaments stirbe; und wirklich wird nur in Beziehung auf Fälle dieser Art unserer Regel ausdrücklich erwähnt²². Wir wollen die einzelnen Beispiele, die wir in den Quellen finden, durchgehen.

Eine Frage, welcher wir besonders häufig begegnen, welche auch vorzüglich geeignet ist, die Catonianische Regel zu erläutern, ist diese: ob demjenigen, der sich in *potestate, manu* oder *mancipio* eines eingesezten Erben befindet, und umgekehrt, ob demjenigen, dessen Gewalt der eingesezte Erbe unterworfen ist, aus dem Erbtheil dieses Erben giltig legirt werde? Das Letzte war unbedingt zulässig. Denn, wenn auch der Testator gleich nach der Errichtung des Testamentes starb, so konnte deßhalb doch das Legat immer noch Erfolg haben, wenn vor Antretung der Erbschaft der Sohn emancipirt, oder der Sklave freigelassen oder veräußert, ebenso, wenn *Manus* oder *Mancipium* aufgelöst wurde; indem alsdann der eingesezte Erbe für sich selbst, oder seinen neuen Herrn die Erbschaft erwarb und nun von ihm der Vater oder frühere Herr das Legat erhalten konnte. Freilich, wenn der Vater

²¹ Ulpian. l. c. §. 9.

²² Demnach wäre also der Ausspruch von Müller l. c. S. 89., daß sich die *Catoniana regula* „auf die Bedingungen der giltigen Errichtung eines letzten Willens, nicht aber auf jene des Erwerbs aus einem letzten Willen beziehe“ nicht ganz zu billigen. Es ist gerade die Frage: könnte das Legat Erfolg haben, wenn der Testator jetzt stirbe? Dabei wird aber vorausgesetzt, daß die allgemeinen Bedingungen der giltigen Errichtung eines letzten Willens erfüllt sind.

durch den Sohn, oder der Herr durch den Sklaven u. s. w. selbst Erbe wurde, so mußte das Legat wegfallen: *euanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis*. So entscheidet Gaius II. §. 245., und es muß darnach in Ulpiani fragm. tit. XXIV. §. 24.:

Ei, cuius in potestate manu mancipio est heres scriptus, legari non potest,

die Negation gewiß gestrichen werden, wie schon Cujacius²³ behauptet und Schulting gebilligt hat. In den Justinianischen Institutionen²⁴ wird nur noch der Sklave, nicht wie bei Gaius, auch der *Filiusfamilias* erwähnt: mit Recht, weil dieser nach Justinian's Constitutionen selber Erbe wird, weshalb es gar keinen Zweifel leidet, daß dem Vater, in dessen Gewalt er sich befindet, aus seinem Erbtheil ein Legat gegeben werden kann. In den Pandekten sind dagegen noch mehrere hieher gehörige Stellen stehen geblieben, die sich auf den *Filiusfamilias* beziehen. So

L. 17. in fine D. quando dies legat. (Julianus lib. 36. Dig.)

— — si filio herede instituto patri legatum esset. Quod consistere intelligitur: eo quod, quamvis statim paterfamilias moriatur, potest emancipatus adire hereditatem, ut patri legatum debeat.

Eine weitere Anwendung dieses Satzes enthält L. 91. pr. D. de legat. I. (Julian. lib. 36. Digestor.), wo nämlich nach demselben Grundsatz die Frage beantwortet wird, ob einem Sohne oder Bruder des eingesetzten *Filiusfamilias* giltig legirt werde:

Quaesitum est, si filiusfamilias, qui filium habebat, heres institutus fuisset, cum esset uterque in potestate aliena, an ab eo filio eius legari possit. Respondi: Cum possit a filio patri legari, consequens est, ut uel fratri ipsius uel filio, uel etiam seruo patris sui legetur.

Diese Entscheidung war dem älteren Recht vollkommen entsprechend; denn obgleich, wenn die bestehenden Verhältnisse bis zur Antretung blieben, das Legat zerfallen mußte, weil Erbschaft durch den Sohn und Legat durch den Enkel oder andern Sohn auf dieselbe Person kam, den Vater nämlich, der die Gewalt über beide hatte, so konnte doch auch hier im Fall augenblicklichen Todes des Testators noch durch Emancipation des eingesetzten Erben das Legat und die Erbschaft getrennt werden. Nach dem Justinianischen Rechte ist aber zu diesen Erörterungen gar keine

²³ Obseruatt. lib. VI. cap. 37.

²⁴ §. 33. J. de legat.

Veranlassung mehr, da ja das dem Sohne oder Bruder des eingefetzten *Filiusfamilias* verliehene Legat, mögen sie auch noch alle in der Gewalt des Vaters sein, immer, eben so gut wie jenem die Erbschaft, ihnen selbst, nicht mehr dem Vater erworben wird. Die angeführten Stellen enthalten indessen im Resultat für das Justinianische Recht keinen Widerspruch; sie sind nur nach diesem unpassend in ihren Entscheidungsgründen. Bedenklicher ist eine andere Stelle:

A filio herede etiam pure patri legari potest: nec interest, an die cedente legati in patris potestate sit. L. 25. D. de legat. I. (Paul. lib. III. ad Sabin.)

Dies ist richtig. Denn eben deshalb ist das Legat gültig, weil, wenn auch in dem Augenblick der Testamentserrichtung, da das Gewaltverhältniß noch besteht, dies *legati cedente*, d. h. wenn der Testator gleich stirbe, die Erwerber der Erbschaft und des Legats doch noch verschiedene Personen sein könnten; es kann also auch nichts darauf ankommen, ob zur Zeit des später erfolgenden Todes die Gewalt des Vaters noch besteht, wenn sie nur vor Antretung der Erbschaft aufgelöst ist. Die Stelle sagt weiter:

Igitur et si iussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam.

Wenn der Sohn auf Befehl des Vaters die Erbschaft antrat, so war das Legat ungültig, als wäre es dem Erben aus seinem eigenen Erbtheil gegeben; der Vater mußte also auch dasselbe in die quarta Falcidia einrechnen, obgleich sonst nicht eingerechnet wird, was der Erbe *titulo singulari* erhält²⁵. Man könnte nur etwa den Ausdruck tadeln, da das Legat ungültig ist, also nicht von Einrechnung desselben die Rede sein kann; indessen kann auch dieser in der ursprünglichen Verbindung des Satzes gerechtfertigt werden, wenn man bedenkt, daß das Legat doch noch die *cedente* gültig war, und nur durch die nachherige Erwerbung der Erbschaft durch den Legatar seine Bedeutung verlor. Aber für das Justinianische Recht scheint er eine ganz verkehrte Bestimmung zu enthalten. Denn nach diesem erwirbt der Sohn, indem er auf Befehl des Vaters die Erbschaft antritt, diese sich selbst, nicht dem Vater; es scheint also völlig unpassend, daß dem Sohn das dem Vater gegebene Legat in die Falcidia eingerechnet werden soll. Offenbar haben die Compileren hier ein Versehen begangen. Nur wenn nach L. 8. Cod. de bon. quae liberis der Vater die dem Sohn *deferirte*, von diesem aber *abgelehnte*, Erbschaft auf eigene Gefahr und für sich antritt, muß das ihm gegebene

²⁵ L. 74. 76. 86. 91. D. ad leg. Falcid.

Legat in die Falcidia eingerechnet werden, und nur auf diesen Fall allein kann man L. 25. cit. noch beziehen, obgleich die Worte *si iussu patris adita sit hereditas* ihn eben nicht gut bezeichnen.

Wir haben jetzt von dem Falle gesprochen, wenn demjenigen, dessen Gewalt der eingesetzte Erbe unterworfen ist, ein Legat gegeben ist, und gefunden, daß ihn die Catonianische Regel nicht treffe. Anders verhält es sich mit dem umgekehrten Falle, wenn dem, der sich zur Zeit der Testamentserrichtung in der Gewalt des eingesetzten Erben befindet, ein Legat hinterlassen worden ist. Nach Gai. II. 244. hatte Servius behauptet, daß auch ein solches Legat an sich immer gültig, und nur ohne Erfolg sei (*euanescere legatum*): *si quo tempore dies legati cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque siue pure legatum sit, et uiuo testatore in potestate heredis esse desierit, siue sub conditione, et ante conditionem id acciderit, deberi legatum.* Ueber die Zeit, da dies legati cedit, konnte er auf keinen Fall hinausgehen. Nicht bis zur Antretung der Erbschaft, wie im vorigen Falle; denn sobald dies legati cedit, ist dasselbe sogleich demjenigen erworben, in dessen Gewalt sich der Legatar befindet; dieser ist aber hier derjenige, welcher allein durch Antretung die Erbschaft erwerben kann, der also sich selbst das Legat zahlen mußte. Die Meinung des Servius nahm aber keine Rücksicht auf das Verhältniß zur Zeit der Errichtung des Legats; sie setzte sich also über die Catonianische Regel hinweg; deßhalb wurde sie auch von den späteren Juristen verworfen. Die Sabinianer behaupteten, unter einer Bedingung zwar sei ein solches Legat gültig; unbedingt aber sei es ungültig:

Sabinus et Cassius sub conditione recte legari, pure non recte putant: licet enim uiuo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intelligi oportere, quia quod nullas uires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere, quia uitam longius traxerit, absurdum esset.

Hier haben wir ganz die Catonianische Regel. Es ist kein absoluter Mangel in den Erfordernissen des vorhandenen Legats, da dem Haussohne und Sklaven an sich gültig legirt werden kann. Aber wegen des jetzigen Verhältnisses desselben zu dem eingesetzten Erben könnte, wenn der Testator augenblicklich stürbe, das Legat keinen Erfolg haben, so wenig, wie das dem Erben selbst verliehene Legat. Obgleich nun dieses Verhältniß noch bei Lebzeiten des Testators, also bevor wirklich dies legati cedit, sich ändern könnte, so muß doch das Legat nach jener

Regel ungiltig sein. Ist das Legat bedingt, so findet die Regel keine Anwendung; weil man dann nicht sagen kann, daß dasselbe bei gleich erfolgendem Tode des Testators nullas vires habe. Nur wenn existente conditione die Gewalt des Erben noch besteht, ist es nothwendig erfolglos. Die Proculianer aber waren noch strenger. Sie sagten, auch bedingt sei ein solches Legat nicht giltig: quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus. Obgleich gewöhnlich bei bedingten Legaten die Catonianische Regel nicht anwendbar ist, so behaupten sie dennoch in unserm Falle nach strenger Beurtheilung desselben die Ungiltigkeit des Legats. Denn stirbe der Testator gleich, so argumentirten sie, so müßte man annehmen, daß der Herr oder Vater als eingesehter Erbe dem Untergebenen unter einer Bedingung das Vermächte schuldig sei: man könne aber den seiner Gewalt untergebenen Personen auch nicht bedingt verpflichtet sein; also wäre in jedem Falle, wenn der Testator gleich stirbe, das Legat unwirksam, und müsse dann nach der Catonianischen Regel überhaupt ungiltig sein. Nach ihrer Meinung fand also hier der Natur des Falles nach die sonst geltende Beschränkung der Catonianischen Regel nicht Statt. Die mildere Meinung der Sabinianer verdient aber wohl den Vorzug. Denn das von den Proculianern angezogene Argument paßt vorerst nicht auf das *legatum per vindicationem*, welches ursprünglich kein *debere* des Erben, sondern direkten Uebergang des legitirten Rechts begründet. Dieser Uebergang tritt nun immer erst die *legata cedente*, d. i. bei bedingten Legaten *conditione existente* ein, und es kommt also nur darauf an, ob er in diesem Zeitpunkte nach den Verhältnissen Erfolg haben kann. Aber auch von dem *legatum per damnationem*, welches zunächst nur eine Forderung gegen den Erben gab, konnte man nicht sagen, daß dadurch ein *debere sub conditione* begründet werde, wie durch eine bedingte *stipulatio*. Wäre dieß der Fall, so müßte die bedingte Forderung auch auf die Erben des Creditors übergehen, wenn dieser vor Eintritt der Bedingung stirbt; was bekanntlich nicht geschieht. Mit Recht also sahen die Sabinianer nur darauf, ob *conditione existente* die Entstehung der *Obligatio* möglich war, und behaupteten, da dieser Zeitpunkt über den Tod des Testators hinausführen kann, daß das Legat bei augenblicklich erfolgendem Tode nicht nothwendig erfolglos, und also nicht nach der Catonianischen Regel ungiltig sei. Ihre Meinung hat dann auch in der Folge, wie es scheint, das Uebergemicht behalten, wie man vermuthen darf nach Ulpian. tit. XXIV. §. 23:

Ei, qui in potestate, manu, mancipiove est scripti heredis,

sub conditione legari potest: ut requiratur, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit; und sie ist in die Justinianischen Institutionen²⁶ ohne Berührung des betreffenden Schulenstreites aufgenommen. Diese erwähnen jedoch auch hier wieder nur des Sklaven, weil der Filiusfamilias nach Justinianischem Recht selbst das Legat erwarb, also bei ihm die Veranlassung zu dieser Frage ganz wegfiel.

Aus demselben Grunde, aus welchem der Testator nicht pure dem Sklaven des eingesetzten Erben etwas vermachen konnte, war auch das Legat, welches er seinem eigenen Sklaven unbedingt hinterließ, nach der Catonianischen Regel ungiltig. — Denn starb der Testator in demselben Augenblicke, so wäre das Legat durch den Sklaven sogleich der Hereditas, und durch diese dem spätern Erben erworben, also auf jeden Fall in eisdem personam et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret²⁷; selbst wenn auch etwa der Sklave nach dem Tode des Testators vor Antretung der Erbschaft zur Belohnung ohne Mitwirken des Herrn, oder weil er Statuliber war und die Bedingung seiner Freiheit eintrat, die Freiheit erlangt haben sollte²⁸. Daher konnte auch einem gemeinschaftlichen Sklaven nicht pure legirt werden, wenn der Miteigenthümer allein zum Erben eingesetzt war; unter einer Bedingung war es möglich²⁹. War aber dem Sklaven im Testamente zugleich die Freiheit vermacht, so konnte ihm auch unbedingt giltig legirt werden. Zwar erlangt er die Freiheit erst adita hereditate³⁰, und da nun dies legati morte testatoris cedit, so könnte man glauben, daß auch das Legat nichtig sei, weil es bei gleich erfolgendem Tode des Testators erst dem Sklaven als solchem, und durch ihn der Hereditas erworben wurde; und nur necessario herede instituto müßte es giltig sein. Allein hier war nichts natürlicher, als daß man auch den Anfall eines solchen Legats wie den Eintritt der Freiheit auf den Zeitpunkt der Erbantretung verschob³¹. Daher konnte die Catonianische Regel dann hier nicht mehr Anwendung finden, quia non a morte testatoris dies legati cedit. Selbst wenn die Freiheit unter einer Bedingung, das Legat unbedingt

²⁶ §. 32. J. de legat.

²⁷ L. 17. D. quando dies legat.

²⁸ Vgl. L. 90. D. de hered. instit. L. 4. Cod. de legat. 6. 37.

²⁹ L. 89. D. de hered. instit. Si socius heres institutus sit ex asse et seruo communi legetur pure sine libertate, legatum non constitit. Plane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur: quoniam et proprio seruo ab herede recte sub conditione legatur. Die Worte sine libertate sind interpolirt. Vgl. §. 4. J. de donat.

³⁰ L. 23. §. 1. L. 25. D. de manumissis testamento.

³¹ L. 7. §. 6. L. 8. D. quando dies legat.

vermacht worden, war dieses doch nicht nothwendig ungiltig; wofern es nur möglich war, daß die Bedingung der Freiheit vor Antretung der Erbschaft noch nach dem Tode des Testators erfüllt wurde.

L. 86. D. de condit. et dem. (Maecianus lib. III. fideicommissorum.)

Cum uero libertas sub conditione, legatum autem praesenti die datum est: in hoc quaestio est, an constiterit legatum? etenim nec Catonianae sententiae locum in proposito esse, quia, etsi statim decessisset testator, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset conditio libertatis ante aditam hereditatem impleri et legatum manumisso deberi.

Nur wenn ein necessarius heres eingesetzt war, würde in diesem Falle das Legat bei gleich erfolgendem Tode unwirksam sein, weil dann dies legati a morte testatoris cedit, also zu einer Zeit, da pendente conditione libertatis der Legatar noch Sklave des Erben ist; daher setzt Maecian hinzu: nisi forte necessarius heres exstitisset: tunc enim omnimodo inutile erit legatum iure ipso, quia sub conditione acceperit legatum.

Auch wenn ein Sklave einem Andern vermacht, und nun diesem selben Sklaven auch ein Legat hinterlassen war, nahm man an, daß der Anfall dieses letzten dem Sklaven hinterlassenen Legats erst adita hereditate eintrete.

Iulianus lib. 36. Digestor. (L. 17. D. quando dies legat.)

Cum legato seruo aliquid legatur, dies eius legati, quod seruo datur, non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit.

Der Grund dieser Ausnahme war ein ganz ähnlicher, wie im vorigen Falle. Wenn der Sklave per uindicationem legirt war, so erwarb der Legatar das Eigenthum dieses Sklaven erst durch Antretung der Erbschaft³². Bis zu dieser aber müssen wenigstens die Sabinianer consequent angenommen haben, daß er seruus hereditatis sei³³. Wenn nun der Anfall des diesem Sklaven hinterlassenen Legats im Augenblick des Todes stattfindet, so würde dasselbe der Erbschaft selbst immer zufallen, also nichtig sein. Da aber der Testator, indem er dem legirten Sklaven etwas vermachte, offenbar den Uebergang des Sklaven auf den Legatar im Auge gehabt hat, so war es hier ebenso natürlich, wie oben beim Freigelassenen, allgemein anzunehmen, daß dies legati erst adita hereditate eintrete. Ideo, fährt Julian fort, impedimento non est regula

³² Gai. II. §. 195.

³³ Nach Gai. II. §. 200.

iuris, quominus manumisso legatum debeatur; quia etsi confestim paterfamilias moreretur, non in eiusdem personam emolumentum legati et obligatio iuris concurreret. Julian sagt: da jenes Legat zu denen gehört, deren dies adita hereditate cedit, so steht die bekannte regula iuris, nämlich eben die Catonianische Regel, nicht entgegen, daß dem Sklaven, wenn er nach der Testamentserrichtung bis zur Antretung der Erbschaft freigelassen wird, selbst das Legat entrichtet werden muß. Denn wenn auch der Testator gleich stirbe, so würde doch nicht der Fall eintreten, daß dieselbe Person durch den Sklaven das Legat erhielte, aus deren Erbschaft dasselbe zu entrichten ist, sondern dieses würde vielmehr dem Legatar des Sklaven zufallen³⁴. Das Legat ist also gültig, und wird nun den Erfolg haben, den alle Vermächtnisse an Sklaven haben können.

War der Sklave unter einer Bedingung vermacht, demselben aber pure ein Legat gegeben worden, so trat hier dieselbe Modification ein, die oben bei dem freigelassenen Sklaven angegeben ist. Die Catonianische Regel konnte auch hier das Legat noch nicht ungültig machen, wenn es möglich war, daß die Bedingung noch nach dem Tode des Testators vor Antretung der Erbschaft erfüllt wurde; und nur, wenn der eingesetzte Erbe necessarius heres war, fand sie Anwendung. Denn alsdann trat dies legati jedenfalls sogleich morte testatoris ein, und wenn also der Testator sogleich gestorben wäre, so würde nicht der Legatar des Sklaven, sondern der Erbe, der conditione pendente Eigenthümer desselben bleibt, das Legat erhalten; dieses also nichtig sein. Mit Beziehung darauf ist L. 13. D. de optione legata zu erklären:

si optio serui data mihi fuerit et Stichus aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est, Stichum, reciderit: ut quasi pure legato utiliter sit legatum.

Die optio serui legata ist anzusehen als ein bedingtes Legat jedes Einzelnen von den Sklaven, unter denen man wählen kann; bedingt nämlich durch die eigene Wahl des Legatars, welche aber erst nach Antretung der Erbschaft gültig vorgenommen werden kann. So lange also mehrere Sklaven da sind, unter denen gewählt werden soll, kann das Legat eines jeden einzelnen dieser Sklaven erst post aditam hereditatem ein unbedingtes werden; und das Legat, welches einem derselben hinterlassen ist, muß ungültig sein, weil dies eius adita hereditate, also vor dem bedingten Legat des Sklaven, cedit. Wäre also hier kein

³⁴ L. 69. pr. D. de legat. I.

anderer Fall denkbar, wie die Bedingung wegfallen kann, so müßte das Legat nach der Catoniana überhaupt ungiltig sein. Allein es ist möglich, daß alle Wahl überflüssig wird. Wenn die Familia des Testators sich bis auf einen vermindert, dann ist dieser eine von da an pure legirt; und wenn er also gerade der ist, welchem etwas vermacht worden war, so kann demnach das Legat Erfolg haben. Diese Verminderung der Familia bis auf einen einzigen kann aber nun immer auch nach dem Tode noch bis zur Antretung der Erbschaft sich ereignen; daher sagt Paulus weiter: *nec aduersatur Catoniana, si uoluntarius heres institutus sit; quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui. Quodsi necessarius heres, fährt er aber fort, institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.* — Denn alsdann fällt der Tod des Testators, und Antretung (Erwerbung) der Erbschaft in einem Punkte zusammen, und es kann also nicht mehr nach dem Tode vor Antretung der Erbschaft das zur Giltigkeit des zweiten Legats oben vorausgesetzte Ereigniß eintreten. Justinian hat in L. 3. pr. Cod. commun. de legat. und §. 23. I. de legat. die frühere Eigenthümlichkeit des legatum optionis aufgehoben, und bestimmt, daß dasselbe nicht mehr durch die eigene Wahl des Legatars bedingt sein, sondern auch vor Antretung der Erbschaft auf die Erben desselben mit gleichem Wahlrecht transmittirt werden sollte. Demnach könnte man nun glauben, und es scheint auch Harnier's³⁵ Meinung zu sein, daß L. 13. pr. cit. mit dem Justinianischen Rechte nicht harmonire, daß namentlich der letzte Zusatz nach diesem eine Unrichtigkeit enthalte, weil nun immer dies *legatae optionis morte testatoris cedit*, also dieß Legat früher oder wenigstens zu gleicher Zeit mit dem Legat, welches dem Eklaven hinterlassen ist, anfällt. Allein der Grund der Entscheidung unseres Fragments liegt nicht darin, daß das legirte Wahlrecht von dem Legatar selbst ausgeübt werden mußte, und nicht auf dessen Erben transmittirt wurde; sondern darin, daß die wirkliche Wahl unter den Eklaven erst nach Antretung der Erbschaft vorgenommen, also erst dann entschieden werden konnte, ob der einzelne Eklave, dem etwas hinterlassen war, einem Andern, als dem Erben zufiel. Dieß ist aber im Justinianischen Recht ebenso geblieben, und nur das geändert worden, daß nun die *optio legata* schon früher auf die Erben des Legatars transmittirt wird.

Von den bis jetzt angeführten Anwendungen der Catonianischen Regel waren einige, nämlich diejenigen, welche die in patria potestate, manu oder mancipio befindlichen Personen betreffen, schon im Justinia-

sehen Rechte weggefallen; die übrigen auf die Sklaven sich beziehenden sind für unser gemeines Recht ebenfalls unbedeutend geworden. Ein anderer auch für dieses noch wichtiger Fall aber, der hieher gehört, ist das Legat einer eigenen Sache des Legatars. Per vindicationem konnte Jemanden seine eigene Sache schon aus dem Grunde nicht giltig legirt werden, weil sie nicht, wie das bei jeder speciell bezeichneten Sache zur Giltigkeit eines solchen Legats erfordert wurde, zur Zeit der Testamentserrichtung im quiritischen Eigenthum des Testators war: und auch an sich vertretbare Sachen, sobald bestimmte, jetzt im Eigenthume des Legatars befindliche als Gegenstand des Legats angegeben waren, mußten hier als specielle corpora betrachtet werden, bei denen dieselbe Regel galt. Es fragt sich also nur, ob das legatum per damnationem, oder nach dem Neronianischen Senatsbeschlusse auch das Legatum, welches der Form nach ein Vindicationslegat war, als Damnationslegat giltig sein konnte, wenn der Gegenstand des Legats eine im Augenblick der Testamentserrichtung dem Legatar eigene Sache war?

Dies war nun ebenfalls bloß nach der Catoniana regula nicht der Fall. Denn starb der Testator gleich nach Errichtung des Legats, so war dieß Legat ohne Erfolg, weil Niemanden seine eigene Sache noch gegeben werden, Niemand also eine Forderung gegen einen Andern haben kann, daß ihm diese Sache gegeben werde³⁶. Unter einer Bedingung dagegen ist ein solches Legat giltig, und zwar nach dem, was oben (§. 1.) über den Umfang der Catonianischen Regel gesagt worden ist, keineswegs bloß, wie viele meinen³⁷, unter der Bedingung *si rem alienauerit*, sondern unter jeder andern. Denn, mag auch der Testator gleich sterben, so ist es doch immer möglich, daß noch vor Eintritt der Bedingung, d. i. vor dem dies legati, ein Anderer die Sache erworben hat, also kann dieselbe dem Legatar alsdann gegeben werden, und somit das Legat Erfolg haben.

Diese Sätze von dem Legat einer dem Legatar selbst gehörenden Sache werden in L. 41. §. 2. D. de legat. I. in Verbindung mit einem andern Anwendungsfall der Catonianischen Regel und zu dessen Erläute-

³⁶ §. 10. I. de legatis: Sed si rem legatarii quis ei legauerit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest, et licet alienauerit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio eius.

³⁷ So Thibaut, *System* §. 993.: „Die eigenen Sachen des Legatars können demselben nur bedingt auf den Fall der künftigen Veräußerung derselben vermacht werden. Ist das Legat unbedingt, so ist es auf immer ungiltig“. Dabei wird auf §. 10. I. de legat. und L. 4. §. 2. de regula Caton. verwiesen. Eben so Mühlenbruch, *doctrina pandectarum* edit. III. §. 732. ... plerumque inutile est legatum, nisi ... adjecta conditione *si eam rem uiuo testatore alienauerit* scriptum sit legatum. Man sehe dagegen Vinnius ad §. 10. I. c. t. und Voet ad Pandectas de legatis et fideicom. §. 29.

zung berührt. Ein Senatsbeschluß hatte verfügt, daß das Legat solcher Sachen, welche mit einem Gebäude verbunden sind, ungiltig sein solle. Diese Sachen sind freilich in commercio; sie sind ja im Eigenthum; aber so lange zur Vollziehung des Legats nöthig ist, daß das Gebäude in seiner Integrität gestört werde, soll das Legat keinen Erfolg haben. Das citirte Fragment wirft nun die Frage auf, ob das Legat giltig werde, wenn nach Errichtung desselben die legirte Sache von dem Gebäude getrennt werde:

„Tractari tamen poterit, si quando marmora uel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum conualescat?“

und beantwortet sie folgendermaßen:

Et siquidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non conualescet: quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata; quia uires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum ualere, si existentis conditionis tempore mea non sit uel aedibus iuncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impedit; conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.

Die Worte si existentis conditionis tempore mea non sit uel aedibus iuncta non sit, finden wir in vielen Ausgaben des Corpus iuris cursiv gedruckt, als enthielten sie die im Testament gesetzte Bedingung des Legats. Dieß ist wohl nur durch die vorgefaßte Meinung, daß das Legat einer Sache des Legatars nur unter der einzigen Bedingung si eam alienauerit giltig sei, veranlaßt worden. Es widerspricht aber offenbar dem klaren Wortzusammenhange. Denn wer wollte wohl legiren sub hac conditione, si existentis conditionis tempore etc.? Der Sinn obiger Stelle ist vielmehr dieser: „Wenn mir meine eigne Sache unter irgend einer Bedingung legirt ist, so kann das Legat Erfolg haben, wofern nur zur Zeit der Erfüllung dieser Bedingung die Sache nicht mehr mein ist“. Und dieß wird zum Ueberflus auch noch in einer andern Stelle sehr deutlich ausgesprochen³⁸.

§. 4.

Es wird nicht ohne Interesse sein, wenn wir an diesem Orte noch den Zusammenhang eines andern bekannten Satzes des ältern Rechts

³⁸ L. 98. D. de cond. et demonstr.: Mea res sub conditione legari mihi potest: quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. * Vgl. L. 18. D. de legat. II.

mit der Catonianischen Regel untersuchen. Zur Giltigkeit des *legatum per vindicationem* wurde bekanntlich regelmäßig vorausgesetzt, daß der Testator die legirte Sache sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als zur Zeit seines Todes in *quiritischem* Eigenthum hatte³⁹. Durch ein solches Legat sollte das Eigenthum einer Sache oder auch ein dingliches Specialrecht nach dem Tode des Testators unmittelbar, d. h. ohne Vermittelung durch eine Handlung des Erben, wenn gleich ohne dessen Erbantretung das Testament und so mit auch das darin ausgelegte Legat nicht bestehen konnte, auf den Legatar übertragen werden, so daß dieser die vermachte Sache sofort *ex iure Quiritium* vindiciren konnte⁴⁰. Um diese Wirkung durch seine testamentarische Verfügung hervorbringen zu können, mußte der Testator selbst wenigstens am Ende seines Lebens jenes Eigenthum gehabt haben. Daß nun dieses nach obigem Satze auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung der Fall sein sollte, damit das Legat giltig wäre, das scheint man allerdings als eine bloße Anwendung des Catonianischen Grundsatzes betrachten zu dürfen, wie auch Hugo schon angedeutet hat⁴¹. Von selbst bietet sich dann die weitere Frage dar, ob denn auch die oben in §. 1. dieser Abhandlung erwähnten Beschränkungen der Catonianischen Regel in der genannten Beziehung stattgefunden haben? Nach bejahender Beantwortung dieser Frage würde bei allen *Vindicationslegaten*, deren *dies non a morte testatoris cedit*, namentlich also bei bedingten *Vindicationslegaten* nicht erforderlich gewesen sein, daß dem Testator zur Zeit der Testamentserrichtung oder des Todes das *quiritische* Eigenthum der Sache zugestanden habe, was denn auch von Garnier behauptet wird⁴². Dieser Meinung scheint jedoch schon der Umstand ungünstig zu sein, daß sowohl Gajus als Ulpian die oben erwähnte Regel für *Vindicationslegaten* allgemein und unbedingt aussprechen und einer *Modification* dieser Regel bei bedingten Legaten nicht gedenken, während doch Gajus in §. 200. von andern Eigenthüm-

³⁹ Gai. II. 196. Ulpian XXIV. 7.

⁴⁰ Gai. II. 194.

⁴¹ R. Rechtsgefch. II. Aufl. S. 569. ... „wobei denn aber der Testator auch selbst dieses Eigenthum (*ex iure Quiritium*) gehabt haben muß, und zwar, jetzt wenigstens, seit der *regula Catoniana*, nicht bloß zur Zeit seines Todes, sondern auch zur Zeit des Testirens“. — Nach dieser Ansicht müßte man consequent auch annehmen, daß der Testator, um *res quae pondere, numero, mensura continentur* giltig *per vindicationem* vermachen zu können, zur Zeit der Testamentserrichtung eine so große Quantität, als er vermachen wollte, von dem bestimmten Genus in vollem Eigenthum gehabt haben müsse; denn sonst würde ja bei gleich erfolgendem Tode desselben das Legat ohne Erfolg gewesen sein. Nur das wäre bei dem Legat solcher Sachen gleichgiltig gewesen, ob der Testator nachher, zur Zeit seines Todes, noch gerade dieselben *Species* dieses Genus im Vermögen hatte, weil es hier nur auf das Genus ankam. Allein Gajus und Ulpian (vgl. Note 39.) sind dieser Annahme keineswegs günstig. Man vergleiche auch Puggé im Rhein. Museum II. S. 293.

⁴² Diss. cit. §. X. und §. XXVI.

lichkeiten bedingter Vindicationslegate spricht. Noch bedeutendere Zweifel gegen jene Meinung ergeben sich aus der Natur bedingter Vindicationslegate selbst. Auch durch diese ging nämlich, sobald die Bedingung erfüllt war, die legitirte Sache, selbst wenn sie der Erbe inzwischen veräußert hatte, ipso iure in das Eigenthum des Legatars über, so als hätte dieser schon von dem Tode des Testators an das Eigenthum gehabt, und in demselben Verhältniß wie die Sache dem Testator gehört hatte oder jetzt gehören würde⁴³. Es fand also auch hier vermitteltst einer Fiction ein unmittelbarer Uebergang des Eigenthums vom Testator auf den Legatar statt. Darnach aber scheint es natürlich, daß man auch hier Eigenthum in der Person des Testators voraussetzte; und wenn dieß der Fall war, so mußte dann nach der Catonianischen Regel dasselbe auch schon im Zeitpunkte der Testamenterrichtung erfordert worden sein. Man könnte zwar hiegegen einwenden: da die Hereditas als eine Person mit dem Erblasser betrachtet werde, so müsse es genügend gewesen sein, wenn nur vor Erfüllung der Bedingung die legitirte Sache in dem erb-schaftlichen Vermögen vorhanden gewesen sei. Aber dieß würde doch nur etwa für die Zeit bis zur Antretung der Erbschaft passend sein, indem nachher von dem Erben die Erwerbungen gemacht werden, ohne daß dabei noch eine Beziehung auf den Verstorbenen hervortritt. Man hätte dann noch immer genau unterscheiden müssen, ob die Erwerbung rein ex causa hereditaria stattgefunden habe oder nicht. Gewiß kann es nicht auffallen, daß die römischen Juristen diese Unterschiede nicht statuirten, sondern sich schlechtweg an den Satz hielten, daß der Testator selbst Eigenthum gehabt haben müsse, um unmittelbar durch sein Vermächtniß Eigenthum übertragen zu können. Wahrscheinlich wird dieß auch durch Gaius II. §. 203., woraus per argum. a contrario zu entnehmen ist, daß eine res futura nicht per uindicationem legitirt werden konnte⁴⁴; wo aber als Beispiel von res futurae künftige Früchte eines Grundstücks angeführt sind, also Sachen, von denen sich gerade leicht nachweisen ließe, daß sie ex re hereditaria erworben seien. Unsere Annahme erhält aber noch insbesondere eine bedeutende Unterstützung durch die Sätze, welche bei der testamentarischen Freilassung, die sich mit dem legatum per uindicationem sehr passend vergleichen läßt, gelten. Mehrere Stellen sagen es ganz deutlich und bestimmt, daß die testamentarische Freilassung nur dann gültig sei, wenn der Testator den

⁴³ L. 69. §. 4. L. 84. pr. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et demonstr.

⁴⁴ Bgl. Gaii epitome II. 5. §. 3.: »quod in legato uindicationis fieri non potest: quia non potest haec legatarius testatore mortuo continuo uindicare.«

Esklaven zur Zeit seines Todes und zur Zeit des Testaments in quiritischem Eigenthum gehabt hatte⁴⁵. Nun ist aber bekannt, daß das Vermächtniß der Freiheit zu denen gehört, deren dies erst *adita hereditate cedit*, indem erst von der Erbantrittung an die verliehene Freiheit wirklich wird⁴⁶. Daher haben auch frühere Schriftsteller, wie Cujacius und Donellus, unbedenklich behauptet, daß bei der *libertas testamento data* die Catonianische Regel nicht zur Anwendung komme, und Cujacius hat sogar vorgeschlagen in L. 3. D. de regula Caton.⁴⁷ statt *hereditas* zu lesen *libertates*. Dieß hat nun zwar Harnier mit Verweisung auf die in Note 45. citirten Stellen bestritten. Allein daß diese mit jener Behauptung schlechtthin im Widerspruch stehen, möchte noch einigem Zweifel unterliegen. Denn nehmen wir als allgemeines Erforderniß der testamentarischen Freilassung an, daß der Manumissor zur Zeit des Todes den Esklaven im Eigenthum hatte, so mußte freilich in sofern die Catonianische Regel zur Anwendung kommen, daß nun dieses Eigenthum auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung erfordert wurde. Der Grund, warum hier die sonst bei Vermächtnissen, deren dies *non morte testatoris cedit*, geltende Beschränkung der Catonianischen Regel nicht eintritt, liegt darin, daß das fragliche Erforderniß wesentlich und nothwendig zur Zeit des Todes vorhanden sein muß, dessen Mangel also nach dem Tode des Testators natürlich nicht mehr gehoben werden kann. Dieß schließt aber nicht aus, daß in Rücksicht anderer Hindernisse der Giltigkeit, welche noch nach dem Tode des Testators gehoben werden können, die Catoniana nicht gelte. Wenn wir auch oben behauptet haben, daß bei bedingten Vindicationslegaten eben sowohl wie bei unbedingten schon zur Zeit der Testamentserrichtung der Testator quiritisches Eigenthum gehabt haben müsse, so geben wir damit doch die Regel nicht auf, daß bei solchen Legaten die Catoniana nicht stattfindet, in sofern von Hindernissen die Rede ist, welche noch nach dem Tode wegfallen können; z. B. es hätte Jemand *sub conditione* seinem eigenen Esklaven etwas *per uindicationem* vermacht. Eben so könnte es sich mit dem Vermächtniß der Freiheit verhalten. Nach der *lex Aelia Sentia* z. B. war die testamentarische Freilassung eines Esklaven unter 30 Jahren der Regel nach ungiltig. War nun der freizulassende Sklave zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht 30 Jahre alt, so war es doch möglich, daß er bis zur Antretung der Erbschaft dieses Alter erreicht hätte. Die Cato-

⁴⁵ Gai. II. 267. Ulpian. I. 23. L. 35. D. de manumissis testamento.

⁴⁶ Vgl. oben Num. 30.

⁴⁷ Catoniana regula non pertinet ad hereditates u. f. w. Vgl. oben Num. 4. — Cuiacii opp. postum. edit. Fabroti tom. I. col. 377.

niansche Regel also würde hier der Giltigkeit der Freilassung nicht im Wege gestanden haben: wir können aber freilich nicht sagen, ob nicht das Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben hat oder doch seinem Zusammenhange nach so auszulegen gewesen ist, daß der Freizulassende das erwähnte Alter schon zur Zeit der Testamentserrichtung erreicht haben müsse. Nach dieser Betrachtung braucht man also trotz jener Stellen die Meinung des Cujacius und Donellus noch nicht durchaus aufzugeben, und wir erhalten dadurch zugleich eine sprechende Analogie für die oben aufgestellte Ansicht, nach welcher auch bei bedingten Vindicationslegaten „utroque tempore“ quiritisches Eigenthum des Testators vorauszusetzen gewesen wäre, obgleich übrigens bei solchen Legaten die Catoniana keine Anwendung fand.

Wir wollen uns jedoch nicht verhehlen, daß dieser Ansicht noch gewichtige Bedenken entgegenstehen. Nach derselben müßte nämlich consequent auch zur Giltigkeit des Vindicationslegats eines Ususfructus nothwendig der Testator Eigenthum der Sache, an welcher der Ususfructus vermacht werden sollte, in den beiden oft bezeichneten Zeitpunkten gehabt haben, obgleich der dies legati ususfructus bekanntlich erst adita hereditate cedit. Man könnte auch eine Bestätigung dafür finden wollen in Vatican. fragm. §. 85., wornach das Vindicationslegat des Ususfructus an einer fremden Sache nur ex Senatusconsulto Neroniano confirmirt wurde. Allein es scheint uns geradezu entgegen zu stehen L. 24. §. 1. D. de legat. I. Pomponius lib. 5. ad Sabinum:

Si usumfructum habeam eumque legauerim, nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est.

Es liegt sehr nahe, bei dieser Stelle an ein Vindicationslegat zu denken, da per damnationem unbedenklich selbst an einer fremden Sache der Ususfructus legirt werden konnte. Demnach hätte Pomponius das Vindicationslegat des Ususfructus von Seiten des Usufructuars als giltig behandelt, wenn dieser nur nach Errichtung des Testaments die Proprietät der Sache zu dem Ususfructus hinzuerwarb. Er müßte consequent dieses Legat auch dann als giltig angenommen haben, wenn erst nach dem Tode des testirenden Usufructuars vor Antretung der Erbschaft das Eigenthum der Sache in die Erbschaft kam, z. B. durch einen Erbschaftsflaven oder durch den Ablauf der Usucapionsfrist. Denn wollte er dieß nicht zugeben, so würde das Legat, falls der Testator gleich im Augenblick der Testamentserrichtung, da er das Eigenthum noch nicht hat, stürbe, keinen Erfolg haben, es müßte also nach der Catonianschen Regel überhaupt ungiltig sein; und Pomponius müßte entweder diese Regel nicht

anerkennen oder er käme mit sich selbst in Widerspruch. Sonach würde diese Stelle ergeben, daß, um den *Ususfructus* gültig per *uindicationem* zu legiren, der Testator weder zur Zeit des Todes noch zur Zeit der Testamentserrichtung das Eigenthum der Sache zu haben brauchte, sondern daß es genügte, wenn dieses zur Zeit der Antretung der Erbschaft in derselben enthalten war. Man könnte jedoch unsere Stelle noch etwa durch die Eigenthümlichkeit des Falles als eine Ausnahme von der Regel erklären. Der Testator hat doch zur Zeit der Testamentserrichtung den *Ususfructus*, den er legiren will; „*Si usumfructum habeam*“, ist der Bordersatz, welcher anzudeuten scheint, daß wer weder die *Proprietät* noch den *Ususfructus* hat, den *Ususfructus* nicht gültig per *uindicationem* legiren würde. Freilich aber hat der Testator den *Ususfructus* nicht so, daß er ihn auf einen Andern nach seinem Tode übertragen könnte, mit welchem sein Recht vielmehr nothwendig endet. Wir müßten also dem *Pomponius* doch eine mildernde *Inconsequenz* zur Last legen. Es fragt sich aber weiter noch, ob nicht vielleicht unsere Stelle eine wesentliche *Interpolation* durch die *Compiler* erfahren hat? Man könnte dieses anzunehmen um so geneigter sein, da wir von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß dieselbe auf den alten Unterschied der *Legate Rückficht* nehme. Es könnten etwa die *Compiler*, freilich auch nicht sehr verständig, *nisi* statt *etsi* gesetzt, oder gar den ganzen *Zwischensatz*, der mit *nisi* anfängt, eingeschoben haben. Aber dieß wird unwahrscheinlich, wenn wir die ganz analoge Entscheidung des umgekehrten Falles (wenn wer die *nuda proprietas* hatte, den *Ususfructus* legirt), in L. 72. D. de usufructu vergleichen. Wer nur *nuda proprietas* hatte, konnte streng genommen den *Ususfructus* nicht per *uindicationem* legiren, weil der Inhalt des *Ususfructus* aus seinem Eigenthum ausgeschlossen war. *Maecianus* aber nahm dennoch an, daß das *Legat* gültig sei, wenn nur vor Antretung der Erbschaft der *Ususfructus* wieder mit der *Proprietät* vereinigt war. Ja er ging noch weiter (*Plus admittit Maecianus*) und behauptete dasselbe auch im Fall einer noch späteren *Wiedervereinigung* des *Ususfructus* mit dem Eigenthum. Dieß legte ließe sich denn nur etwa so rechtfertigen, daß man das *Legat* des *Ususfructus* in diesem Falle als *Legat* des dem Testator zustehenden Rechts auf den Rückfall des *Ususfructus* betrachtete. Es ginge aber daraus hervor, wie die späteren Juristen zu möglichster *Milderung* der strengeren Grundsätze in dieser Beziehung geneigt waren; und es dürfte uns dann nicht wundern, hier auch einmal eine kleine *Inconsequenz* zu finden. Allein man bedenke ferner noch, daß zur Zeit des *Pomponius* schon lange der *Neronianische*

Senatsbeschluß bestand, nach welchem das bloß wegen Mangels der eigenthümlichen Erfordernisse des Vindicationslegats ungiltige Vermächtniß immer als *legatum per damnationem* aufrecht erhalten werden konnte. *Per damnationem* konnte aber auch an einer fremden Sache der *Ususfructus* legirt werden; also, sollte man meinen, mußte auch derjenige, welcher den *Ususfructus* an einer fremden Sache hatte, an dieser Sache den *Ususfructus* gültig legiren können, und die Gültigkeit dieses Legats konnte nicht abhängig davon sein, daß der Testator später noch die *Proprietät* erwarb. Demnach muß es befremden, daß Pomponius noch so schlechtthin sagt: *nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est*. Noch befremdender aber lautet dieses im Justinianischen Recht, in welchem der alte Unterschied der Legate völlig verschwunden ist, und gewiß das Legat des *Ususfructus* eben so wie das des Eigenthums einer fremden Sache in jeder Form, sofern nur der wirkliche Wille des Testators sich darin ausspricht, wirksam ist. Dieß führt uns darauf, unsere L. 24. §. 1. noch von einer andern Seite anzugreifen, mit Rücksicht nämlich auf den muthmaßlichen Willen des Testators. Es ist bekannt, daß das Legat einer fremden Sache keineswegs unbedingt gültig ist, wenn der Testator nicht wußte, daß sie fremd war⁴⁸. So könnte man auch, wenn der *Usufructuar* den *Ususfructus* legirt, Bedenken tragen, anzunehmen, daß er etwas ihm nicht Gehöriges habe wirklich legiren wollen; er könnte in der Meinung gewesen sein, daß man den *Ususfructus* vermachen könne. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Erklärung den Worten des Pomponius „*inutile legatum est*“ nicht sehr angemessen ist. Indessen muß ich gestehen, daß ich keinen andern Weg sehe, der Stelle im Justinianischen Rechte eine verständige Deutung zu geben. Uebrigens wird das Bisherige wenigstens zur Genüge ergeben haben, daß L. 24. §. 1. nur einen sehr unsichern Beweis gegen die Ansicht abgibt, in Beziehung auf welche wir sie oben zuerst vorgebracht haben.

§. 5.

Wir haben bisher die Wirksamkeit der Catonianischen Regel in verschiedenen Anwendungen kennen gelernt; wir wollen nun versuchen, den innern Grund der Regel aufzudecken.

Garnier⁴⁹ zerlegt den Satz des Cato in diese beiden Theile: „Was von Anfang an ungültig ist, kann nicht ohneweiters im Verlauf der Zeit gültig werden“, und: „der Anfang der Legate ist im Zeitpunkte der

⁴⁸ L. 6. Cod. de legatis. §. 5. l. eodem.

⁴⁹ l. c. §§. VI. . . IX.

Testamentserrichtung zu suchen“. Bei allen solennen Rechtsgeschäften, sagt er, müsse die Solennität des Rechts und der Wille des Handelnden in demselben Zeitpunkte zusammentreffen, das eine sei ohne das andere nichts; wo nun an dem einen anfangs etwas gefehlt habe, da könne das Geschäft nicht giltig sein, wenn nachher der Mangel aufgehoben werde, weil in diesem Zeitpunkte das andere nicht constire; es komme also überall nicht auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit allein, sondern auch auf den der Vornahme des Geschäfts an. So sei es denn namentlich bei allen testamentarischen Verfügungen, und also auch bei den Legaten. Diese Erklärung ist aber durchaus ungenügend. Denn es handelt sich ja gar nicht von bloßen Solennitäten, sondern auch von andern Umständen, wegen deren das Legat zufällig keinen Erfolg haben kann, und der Wille des Testators ist doch erst auf die Zeit seines Todes gerichtet: also scheint es, wo nur die Form der Erklärung beobachtet ist, genügend, daß in diesem Zeitpunkt die übrigen Erfordernisse der Wirksamkeit des Legats vorhanden sind. Auch wird auf jene Weise gar nicht erklärt, warum bei bedingten Legaten die Catonianische Regel keine Anwendung findet; denn warum soll nicht auch bei ihnen auf den Anfang des Geschäfts und nicht auf den Zeitpunkt ihrer eintretenden Wirksamkeit gesehen werden?

Auf eine andere Weise hat nun Roshirt⁵⁰ unsere Regel zu erklären gesucht: Wenn zur Zeit der Testamentserrichtung der Wirksamkeit des Legats etwas entgegensteht, und dieß Hinderniß erst durch spätere Veränderung der Umstände gehoben wird, so kann man nicht wissen, wenigstens ist dieses eine immer schwer zu entscheidende quaestio facti, ob der Testator das Dasein dieses Hindernisses gekannt hat, oder nicht, und im letzten Falle, was er gethan haben würde, wenn er dasselbe gekannt hätte. J. B., sagt Roshirt, der Legatar war zur Zeit der Testamentserrichtung ohne testamento factio; der Testator mußte das vielleicht nicht: wer kann nun sagen, was derselbe gethan haben würde, wenn er das gewußt hätte? Wenn in einer hinzugefügten Bedingung ausdrücklich auf die mögliche Veränderung der Umstände Rücksicht genommen werde, dann sei freilich der Wille des Testators klar; sonst aber habe man, um jene unvermeidliche Ungewißheit zu beseitigen, die Giltigkeit der Legate bloß nach dem Zeitpunkt ihrer Errichtung und natürlich der Erwerbung beurtheilen zu müssen geglaubt.

Gegen diese Erklärung hat zwar Guyet eingewendet: man könne wegen der schon bewiesenen Zuneigung des Testators die oben auf-

⁵⁰ Arch. für civ. Praxis. X. S. 228 ff.

geworfene Frage mit Sicherheit dahin beantworten, daß der Testator in dem angegebenen Falle das Legat unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit gegeben haben würde. Allein diese Antwort ist ganz willkürlich. Allerdings ist es wahrscheinlich, daß er dieß gethan haben würde, wenn er erwartet oder vorausgesetzt hätte, daß der Legatar dereinst die Successionsfähigkeit erlangen werde. Aber woher ist es gewiß, daß er das so ernstlich erwartet haben würde, um darauf Bedacht zu nehmen? Wäre es nicht möglich, daß er unter diesen Umständen lieber einem andern Fähigen die Sache vermacht hätte? In der ältern Zeit, so lange es noch möglich war, Peregrinen Fideicommissa zu hinterlassen⁵¹, könnte er dann jenen fideicommissarisch ersucht haben, die Sache dem Peregrinen zu restituiren u. s. w.? Das von Roshirt gewählte Beispiel ist freilich nach unserer obigen Ausführung nicht passend gewählt, und unrichtig die Annahme, daß einem erbunfähigen unter der Bedingung künftiger Fähigkeit ein Legat hinterlassen werden konnte. Aber nehmen wir einen andern Fall: der Testator hat unwissend Jemanden seine eigene Sache legirt. Hier läßt sich gewiß nicht schlechthin annehmen, daß er, wenn er dieses gewußt hätte, ihm gerade dieselbe Sache auf den Fall einer künftigen Veräußerung vermacht hätte; was er ihm aber statt derselben vermacht haben möchte, das kann Niemand sagen; ja, daß er ihm überhaupt etwas vermacht haben würde, kann man gar nicht behaupten. Denn es könnte auch wohl nur seine Absicht gewesen sein, daß der Legatar eben nur die bestimmte Sache haben sollte, die er ihm nicht mehr zu verschaffen brauchte, weil er sie schon hatte: oder er würde vielleicht, wenn er gewußt hätte, daß die fragliche Sache nicht zu seiner Erbschaft gehöre, den Erben nicht mehr mit einem Legat von solchem Werthe habe beschweren wollen. So scheint mir Roshirt allerdings den rechten Weg zur Erklärung angedeutet zu haben. Wer über sein Vermögen auf den Todesfall verfügt, der muß sich dabei denken, daß diese Verfügung nun auch jeden Augenblick wirksam werden könne; es ist eine Vertheilung seines Vermögens, die er gegenwärtig, als stürbe er jetzt, vornimmt. Ist nun in diesem Augenblicke ein Hinderniß vorhanden, welches der Wirksamkeit der Verfügung entgegensteht, und der Testator kennt dasselbe, so läßt sich kaum annehmen, daß er ernstlich den Willen gehabt habe, etwas zu vermachen; war es ihm aber unbekannt, so ist, wie oben gezeigt worden ist, der Wille des Testators nicht gewiß, und es läßt sich nicht entscheiden, was er gethan haben würde, wenn er das Hinderniß gekannt hätte. So scheint es in der That gar nicht

⁵¹ Gai. II. 285.

unnatürlich, daß man, um alle solche Ungewißheit zu entfernen, den Augenblick der Testamentserrichtung als den entscheidenden ansah, in welchem, da die Wirksamkeit des Legats gleich eintreten könnte, auch alle Voraussetzungen desselben erfordert würden. Es ist ein gegenwärtiges dare, oder legare; daher sagt Gaius (II, 244): quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere, quia uitam longius traxerit, absurdum esset. Anders aber ist es bei den Legaten, deren Wirksamkeit in keinem Falle nothwendig mit dem Tode des Testators eintreten soll.

Einen neuen Versuch unsere Regel zu erklären, hat Guyet gemacht⁵². Nach seiner Meinung soll sie in der alten strengen Form der Testamente, des testamentum in calatis comitiis und des Mancipationstestaments, ihren Grund gehabt haben. Ein solches Testament habe sich in keiner Weise auf eine zur Erscheinung in der Volksversammlung oder zur Mancipation unfähige Person beziehen, auch ein Legat einer solchen Person nicht verleihen können; deßhalb habe immer der Legat schon im Zeitpunkt der Testamentserrichtung testamenti factio haben müssen. Ebenfalls habe sich das Testament nur auf eine mancipationstfähige Sache beziehen können; wenn also eine unfähige Sache legirt worden, so habe die Mancipation des Vermögens an den familiae emptor keine Wirkung auf diese Sache gehabt, und diese Wirkung habe dann auch später nicht eintreten können. Unfähigkeit der Person und der Sache seien aber die Hauptfälle, die bei der Catonianischen Regel in Betrachtung kämen. Allein eben diese letzte Bemerkung, auf welcher die ganze Erklärung wesentlich beruht, ist schon oben abgewiesen worden, und für die andern oben angeführten Fälle, gerade diejenigen, bei welchen wir die Catonianische Regel allein genannt finden, leistet diese Erklärung nichts. Wie z. B. erklärt sich auf diese Weise, warum man niemanden seine eigene Sache, warum man dem Sklaven des eingesetzten Erben nichts vermachen konnte? Auch scheint mir jede unmittelbare Folgerung aus der Mancipation des Vermögens an den familiae emptor auf den Inhalt und die Gültigkeit der Legate bedenklich. Der Gegenstand derselben brauchte ja bei dem per damnationem legatum gar nicht in dem mancipirten Vermögen enthalten zu sein, also auf ihn sich die Mancipation nicht mit zu beziehen; sondern das per damnationem legatum ist vielmehr bei der alten Form des Testaments als eine durch die lex mancipii aufgelegte Verpflichtung zu betrachten. Auch geht der Verfasser zu weit, wenn er sagt, das Testament habe sich auf keine zur

⁵² A. a. O. S. 107—110.

Erscheinung in der Volksversammlung unfähige Person beziehen können. Denn Frauen und Unmündigen konnte man doch gewiß legiren. Nur so, glaube ich, kann man etwa in der alten Form der Testamente eine Erklärung für die Catonianische Regel finden, daß man die Testamentserrichtung nach jenen Formen als eine gegenwärtige Verfügung über sein Vermögen ansieht, deren Wirksamkeit im Einzelnen daher auch nach den gegenwärtigen Verhältnissen bestimmt werden mußte. Der Testator mancipirte sein Vermögen dem, den er zum Erben haben wollte, und legte ihm nun beliebige Verpflichtungen auf. Das Vermögen ging nun vielleicht formell gleich auf diesen Erben über; die Verpflichtungen desselben entstanden, die unbedingten Legate wurden als jetzt gleich wirkend angesehen: was nun dermalen keinen Erfolg haben konnte, das war auch unnütz. Aber etwas Bestimmtes läßt sich über diesen Zusammenhang nicht behaupten, weil wir über die alte Form des Mancipationstestaments zu wenig im Klaren sind; weil wir namentlich nicht wissen, wie mit jener Form der Aufschub der Wirksamkeit und die willkürliche Widerruflichkeit des Testamentes bis zum Tode des Testators vereinigt wurde, und ob zur Zeit des Cato noch der familiae emptor seine alte Bedeutung hatte, oder schon damals bloß der Form wegen zugezogen wurde.

§. 6.

Es bleibt uns nun noch die Frage zu beantworten übrig, ob die Catonianische Regel auch im Justinianischen Recht noch praktische Bedeutung habe?

Diese Frage ist, wie wir im Eingange dieser Abhandlung erwähnt haben, in neuerer Zeit von Mehreren verneinend beantwortet worden, und zwar aus dem Grunde, weil die Regel, als auf der Strenge des alten Civilrechts beruhend, bei Fideicommissen niemals zur Anwendung gekommen sei, also im Justinianischen Recht, in welchem im Zweifel überall das mildernde Recht der Fideicommissen vorwalte, nun überhaupt nicht mehr stattfinden könne.

Allein, ohne uns vorerst auf die Sache selbst einzulassen, müssen uns schon ganz äußerliche Gründe der früher gewöhnlichen Meinung geneigter machen. In wie vielen Stellen des Justinianischen Rechts die Regel noch erwähnt wird, ohne alle Andeutung, daß sie nicht mehr gelte, haben wir im Verlaufe dieser Abhandlung schon gesehen. In §. 32. I. de legatis wird sie deutlich und bestimmt ausgesprochen⁵³. Dieses Argument wird man auch nicht durch die Bemerkung beseitigen

⁵³ »Quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet ualere, quia diutius testator uixerit.« Egl. Theophilus zu dieser Stelle.

wollen, daß in dem angeführten Titel zuerst nur das besondere Recht der Legate vorgetragen werde, welches dann in manchem Punkte nach den von Fideicommissen geltenden Grundsätzen sich modificire. Denn bei Fideicommissen wird nirgendwo das Gegentheil des dort ausgesprochenen Satzes angedeutet, und sonst ist es doch bekannt, daß diese in den meisten Punkten sich nach der Analogie der Legate richten. Um so bedeutender ist jene Stelle, da wir in derselben sogar eine absichtliche Veränderung mit Rücksicht auf das Justinianische Recht gefunden haben; daß nämlich nur der *seruus*, nicht mehr, wie bei *Gaius*, auch der *filiusfamilias* genannt wird. In den Pandekten ist die Lehre von Legaten und Fideicommissen ganz durcheinander verwebt. Dennoch finden wir mitten unter den gemeinschaftlichen Titeln einen besondern Titel *de regula Catoniana*. Einen solchen aber aufzunehmen, konnte, wenn diese Regel ganz unpraktisch geworden war, nicht nur gar kein Bedürfniß veranlassen, sondern man müßte es sogar als eine unverantwortliche Verkehrtheit den Compilatoren, von ihrem praktischen Gesichtspunkte aus betrachtet, zum Vorwurfe machen, wie denn auch Vertheidiger jener Behauptung die Aufnahme eines besondern Titels *de regula Catoniana* sich nur als Uebereilung der Compilatoren erklären können⁵⁴. In L. 41. §. 2. D. de legat. I. wird ebenfalls mitten in einem für Legate und Fideicommissen gemeinschaftlichen Titel die *Catoniana regula* in wichtigen Anwendungen als geltend angeführt.

Diese Umstände, sage ich, müssen uns die verneinende Beantwortung unserer Frage verdächtigen. Um sie zu widerlegen, müssen wir uns vorerst auf die Nebenfrage einlassen, in wiefern auf Fideicommissen die *Catoniana* Anwendung gefunden habe? Es werden besonders drei Stellen zum Beweise dafür angeführt, daß bei Fideicommissen der Satz des Cato nicht angewandt worden sei; denn das Argument, welches Guyet aus dem von ihm angenommenen Grunde desselben hernimmt, kann ich als unerwiesen übergehen, da sich oben die Unbrauchbarkeit seiner Hypothese gezeigt hat.

Die erste dieser Stellen ist folgende:

L. 1. §. 1. D. de legat. III. (Ulpian. lib. 1. fideicommiss.) Sed si filiusfamilias uel seruus fideicommissum reliquerit, non ualet: si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum uideri, quasi nunc datum, cum mors ei contingit, uidelicet si durauerit uoluntas post manumissionem. Haec utique nemo credit in testamentis nos esse probaturos, quia nihil in testamento ualet, quoties

⁵⁴ J. B. Eschilling, Bemertungen u. f. w. S. 24.

ipsum testamentum non ualet; sed si alias fideicommissum quis reliquerit.

Diese Stelle erklärt sich aber aus der Natur der Fideicommissive völlig befriedigend. Dieselben erforderten durchaus keine Form, sondern der irgendwie erklärte Wille des Verstorbenen war genügend. Hatte nun ein Sklave ein Fideicommiss errichtet, und er wurde nachher frei, so mußte es allerdings genügen, wenn nur der Wille des Sklaven noch immer derselbe blieb; wenn es sich ergab, daß die früher ungiltig von ihm gemachte Verfügung noch immer als Ausdruck des wahren Willens des Sklaven gelten konnte. Diese Fortdauer des Willens ist hier allerdings gerade der Umstand, worauf vorzüglich Gewicht zu legen ist, und welches das Fideicommiss erst jetzt eigentlich begründet, wie Ulpian durch die Worte — quasi nunc datum cum mors ei contingit andeutet. Von Fideicommissen, die in einem Testament hinterlassen werden, will aber Ulpian nicht dasselbe behaupten, weil diese bloß von der Gültigkeit des Testaments abhängen, dieses aber als eine formelle Handlung von Anfange an giltig sein muß⁵⁵.

⁵⁵ Vgl. Garnier S. 50. — Dagegen polemisirt zwar Guyet a. a. O. S. 118 ff.; allein er erklärt den letzten Zusatz unserer Stelle nach meiner Meinung ganz unrichtig. Er will seine Erklärung zulassen, deren Sinn dahin ginge, „daß nur bei einem unsörmlich errichteten Fideicommissive (allenfalls auch bei einem codicillarisch hinterlassenen) die Catonianische Regel nicht gelte, wohl aber auf ein im Testament auferlegtes Fideicommiss anwendbar sei“. Er glaubt vielmehr das Wort *alias* mit *praeterea* umschreiben und den Nachdruck nicht auf *alias*, sondern auf *fideicommissum* legen zu müssen; und es soll dann der Sinn von Ulpian's Aeußerung folgender sein: „Bei dem Fideicommissive wird, was seine Gültigkeit betrifft, nicht auf die Zeit der Errichtung gesehen, wenn derjenige, welcher es hinterließ, nur noch vor seinem Tode dazu fähig wurde; im Testamente dagegen gilt die Catonianische Regel in ihrer ganzen Strenge und alles kommt auf die Zeit der Errichtung an; hat aber jemand, außer einem Testamente, noch nebenbei ein Fideicommiss hinterlassen, dann gilt die Catonianische Regel dabei nicht“. Diese Erklärung nun scheint mir sehr gezwungen und der Wortfolge unseres Fragments keineswegs angemessen zu sein. *Alias* erklärt Guyet selbst als gleichbedeutend mit unserm *sonst*, welches, je nachdem der Gegensatz ist, so viel heißen kann als „zu einer andern Zeit“, oder „auf andere Art“, oder auch „anderswo“. In allen diesen Bedeutungen kommt auch *alias* bei den Classikern vor, und namentlich ist die Bedeutung von *anderswo* bei ihnen keineswegs so selten, wie Guyet glaubt. (Man vergleiche Forcellini Lexicon sub hac voce.) Man kann es auch übersehen durch *Außerdem*, d. h. in andern Fällen, außer diesem Falle, etwa so viel wie *alioquin*: aber gewiß nicht durch *Nebenbei*, *praeterea*. Auch kann der Satz *haec utique etc.* unmöglich so erklärt werden: „Dies (nehmlich daß sie im vorher bezeichneten Falle im Ganzen giltig seien) meinen wir aber keineswegs von Testamenten“. Denn alsdann würde der hinzugefügte Grund *quia nihil etc.* gar keinen Sinn haben. Mir scheint die einfachste und natürlichste Erklärung der Stelle diese zu sein: Ulpian sagt zuerst im Allgemeinen, Fideicommissive werden in dem vorausgesetzten Falle giltig. Diesem fügt er zu näherer Bestimmung und Berichtigung hinzu: „Niemand wird uns jedoch die Meinung zutrauen, daß dasselbe (nehmlich *fideicommissum relictum uideri*) auch bei Testamenten (d. h. wenn in einem Testament des Fideicommiss hinterlassen ist) wahr sein solle, da nichts in einem Testamente gilt, wenn das Testament selbst im Ganzen nicht zu Recht besteht; sondern nur von dem Fall, wenn jemand sonst (d. h. auf andere Art, oder an einem andern Ort als im Testament) das Fideicommiss bestellt hat, wollten wir jenes behaupten“. Mag man übrigens auch Guyet's Erklärung gelten lassen, so wird nichts desto weniger der Satz, den er dadurch entfernen will, durch unser Fragment bewiesen. Denn es sagt: *nihil in testamento ualet, si ipsum testamentum non ualet*: also auch die in solchem Testament angeordneten Fideicommissive müssen ungiltig sein.

Dieselbe Bewandniß wie mit L. 1. §. 1. cit. hat es auch mit L. 1. §. 5. eodem. Es ist übrigens in Beziehung auf diese beiden Stellen noch zu bemerken, daß sie gerade Fälle berühren, in welchen von Anwendung der Catonianischen Regel auf Legate nicht die Rede sein konnte. Denn Legate konnten nur in Testamenten oder bestätigten Codicillen gültig hinterlassen werden, bei ihnen kam also Alles auf die Gültigkeit des Testaments im Ganzen an.

Eine dritte Stelle, auf welche besonders Guyet Gewicht legt, ist L. 7. D. de legat. III. (Ulpian. lib. 1. fideicommissorum):

Si deportati seruo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est: nisi si eum deportatus uiuo testatore alienauerit, uel fuerit restitutus; tunc enim ad ipsum debet pertinere.

Zur Erklärung dieser Stelle ist zuvor zu bemerken, daß, nach Gaius II. §. 285. ursprünglich auch den Peregrinen gültig Fideicommissa hinterlassen werden konnten, und erst nach einer Constitution Hadrian's das dem Peregrinen hinterlassene Fideicommiss dem Fiscus zufallen sollte. Auch darnach war also das dem Peregrinus hinterlassene Fideicommiss keineswegs ungültig oder unnütz; sondern es trat nur der Fiscus in die Stelle des Peregrinus ein. Dieß konnte sich aber nur nach dem Zeitpunkt der Delation des Fideicommisses bestimmen; nur wenn alsdann der Fideicommissar noch Peregrinus war, nahm ihm der Fiscus das Vermächtniß ab. Dasselbe wurde natürlich in Rücksicht des Slaven eines Peregrinus angenommen; man sah darauf, ob das einem solchen hinterlassene Fideicommiss am Ende auch wirklich durch ihn einem Peregrinus zufallen mußte. Und dieß ist der Inhalt unserer Stelle. Auf keinen Fall aber war dieß nach der Catoniana regula zu entscheiden, da diese ein Vermächtniß voraussetzt, welches nach den bestehenden Verhältnissen ganz wegfallen würde. Demnach ist also auch das citirte Fragment für unsern Gegenstand völlig bedeutungslos, und nichts weniger als „das klarste, welches zum Beweise der von Guyet vertheidigten Theorie angeführt werden kann“⁵⁶.

Auch diese Stelle übrigens würde sich nur auf einen Fall beziehen, von dem wir oben schon gesagt haben, daß er mit Unrecht als ein Hauptfall der Catonianischen Regel betrachtet und auf ihn vorzüglich die Untersuchung über dieselbe gerichtet werde, da wir bei ihm doch die Catonianische Regel nirgend ausdrücklich erwähnt finden. Wir müssen hier aber, um unserer Frage näher zu rücken, solche Fälle ins Auge fassen,

⁵⁶ So bezeichnet es Guyet S. 1.4.

in welchen das Fideicommiß ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des rechtlichen Zwanges, selbst also, wenn der Dnerirte dasselbe freiwillig erfüllen wollte, keinen Erfolg haben könnte; solche Fälle, wie wir sie früher bei Legaten näher betrachtet haben. Ist die oben aufgestellte Ansicht über den innern Grund der Catonianischen Regel richtig, so erscheint die Anwendung derselben auf Fideicommissa in diesen Fällen keineswegs unangemessen. Hatte z. B. Jemand seinem eigenen oder seines Erben Sklaven sine libertate ein unbedingtes Fideicommiß gegeben, so nahm man wohl eben so wenig wie bei Legaten schlechthin an, daß dieses durch die Freilassung oder Veräußerung des Sklaven vor dem Tode des Testators gültig werde. Freilich konnte in der Anwendung die Catoniana regula sich hier nie so streng erweisen. Denn da die Fideicommissa keine Form erforderten, so mußte das Fideicommiß wirksam werden, wenn nach eingetretener Veränderung der Umstände irgendwie erhellte, daß des Erblassers Wille bei der früher ausgesprochenen Verfügung beharrte. Ganz richtig scheint mir indessen der Gedanke Garnier's, daß, nachdem für die Fideicommissa eine bestimmte Form eingeführt worden, die Catonianische Regel auch bei ihnen strenger zur Anwendung gekommen sei.

Wie man auch darüber denken mag, so scheinen mir für das Justinianische Recht mehrere Stellen die Unzulässigkeit der Meinung, daß in den erwähnten Fällen bei Legaten und Fideicommissen die Catonianische Regel weg falle, darzuthun. So L. 8. §. 1. D. de legat. III. (Paul. lib. I. fideicommiss.):

Seruo heredis fideicommissum utiliter non relinquitur; nisi fidei eius commiserit, ut seruum manumittat.

Ferner L. 4. Cod. de legat. Antoninus A. Sulpitio:

Seruis testamento dominorum non data libertate legatum seu fideicommissum relictum non ualet: nec conualescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sint.

Zwar sagen diese Stellen nicht ausdrücklich, daß das Fideicommiß in solchen Fällen auch bei veränderten Umständen unwirksam sei; ja aus L. 4. cit. könnte man durch das argumentum a contrario beweisen wollen, daß, wenn die Veränderung bei Lebzeiten des Testators eingetreten sei, das dem eignen Sklaven hinterlassene Fideicommiß allerdings gültig werde. Aber man weiß, wie unzuverlässig das argumentum a contrario bei Rescripten ist, und es würde auch hier für die Zeit des Rescripts jedenfalls zu viel beweisen, da dasselbe auch von Legaten spricht. Wenn nun, wie wir bereits gesehen haben, in mehreren Stellen

der Pandekten und auch in den Institutionen der Satz, daß die einem eigenen oder des Erben Sklaven vermachten Legate ungiltig seien, ausführlich erklärt, das Gegentheil aber von Fideicommissen nirgend angedeutet wird, so kann man mit Recht sich auf L. 8. §. 1. und L. 4. cit. als Argumente dafür berufen, daß vielmehr im Justinianischen Recht für Fideicommissie wie für Legate dieselbe Regel gelte; unmöglich kann man annehmen, daß alle die von Legaten noch so bestimmt jene Regel aussprechenden Stellen in der That für das Justinianische Recht nicht mehr gelten sollen.

Besonders bedeutend ist noch für denselben Fall L. 30. §. 8. D. ad leg. Falcid., in welchem Legat und Fideicommisß nebeneinander gestellt werden:

Maecianus lib. 8. fideicommissorum.

Cum lex Falcidia interuenit, non ueniunt in contributionem, quae ipsi heredi a semetipso, uel seruo eius legata fideiue commissa sunt. Alia causa est eorum, quae in diem certum dantur: nam si libertatis dies coepit cedere, ei debebuntur, et in contributionem ueniunt. Ac ne ea quidem, quae quis seruis inutiliter sine libertate legauit fideiue commisit, in computationem eius legis cedunt.

Zuerst ist zu bemerken, daß auch in dieser aus einem Werke über Fideicommissie entlehnten Stelle wieder die Ungiltigkeit der Fideicommissie, wie der Legate an den Sklaven des Erben schlechthin vorausgesetzt wird, und insofern gilt von ihr, was von der legitimiten gesagt ist. Aber besonders wichtig ist diese Stelle noch durch den mittleren Satz: alia causa est eorum etc. Warum bei den Legaten in diem certum etwas anders gelten soll, sieht man nicht ein, da deren dies morte testatoris cedit. Cujacius hat daher vorgeschlagen, statt in diem certum zu lesen die incerta, und diese Emendation scheint mir wohl begründet. Durch sie erhalten wir dann gerade eine Anwendung der Catonianischen Regel und der von ihr geltenden Beschränkung bei bedingten Vermächtnissen.

Dasselbe, was wir hier von den einem eigenen oder des Erben Sklaven gegebenen Vermächtnissen gesagt haben, können wir auch von dem Vermächtniß einer eigenen Sache des Legatars oder Fideicommissars behaupten.

Ein Rescript von Diocletian und Maximian, L. 13. Cod. de legatis, sagt allgemein:

proprias res tuas legari uel fideicommitteri tibi non potuisse, certum est.

Wenn nun außerdem die bestimmtesten Stellen sagen: das unbedingte Legat einer dem Legatar eigenen Sache sei und bleibe ungiltig, ob auch die Sache vor dem Tode des Testators in eines Andern Eigenthum übergegangen sei⁵⁷; wenn namentlich noch die Institutionen recht ex professo diesen Satz aussprechen⁵⁸, so ist es gewiß allen Regeln für Interpretation des Justinianischen Rechts völlig gemäß, denselben noch als geltend anzunehmen. In der That haben auch selbst solche, welche die Catonianische Regel sonst als unpraktisch verwerfen⁵⁹, die völlige Ungiltigkeit des unbedingten Legats einer eigenen Sache des Legatars nach §. 10. I. cit. unbedenklich behauptet. Wir haben aber oben in §. 3. gesehen, daß diese Stelle nichts als eine reine Anwendung der Catonianischen Regel enthält, wie dieß aus L. 41. §. 2. D. de legat. I. deutlich genug hervorgeht. Wer daher unserer Meinung von der fort-dauernden Anwendbarkeit jener Regel nicht beipflichtet, der wird wenigstens zugeben müssen, daß er nicht ohne Inconsequenz den ganzen Inhalt des §. 10. Inst. cit. als noch praktisch gelten lassen kann.*

52.

Liberatio ab indebitio legata. **

Mirum videtur, de themate hoc saepius iam a Iureconsultis nostris pertractato¹ quaestionem iterum moveri. At vero cum in celebrato iuris Romani compendio², cuius in scholis et in foris merito frequentissimus usus est, approbatam de legatae liberationis effectu videre sententiam, quam nec iuris rationibus nec legum ad hanc rem spectantium sensui convenire putabam, operae pretium mihi visum est, eam rem iterum in litem deducere, et cum mihi pro summis in iure honoribus disserendum sit, meam de recte interpretanda L. 25. D. de liberat. legat., cuius praecipua in hac quaestione auctoritas est, sententiam proponere. Et non minimi videtur esse momenti, dignoscere, an heres quibusdam

⁵⁷ L. 41. §. 2. D. de legatis I.

⁵⁸ §. 10. I. de legatis.

⁵⁹ Thibaut, System §. 752. Vgl. oben Anm. 37.

* Rhein. Museum für Jurisprudenz V. S. 204—254. (1833.)

** Lehrb. §. 576. Anm. 6.

¹ Cf. Heise, Conspect. V. §. 238. nota.

² Thibaut, System, §. 754. nota n.

casibus solvere debeat, quod solvere non, sed non exigere iussus est, an contra dicendum sit: cum et in ipsa L. 25. cit. adfirmetur, quotidiana ea esse. Quare Paulus rogatus, ut plenius, quae ad haec spectant, attingeret, fecit id quidem pro suo brevissime ratiocinandi more: nobis tamen pleniore opus est interpretatione, cum id quoque in ambiguo sit, an recte nobis Pauli verba tradita sint. An aliquid attulerim ad conciliandas sententias de hac re ter quaterve iam singulari dissertatione tractata, necdum ita, ut omnes consentiant, explicita, aliorum iudicio permittendum est.

§. 1.

Praemonita de legata liberatione.

Tria praecipue sunt genera legatorum, quae ad debitum aliquid ita respiciunt, ut ex eo, ut ita dicam, substantiam suam capiant: legatum nominis, i. e. fere cessio actionis alicui relicta, sive actionis cedendae heredi imposita necessitas: legatum debiti, quo iubetur successor solvere alicui, quod ei debetur; quod licet et non legatum solvi oporteat, non tamen per omnia inutile esse eiusmodi legatum constat, tum propter probationem tum propter novas quibus heres tenetur ex testamento actiones: tertium deinde de quo nunc ex proposito dicam, legatum liberationis, sive legata liberatio, ut Romani, qui verbo legati plerumque adiective utuntur, loqui solent. Liberationem igitur relinqui sive per legatum sive per fideicommissum, quod iam eiusdem valoris est³, tunc dicimus, cum id testator voluit, ut debitor quis a debito liberetur; sive sit heredis, sive testatoris debitor, qui iam heredis fit, sive cuiuslibet alterius: Nam „non solum nostrum debitorem, sed et heredis et cuiuslibet alterius, ut liberetur, legare possumus“⁴. Iam vero de eo tantum casu dicam, si testator suum aut heredis debitorem liberari voluit; de altero in extremum pauca adiciam. Apparet enim aliam rem esse, si suum debitorem heres liberare debeat, qui idem creditor debitorem conveniendo contra testatoris voluntatem agit; aliam, si tertii cuiuslibet, qui testatoris iudicium agnoscere non cogitur, neque eo, quo minus debitorem suum conveniat, prohibetur.

Quam variis autem et maxime diversis verbis testator volun-

³ L. 2. Cod. commun. de legat.

⁴ L. 8. D. de lib. leg.

tatem suam, liberationem legandi, declarare possit, titulum D. de lib. leg. vix aspiciens facile videris. Quorum et diversos esse effectus, cum videri possit, duos praecipue liberationis legandae modos distinguamus: unum, si verbis stricte interpretandis liberatio relicta est; si nimirum testator aut directe liberationem dat, ut „Titio liberationem lego, Titium libero“⁵; aut heredem, ut liberet debitorem, iubet, ut „heres damnas esto liberare, acceptum ferre“⁶, aut, ne debitum exigat, vetat, ut „heres damnas esto, non petere“ sive fideicommissariis verbis „peti nolo, molestari nolo“⁷; alterum si testator rem ipsam, quae debetur, debitori legat, ut „Titio X, quae mihi debet, sive Stichum, quem mihi „debet, lego, heres damnas esto dare“. Alias quidem nemini id, quod in eius ipsius dominio est, recte legatur⁸; at „omnibus debitoribus ea, quae debent, recte legantur, licet domini eorum „sint“⁹. Aperte enim contra testatoris voluntatem fieret, si eiusmodi legato propter verborum subtilitatem pro inutili habito, debitor nihilominus conventus solvere cogeretur. Inde iam in vetere legatorum iure, uti probat L. 1. cit., maxime vero postquam legata exaequata sunt fideicommissis, eiusmodi legatum valere debuit. Et exstant in hoc titulo plura exempla; eaque fere omnium formularum, quibus res, ex antiquo quidem iure cum valde diversis effectibus, relinqui solebant; legati per vindicationem scilicet, per damnationem et sinendi modo¹⁰. Sinendi modo res debita debitori haud dubio relinqui potuit, etiam secundum eorum sententiam, qui verba testatoris strictissime ita interpretabantur, ut heredem ad praestandum aliquid non obligari dicerent¹¹. Sed et per vindicationem et per damnationem recte legabatur secundum L. 1. D. h. t., quam ad hos casus praecipue spectare, verba eius docent, ut cum in aliis dubitatio illa „licet domini eorum sint“ intervenire non potuit¹². Item etiam fideicommissariis verbis rem debitam debitori recte relinqui consequens est¹³.

Quaeritur igitur, an, quibuscunque etiam verbis testator usus

⁵ Cf. L. 20. D. h. t.

⁶ L. 3. §. 3. L. 19. 23. ibid.

⁷ L. 8. §. 2. L. 45. 20. 22. 23. ibid.

⁸ §. 10. J. de legat. L. 4. §. 2. de regul. Caton.

⁹ L. 1. D. h. t.

¹⁰ §. 2. J. de legat. Gai. II. §. 194 seq.

¹¹ Gai. II. §. 210. Cf. L. 16. D. h. t.

¹² Cf. L. 75. §. 2. D. de legat. I. et L. 25. D. h. t.

¹³ L. 28. §. 2. L. 31. pr. §. 4. D. h. t.

sit, semper idem, et quis effectus sit liberationis legatae. „De effectu legati videamus: et si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor; sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem“¹⁴. Eaque regula generalis proponitur, nulla facta differentia, quibus verbis liberatio legata sit. Item alio loco¹⁵: „Quod mihi Sempronius debet, peti nolo: non tantum exceptionem habere debitorem, sed et fideicommissum, ut liberetur, petere posse“. Non ita tamen liberandus est, ut ultra voluntatem testatoris consequatur aliquid vel ipse debitor vel alius, cui nihil legatum est. Quare si heres damnatus sit, intra certum tempus non petere a debitore, vel a solo debitore non petere, cum aperta sit testatoris voluntas, ut post certum tempus, vel ab herede debitoris peti possit: debitor non est liberandus per acceptilationem, per quam ipso iure sublata obligatione, nec postea vel in heredem actio competere posset¹⁶. Aut si liberatus non solus sit debitor, sed cum eo alii simul debeant, ut si forte sint duo rei promittendi, vel fideiussor obligationi accesserit, et testator unum correorum vel fideiussorem liberari iussit; non per acceptilationem liberandi sunt, sed per pactum, ita tamen, ut etiam ii conveniri nequeant, qui debitum solutum vel partem eius ab eo, cui liberatio relicta est, repetere possunt; ut si duorum reorum promittendi sociorum, vel debitori, cui fideiussor accessit, liberatio relicta sit: ne hoc modo indirecte in vanum abeat legatum liberationis¹⁷.

Liberatione igitur legata obligatio non tollitur ipso iure, sed per exceptionem, nisi accesserit acceptilatio ab herede facta, quam tamen ut faciat, plerumque ex testamento conveniri potest. At tunc fortasse ipso iure tolli obligationem, contendere poterit, si non liberatio verbis legata sit, sed res debita, ut „Titio decem vel Stichum, quem debet, lego“. Cauter enim videtur haec distinguere Ulpianus, qui lib. 21. ad Sab. dicit¹⁸. „Omnibus debitoribus ea, quae debent, recte legantur“, deinde lib. 23. ad Sab.¹⁹ „Liberationem debitori posse legari, certum est“; ad quod posterius tantum pertinere videtur d. l. 3. §. 3. ibid. Sed nullibi mentio

¹⁴ L. 3. §. 3. ibid.

¹⁵ L. 22. ibid.

¹⁶ L. 8. §. 4. 3. ibid.

¹⁷ L. 3. §. 3. L. 5. ibid. Cf. L. 21. §. 5. L. 22. D. de pactis.

¹⁸ L. 1. D. h. t.

¹⁹ L. 3. pr. ibid.

fit differentiarum, quas ex illa verborum differentia nimia subtilitate aliquis quaerere posset; contra, etiamsi secundum verba testatoris res debita videatur legata esse, tamen ius liberationis legatum esse dicitur²⁰; huius vero iuris legati vis ac potestas supra allegatis fragm. generaliter describitur: unde nihil est, cur aliud hoc illove casu de eius legati effectu statuamus.

§. 2.

De effectu legati liberationis, si nihil debetur.

Postquam breviter exposui, quae sint vires liberationis legatae, si debitum, ad quod eiusmodi legatum testator referre videtur, revera subsit, iam ad alteram progrediar quaestionem, quid iuris sit, si nihil debeatur. Et prima quidem facie offert sese haec sententia tunc et legatum nullum esse; a debito enim nullo non posse contingere liberationem, rei vero impossibilis nullum esse legatum. Multa tamen huic sententiae refragari videntur, et contrariae de ea re Iurisconsultorum opiniones sunt. Sunt enim, qui dicant, eum, cui nihil debenti liberatio relicta sit, interdum etiam petere ab herede posse, quod legato illo comprehensum sit. Quare diligentius, quae ad haec spectant, inspecturus, primum, quid natura rei et ratio iuris suadeat; deinde quomodo quae de hac re exstant Ictorum Romanorum responsa interpretanda sint, inquiram. Plerumque enim, quae ratio iuris nos docet, et ex illorum fragmentis erui posse speraverim, quamquam saepius quoque ea, quae nobis ex natura rei eruisse videmur, corrigere iisdem movemur.

Si igitur

I. liberatio relicta sit quibuscunque verbis, non adiecta quantitate nec demonstrata re debita, ut „Titio quod debet lego, fundum quem debet, lego“, nihil in legato esse nec peti posse, quod testator falso deberi dixit, admodum in promptu est. Quid enim est, quod petatur? fundus scilicet, qui debetur, aut tot nummi, quot debentur. At omnino nihil debetur, itaque nemo dicet, quid quantumve legatum sit. Qua de re insuper diserte probata²¹ omnes Iurisconsulti conveniant necesse est. Quid vero?

II. si res vel quantitas, quae debeatur, demonstrata sit, quam

²⁰ L. 21. pr. L. 31. pr. in fine. ibid.

²¹ L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. — L. 25. pr. D. h. t.

postea apparet non deberi? ut „Titio centum, quos mihi debet, lego, remitti volo“ etc. aut: „fundum Cornelianum, quem debet, lego“ et similia.

Et si quidem

1. testatoris voluntatem respiciamus, quam in omni legatorum interpretatione maxime sequendam esse constat²²: inde quod testator alicui remitti voluit, quod forte errore captus eum sibi debere putavit, non protinus sumi potest, eum eidem etiam aliquid, imo adeo tantum, quantum vult remitti, legaturum fuisse, si nihil eum debere scivisset. Aliud enim est, heredem, ne exigat debitum, vetare; aliud, eum damnare, ut rei suae aliquid in alium transferat. Nonnullus enim vel misericordia ductus erga pauperem debitorem, vel ne heres longis et incertis litibus implicetur, praecavens, forte etiam debitorem solvendo non esse videns itaque vanam generositatis laudem affectans aliisve rebus facile quidem commovebitur, ut ei, quem debitorem suum putat, remittat debitum, quamquam alias ei legaturus non fuisset.

Certe nonnunquam contraria testatoris voluntas apparebit vel ex ipsis quibus utitur verbis, vel ex qualitate personae, cui liberationem legavit etc. Ut puta: testator fratrum suorum uni centum, alteri centum, quos sibi debeat, legavit; hunc vero postea apparet nihil debere. Si probetur, testatorem de debito fratris errasse, non sine ratione mihi videtur contendere, etiam fratrem secundum centum petere posse²³. Hoc vero nihil proprium est legati liberationis, sed idem eadem ratione admitti debet et in legato nominis, quod tamen alioquin, debitore non existente, inutile esse, indubitati iuris est²⁴. Plerumque igitur, nimirum non interveniente huiusmodi singulari ratione, coniectura voluntatis testatoris rationem sufficientem nobis non praebet, ex qua legatum liberationis, si nihil debeatur, ita convertamus, ut etiam aliquid peti possit.

2. Idem directe reprobatum comparatione liberationis legatae cum nomine legato. Nomen legatum secundum d. l. 75. §. 2. etiamsi res certa vel quantitas demonstrata sit, inutile est, si nullus est debitor. Liberatio vero legata quid aliud est, nisi nomen ipsi debitori legato? Ut nomine legato heres actiones suas adversus debitorem in commodum tertii cuiusdam exercere prohibetur,

²² L. 5. §. 3. ibid. L. 72. §. 6. D. de cond. et dem.

²³ Cf. L. 57. D. de legat. 1. L. 6. Cod. de fideicom. L. 28. §. 3. D. de lib. leg.

²⁴ L. 75. §. 2. D. de legat. 1.

i. e. tertio actiones cedere debet; ita liberatione legata in ipsius debitoris commodum actiones exercere non potest. Quare vero eiusdem demonstrationis „decem, quos mihi Titius debet“ maior vis sit, si ipsi Titio, quam si Seio legentur, non video.

III. At vero legatum debiti, si res vel quantitas certa alicui legata est, etiamsi probetur nihil deberi, nihilominus utile est, quasi falsa demonstratione adiecta. In iure nostro scilicet regula recepta est, legata non vitari, si testator aliquas rei legatae qualitates nominaverit, quae ei non insunt; si modo nihilominus certe appareat, quam rem legare voluerit²⁵. „Itaque si ita scriptum sit, Stichum quem a Titio emi“, si constat, de quo homine senserit testator, ad rem non pertinet, si is quem emisit significavit, donatus esset“, nec, quod Stichum satis iam solo nomine demonstratum pluribus adhuc verbis demonstrare voluit, ob errorem in his verbis intervenientem legatum perimi debet. Item falsa causa, (nisi conditionaliter adiecta sit) qua motum se legare testator dicit, non vitiat legatum²⁶; quia ratio legandi legato non cohaeret²⁷. Et tantum si testatorem non errantem legatum non fuisse probetur, doli exceptione legatarium petentem excludi, eadem l. 72. cit. asseritur.

Hanc igitur regulam in legato debiti valere, pluribus locis diserte scriptum est²⁸. His sc. verbis: „decem, quae debeo, lego“, testator voluntatem suam declaravit, ut res legatario detur; nec ad rem pertinet, qua ex causa, nec quod falso dixit, rem debitam esse. Nonne igitur idem et in legato liberationis valere dicendum est? Nonne hac re infirmantur ea, quae supra ex coniectura voluntatis pro contraria sententia allegavimus? Nimirum si aliquis creditori suo putativo legaverit, eum eidem etiam de debito non errantem legasse, non magis videtur praesumi posse, quam si debitori liberationem legaverit, imo minus fortasse, quia qui liberationem reliquit, tamen liberalitatem erga legatarium exercere voluit; qui vero debitum legat, nihil amplius dari iubet, quam quod et non legatum dari oportere putat. Sed differentiam inter legatum debiti et liberationis, ex eaque rationem, ob quam aliud in hoc, aliud in illo statuendum sit, sequentibus me satis probaturum esse confido.

²⁵ L. 108. §. 10. D. de legat. I. L. 47. L. 40. §. 4. D. de cond. et dem.

²⁶ L. 17. cit. §. 2. 3.

²⁷ L. 72. §. 6. eod.

²⁸ L. 75. §. 1. D. de legat. I. — L. 93. §. 1. de legat. III. — L. 2. Cod. de falsa causa adiecta.

1. Debito legato, ex ea causa, quod heres rem aliquam dare iubetur, etiam verba testatoris, nisi expresse contrarium dicant, regulam illam de falsa demonstratione semper admittant necesse est. Ut si „Titio Stichum, quem debet, lego“; ademptis his verbis „quem debet“ quasi falsa demonstratione, reliquum est: „Titio Stichum lego“. Liberatione vero legata, etiamsi ea verba, quae ad debitum respiciunt, ut inutilia penitus tollenda esse censeamus, saepissime tamen verborum necessitas nequaquam nos coget, ut legatario etiam petendi id, quod legato comprehensum est, ius tribuamus. Cuique enim in promptu est videre, tunc saltem aliter rem se habere, si heres non dare alicui, quod debet, sed eum liberare iussus sit: quo non solum pertinet, si heres damnatus sit non petere²⁹, sed plurima, quae in huius tituli fragmentis occurrunt; ut „remitto, libero, heres damnas esto liberare, acceptos ferre“ etc. Quid enim? falsa demonstratione pro non adiecta habita, reliquum est: heres damnas esto Titio decem remittere etc. Quod quis interpretabitur, decem debere dari? Ita igitur legata liberatione ne quaeri quidem potest, an heres totidem dare debeat, cum neque verba id iubeant, neque ea voluntas testatoris appareat. Tunc quidem propter verba legati quaeri posset, si heres rem debitam debitori dare iubetur; ut si Titio Stichum, quem debet, lego; quippe adempta falsa demonstratione, maiori ratione contendere videtur, dari oportere, quod „dari“ verba iubeant; et quanquam alioquin idem huius legati effectus sit, qui quocumque modo legatae liberationis, tamen si nihil debeatur, verborum diversitatem diversum sequi effectum. Sed hoc quoque casu hoc dici non potest, si species quasi debita debitori legatur, quae in eius dominio est; quia nemini ipsius res recte legatur³⁰, nisi quatenus hoc modo liberatio legatur³¹.

2. At etiam in caeteris casibus omnino negandum est, falsam demonstrationem in legato liberationis eodem modo intelligi, quo in legato debiti. Falsa demonstratio, quae non vitiet legatum, ea esse debet, ut omnino nihil afferat ad rem legatam magis demonstrandam; sive vera sit sive falsa. Ita qui certum aliquid quasi debitum alicui quasi creditori legat, rem legat, quae per se satis definita eademque est, etiam si non debetur; hoc igitur

²⁹ quod solum excipit Thibaut. §. 754.

³⁰ §. 10. J. de legat.

³¹ L. 1. D. de lib. leg.

legatum eiusdem rei est, sive vera sit illa demonstratio sive falsa. Liberatione vero legata, etsi testator ita locutus sit, ut res debita potius quam liberatio debitori relicta esse videatur, tamen ius liberationis relictum esse sup. §. vidimus. Iam vero, si falsam demonstrationem pro non adiecta habeamus, legatum omnino aliud fit; et pro legato iuris liberationis, quod secundum verba esse videtur, ponitur legatum rei. Non ita autem adhibenda est regula de falsa demonstratione legatum non vitiante, ut legatum penitus convertatur.

Deinde cum testatorum verba ita interpretari debeamus, ut aliquid sensisse videantur, nec nugarum causa superflua et discrepantia eos adiecisse facile credendum sit, praesumendum est, eum, qui verbis illis usus est, etiam voluisse ius liberationis relinquere; huius vero iuris nulla vis nec substantia est, si nihil debetur, itaque nihil reliquisse videtur, item ut qui nomen non existens legavit. Tunc quidem et legatum nominis et liberationis falsa demonstratione non perimi, consequenter dixeriss si testator debitum, ad quod legatum hoc referri voluit, falsa quidem demonstratione significaverit; attamen debitum sit et constet, de quo debito testator senserit: ut si legaverit Seio vel Titio decem, quos Titius ex causa crediti debeat; Titius vero non ex causa crediti sed ex causa venditi decem debere probetur. Tunc enim legatum semper idem est, nomen sc. vel liberatio decem³².

3. Cum testator dixerit: „Titio decem vel Stichum, quem ei debeo, lego, dari volo“, eum voluisse decem vel Stichum Titio dari, haud dubio apparet. Iam igitur si heres contendat, se dare non debere, legatum inutile esse, rationes, quibus nititur, probare necesse habet. Sufficiens autem ratio non haec est, quod testator revera nihil debuerit Titio; nisi simul probetur, testatorem errasse, et alioquin nihil legaturum fuisse³³; nam non apparet, eum solummodo, quia eum debeat, Stichum Titio dari voluisse. Contra qui liberationem legavit, dari aliquid non iussit; etiamsi enim dandi verbo usus sit, tamen ea est, ut vidimus, natura eius legati, ut heres non dare aliquid sed non exigere, liberare teneatur (§. sup.). Si igitur legatarius nihilominus sibi dari oportere contendat, rationes adferre debet, propter quas plus, quam testatoris verba demonstrant, petat, rationem vero sufficientem legatarius non

³² Cf. L. 19. §. 4. D. de cond. et dem.

³³ L. 72. §. 6. ibid.

magis, quam supra heres, ex ea sola re quaerere potest, quod debitum deficiat. Deinde:

4. Si supponamus, utrumque testatorem errasse; eum qui liberationem legare voluit, etiam aliud quid legaturum fuisse, si de debito non erravisset, magis quidem putaverim, quam eum, qui debitum legavit³⁴. Sed multo minus probabile est, eum testatorem, qui se debitorem esse testamento ipse confitetur, erravisse, quam eum, qui alium quendam sibi debere putat, eique liberationem legat. Lubentius enim quisque se generosum creditorem iactabit, et qui forte iam litigavit cum debitore debitum agnoscere nolente, nec obtinere potuit, postea magnanimi vultu se debitori donare velle, quae debeat, dicet. Non facile autem confitebitur aliquis se debitorem esse, nisi qui et omnimodo dari vult; et eo ipso, quod debitum legat, omnem dubitationem, an vere debeat, rescindere velle videtur, cum quod debetur tamen dari oporteat. Praeterea etiam iustas habere potuit rationes, quibus, sciens nihil deberi, legaverit tamen quasi debitum: ut puta non voluit videri homini alicui aliquid reliquisse, sive quia se non ita ei coniunctum et amicum pronuntiare voluit, sive ne alii sibi coniuncti, quibus minus forte reliquit, offendantur; et quae alias eius dissimulationis sint causae.

Tale igitur legatum quia omni casu valet, nemo probare studebit, testatorem nihil debuisse; ita que testator facile assequetur, ut voluntas sua legandi dissimuletur. Contra si sub legatae liberationis forma legatum sit, nullum finem video falsae demonstrationis. Nam si supponamus, eum, cui liberatio ab indebito relicta est, etiam petere posse, quod legato demonstratum est: priusquam petat, probare debet, se nihil debere; ut cum alioquin tantum solvendi necessitate liberari, non autem sibi dari oportere secundum verba testamenti recte contendat. Iam igitur semper apertum fieret, testatorem etiam dare aliquid voluisse. Caeterum etiam nihil eius intererit id dissimulari, cum et liberationem legando liberalitatem exercere videtur. Sed sinamus has ex singulis casibus haustas nec vere iuridicas rationes: validioribus enim rationibus iam probasse mihi videor: inde quod legatum pseudo-debiti non sit inutile, non protinus sumi posse, idem in legato liberationis valere; neque igitur infirmari, quae supra pro sententia eorum, qui legatum liberationis nullum esse censent,

³⁴ Cf. supra pag. 13.

allata sunt. Nunc vero videndum est, quatenus haec Iuriconsultorum Romanorum responsis congruant.

§. 3.

Leges, quibus praecedentia muniuntur.

1) L. 7. §. 2. D. de lib. legata. Ulpian. 23. ad Sabin.

Sed si debitorem decem damnatus sit viginti liberare, Julianus scripsit nihilominus esse liberandum decem. Nam et si viginti ei accepto ferantur, in decem liberabitur.

Si tale legatum legato debiti comparandum esset, dici debuisset, etiam peti decem posse. Creditori enim decem, si viginti quasi debita legata sunt, viginti competunt, nec quod supra decem est, inutile legatum videtur. Liberatione vero legata, ita affirmatur fragm. proposito, cum heres nihil dare, sed accepto ferre obligetur, accepto ferendo autem tantum liberatio eius quod debetur contingat, nihil amplius quam decem liberationem legato illo contineri.

2) L. 7. §. 4. eod.

Liberatio autem debitori legata ita demum effectum habet, si non fuerit exactum id a debitore, dum vivat testator; caeterum si exactum fuerit, evanescit legatum.

L. 21. pr. eod. Terentius ad leg. Jul. et Pap. lib. 12.

„Si id, quod mihi deberes, vel tibi vel alii legavero, idque mihi solveris vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris, exstinguitur legatum“.

Si legati liberationis ea utilitas est, ut, cum nihil debeatur, peti possit, quod legato comprehensum est, idem eadem ratione dicendum esse videtur, si quod debebatur deberi desierit, die legati cedente: at fragmentis citatis contrarium tamen asseritur; certe ex ea ratione, quod semper inutiliter relinquitur liberatio nihil debenti. Praeterea l. 21. cit. approbatur comparatio legati nominis et liberationis, quam supra proposui, „Si id quod mihi deberes vel tibi vel alii legavero, . . . exstinguitur legatum“.

Ne autem dicas, his casibus ex ea causa inutile esse legatum, quia testator, qui exegit vel solutum accepit, voluntatem mutasse videtur: alia subiicitur lex,

3) L. 24. ibid. Papinian. lib. 8. respons.

Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum

cogitatum videtur, quod in obligatione manserit. Itaque si quid ante apertas tabulas fuerit solutum, ad fideicommissum non pertinebit.

„Ante apertas tabulas“ dici de tempore post mortem testatoris ante aperturam tabularum lege Julia praescriptam, constat; et praeterea de heredis debitore sermo est, qui etiamsi vivo testatore solverit, non tamen ex iudicio testatoris solvisse videtur. Itaque mutatio voluntatis testatoris hoc loco cogitari non potest; nihilominus dicitur: testatorem de eo tantum cogitasse videri, quod in obligatione manserit.

Neque haec tantum valere, si liberari verba testatoris iubent, sed etiam si legatum ad rem, quae debeatur, direxit, eamque legavit vel dari iussit, argumento sint L. 21. cit. et

4) L. 31. pr. eodem. — Scaevola lib. 3. resp.

„Gajo Sejo quidquid mihi sub pignore hortorum suorum debuit, ab heredibus meis dari volo“. Quaero cum testator vivus a Sejo aliquid recepit, an id ex causa legati peti possit: Respondit secundum ea, quae proponerentur, non posse. Idem repetiit et ait, testatorem ante factos codicillos pene omnem pecuniam sortis et usurarum recepisse, ita ut modicam sortis et usurarum debeatur, et quaesivit an ei petitio competeret propter verba ad praeteritum relata, „quidquid mihi debuit“. Respondit: prius quidem secundum ea, quae proponerentur, recte responsum est. Verum posterius propter ea, quae in tempore adderentur ita ab iudice aestimandum, ut inspiceret, oblivione pecuniae numeratae, an quod eo inscio numerata esset, id fecisset; an consulto, quod quantitatem quondam debitam, non ius liberationis dare voluisset.

Testator igitur Seio dari voluit, quidquid sibi debuit; nihilominus, si die legati cedente nihil debeatur, nihil peti posse dicitur; quia nihil nisi ius liberationis legatum esse videatur. Attamen cum hic verba aliam quoque interpretationem admittant, a iudice aestimandum esse dicitur, an etiam ius liberationis relinquere voluerit, an verba illa „quidquid debuit“ maxime cum ad praeteritum relata sint, rei demonstrandae gratia adiecerit: ut si testator tempore scriptorum codicillorum bene scivisset, Seium omnia vel plurima solvisse. Si non singularis ratio aliud suadet; quia liberatio relicta esse videtur, nihil aliud in legato est. cf. supra §. 2. I. 1. —

Ne vero quis obiiciat, leges hucusque allegatas nulla sententiae nostrae praebere argumenta, ut cum in illis nec quantitas nec res certa nominata sit; qua non nominata legatum liberationis inutile esse, si nihil debeatur, ab omnibus concedi. Ea enim ratione legatum, quantitate non adiecta, nullum esse dicunt, quia non apparet, quid quantumve legatum sit³⁵. Si vero, quod unquam debitum postea deberi desiit, legatum sit, et quantitate non adiecta probari tamen potest, quantum debitum, quantum igitur legatum sit. Alia itaque ratio esse debent, propter quam plerumque tamen nihil inest huic legato; eaque est, quam ex l. 31. cit. desumere licet, „quod non dandum aliquid ab herede sed ius liberationis legatum esse videtur“. Denique:

5) L. 75. §. 2. D. de legat. I.

Quod si addiderit, „decem, quae mihi Titius debet, lego“, sine dubio nihil erit in legato (sc. si Titius nihil debeat): nam inter falsam demonstrationem et falsam causam sive conditionem multum interest.

Sunt quidem, qui legem hanc ad legatum liberationis non spectare, sed totam de legato nominis non existentis intelligendam esse censeant; quia in §. praecedenti Ulpianus praecipue tantum de eo loqui sibi proposuerit. Plura autem aliud mihi persuadent: sc. verba haec „decem quae mihi Titius debet, lego“ spectare ad legatum liberationis subintelligendo: „Titio“, non „alii“ lego. Videntur enim opponi haec: „quae mihi Titius debet, lego“ et „proinde et si Titio legavero, quae mihi Seius debet“; nec ulla videtur ratio esse, cur subiiciatur secunda propositio „proinde et etc.“ si in pr. §. subintelligeretur „alii lego“ — cum ita eadem propositio bis recenseretur. Deinde etiam §. praecedenti „cum si decem, quae Titio debeo, legavero“ aperte subintelligitur: Titio legavero. Probabilius adhuc videtur, in §. 2. consulto indefinite dictum esse — „quae debet, lego“, sc. vel ipsi Titio vel alii, ut ita comparentur legatum nominis et liberationis, ut in l. 21. D. de lib. leg.; deinde in specie considerari legatum nominis, quod indicat verbum „proinde“ consequentiam quandam exprimens. Et ratio quoque sententiae adiecta similiter legato liberationis, ita concepto, et legato nominis convenit. Falsa causa nimirum hoc loco non id intelligi potest, ob quod testator se legare dicit;

³⁵ L. 75. §. 1. D. de legat. I.

quae legatum non vitiat³⁶; neque conditio id, de quo pendet, an dies legati cedat, an non cedat: sed falsa causa sive conditio hoc loco id esse mihi videtur, quo totum legatum quasi continetur, quod ita in se habet demonstrationem legati, ut, ea falsa, nihil omnino demonstratum sit, —³⁷ idque maxime diversum esse a demonstratione rei legatae, qua huic et alias satis determinatae qualitas quaedam inesse falso dicitur, apparet. Rationis supradictae igitur haec mihi videtur vis esse: Verbis laudatis sive liberatio sive nomen legatur: utriusque legati autem ea est conditio, ut sine debito haud dubio utrumque inutile sit: ut cum alioquin neque liberatio nec actio legatario dari possit.

His partim ex re partim ex legibus ductis rationibus, nisi aliud quid obstet, satis probari censeo, ex legato liberationis in dubio nunquam ius nasci legatario petendi aliud quid, quam liberationem. Restat mihi interpretatio eius legis, quae maxime contrariae sententiae occasionem praebuit.

§. 4.

Interpretatio L. 25. D. de lib. leg.

1) Si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest heredem suum iusserit, ut eum liberet, an prohibeat eum exigere. Utroque enim modo liberandus est debitor, et utroque modo competit ultro ad liberandum actio. Quod si etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est; quod si nihil debeat, poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta etiam peti quod comprehensum est posse.

Directo contrarium igitur sententiae nostrae videtur affirmari verbis postremis: quasi falsa demonstratione adiecta etiam peti posse, sine differentia, quibus verbis legatum sit; generaliter enim Paulus loquitur „si centum aureorum mentionem fecit“. Adeo ex verbis illis: „si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est“ videtur sumi posse, heredi etiam probationem imponi, eum, cui liberatio relicta est, debitorem esse; alias heredem tantundem dare debere. „Si enim debitor fuisse probetur, liberandus est“. Legatarium vero contra heredem negantem probaturum esse, se

³⁶ L. 17. §. 2. D. de cond. et dem.

³⁷ Cf. L. 72. §. 6. D. de cond. et dem. — supra §. 2. III. 2.

esse debitorem, ut dein liberetur, non credibile est: heres igitur esse videtur, qui probat. Heredis autem quid interest probare, eum esse debitorem, quem tamen liberare debet, nisi, si non probetur, etiam ad alia maiora heres obligatur?

Paulus deinde pergit hisce:

2) Sed poterit hoc dici, si ita legavit: „centum aureos, quos mihi debet“, vel „Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere“. Quod si sic dixit: „heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare“, etiam illud tentari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta; quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit.

Mirum plerisque visum est, maxime eo casu peti posse, quod legato liberationis comprehensum est, cum minime ea vis esse videatur verborum, quibus testator usus est. Formula enim proposita „heres damnas esto non petere“ nullum omnino ius directe tribuitur legatario, nec heres dare aliquid aut facere iubetur, sed tantum prohibetur petere. Quomodo haec ita converti possunt, ut legatarius contra petere possit? Eo magis cunctati sunt recipere hanc interpretationem, cum sequentibus ne tunc quidem, quum heres damnatus est dare, peti posse, si nihil debeatur, comprobetur. Recte igitur lectionem corruptam esse censentes, variis modis corrigere studuerunt. Alii interponendum esse dixerunt verbum „non“³⁸; quo quidem verbo tam potenti quam parvo facile difficultas omnis sublata est: „Sed non poterit dici“ etc. At si omnia manuscripta aliam approbant lectionem, rarissime tam violenta correctione utendum est. Itaque magis approbaverim aliorum correctionem, qui post: damnas esto non petere, tantum interpunctionem mutandam esse censuerunt; ut loco puncti ponatur signum interrogationis (?): quam correctionem facilius admittamus, quia manuscriptis nostris interpunctiones observatae non sunt; hoc autem loco eo facilius error intervenire potuit, quia non praecedit particula interrogativa, et non admodum in promptu est propositionis huius tenor. Erit nimirum haec: „Sed poterit hoc dici... heres d. e. non petere?“ Non respondetur ad hanc quaestionem. At responsum secundum brevissime dicendi modum, quem saepius in Pauli fragmentis nec nunquam stupentes admiramur, ipsa iam interrogatione continetur. Luce enim clarius putavit, huius pro-

³⁸ Coi. ac. ad African. Tractat. V. ad h. l.

positionis non eum esse valorem, ut debitor putatus petere possit; idque ne operae quidem pretium habuit apertis verbis negare. Ita quidem non improbabilis inventa est huius loci interpretatio, secundum quam Paulus excipere voluit casum singularem a regula generali.

Sed alia restat difficultas. Quaeritur quare Paulus eum quoque exceperit casum, si testator dixit: „heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare“. Maxime enim, si hac dicendi forma usus sit testator, tentari posse videtur, ut Titius centum petere possit³⁹. Auctor autem noster contrarium asserit: „quod mihi nequaquam placet“. Eius rationem sunt qui quaerendam esse dicant ex propria et stricta verbi „dare“ significatione in iure Romano: quippe quod semper ad obligationem aliquam respiciat; idque etiam indicari his verbis: „ad debitum enim dandi verbum referre se testator existimavit“. Et verum quidam est: Dare praegnanti quodam sensu significare: transferre in dominium alterius, quod eius nondum fuit; itaque in actionibus, quibus res debitas aliquis persequabatur, solennia fuisse haec verba „dari oportere“, quibus in rei vindicatione, qua nostrum persequimur, uti non poterant⁴⁰. At non recte dicitur, Romanos Dare stricte semper ad solutionem obligationis referre. „Ita datur“, Gaius ait, „ut nostrum fiat, nec res quae nostra est, amplius nostra fieri potest“; quod iisdem fere verbis dicunt Inst. l. c. — Quare quidem „dare oportere“ proprium est formulis actionum ex obligatione natarum⁴¹. At nemo certe contendet, eum, qui nullo praecedente negotio rem suam donandi causa alii mancipavit, non dedisse. Quis enim magis ita dat, ut res eius fiat? Ita quoque qui per vindicationem legat, legatario, ut cui hereditate adita ipso iure res legata acquiritur, certe non minus dat, quam qui obligationis solvendae causa rem debitam praestat. Quid? Indubitatum est, hanc formulam: „heres damnas esto dare“, solennem olim fuisse legati per damnationem, ex quo ante sublatam veteris iuris subtilitatem nascebatur actio in heredem, quasi ex re iudicata rem dare teneretur⁴². Neque tamen alia suberat huic actioni obligatio, nisi quae nascebatur ex testamento. Quare igitur in casu proposito aliud dicendum est, si tamen falsa demonstratio,

³⁹ Cf. supra §. 2 III. 1.

⁴⁰ Gai. IV. §. 4. — §. 14. 15. J. de action.

⁴¹ Cf. Gai. IV. §. 32. seq.

⁴² Gai. II. 193. 201. 204. — Cf. III. 173. 175. —

quae dicitur, quasi non adiecta legatum non perimit? Deinde etiam concessio, dandi verbum stricto sensu ad solutionem debiti spectare, nihil tamen sententiae Pauli, uti nunc proposita est, explicatum est. Dare oportere sc. eum dicimus, qui debet; heres autem damnatus est centum dare, quos Titius debet; quae vero Titius debet, ea heres nunquam potest dare sensu stricto; itaque nihil dixisset Paulus his verbis „cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimavit“. Tunc aliquid dixisse videretur, si de legato debiti eandem sententiam proposuisset, quam nunc de legato liberationis propositam esse quidam ex verbi „dare“ stricta significatione interpretantur. Si enim testator dixit: „heres meus Titio centum, quos ei debet, damnas esto dare“, praesumpta illa significatione huius verbi non sine ratione poterit dici, nihil peti posse, si nihil Titio debitum fuisse constet; quamquam alias contra dicendum sit. Rectius igitur cum Cuiacio l. c. dicemus: Dare esse pro condonare, remittere debitum⁴²; eaque ex causa dixisse Paulum, dandi verbum ad debitum referri. Hanc vero non strictam eius verbi significationem esse, Gai. et Inst. l. c. docent; sed potius ex voluntate testatoris desumpta est, qui etiam his verbis ius liberationis, non quantitatem relinquere voluisse putatur. l. ult. cit.

Ita intellecta haec propositio contradicere videtur primae parti huius legis. Eadem enim ratio, „quod testator ad debitum verba sua referre se existimavit“, item etiam in aliis liberationis legatae casibus omnibus, imo in plurimis magis adhuc valet; quia haec: „heres damnas esto liberare, accepto ferre, remittere etc.“ ipsa iam per se ad debitum respiciunt; non ita illa fragmento nostro recensita.

Alia igitur quaerenda est interpretatio huius legis, qua Paulum sibi ipsi et aliis supra allegatis reconciliemus. Id vero sequentibus assecutus esse mihi videor. Prima parte huius legis: „Quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adiecta etiam peti, quod comprehensum est, posse“ puto, non proponi regulam indubitatum, quam tantum quibusdam casibus non valere, deinde adiiciatur; sed ita potius eam interpretandam esse censeo: „posse aliquem dicere, esse fortasse, qui dicant, etiam peti posse“. Hanc autem opinionem se quoque probare, nequaquam Paulus affirmat; imo potius sequentibus eam refellere studet. „Sed poterit hoc

⁴² Cf. L. ult. §. 1. D. h. t.

dici“, ait, „si ita legatum sit, heres meus damnas esto non petere“? et quasi nemo futurus sit, qui id contendat, ne verbo quidem respondet ad hanc quaestionem, quam se ipsam refellere putat. Videre autem licet, multo facilius hanc interpretationem huius posterioris propositionis recipiendam esse, si praecedenti non indubitatum aliquid affirmari, sed quaestionem, quae iam sequentibus diiudicatur, proponi putemus: tunc enim non ita insuetus apparet hic dicendi modus, quo et in quotidiana conversatione saepius utimur.

„Quodsi sic dixit“, pergit, „heres meus damnas esto dare, etiam illud tentari poterit, ut petere possit“. Alio modo scriptum legatum liberationis allegat, cuius eam vim esse, secundum verba testatoris magis contendere potest. At id quoque nequaquam sibi placere, ait. Quamquam enim (ita interpretemur sequentia) dandi verbo testator usus est, inde tamen sumi non potest, etiam dari aliquid testatorem voluisse; dandi enim verbum ad debitum referre se existimavit, i. e. remitti, condonari debitori voluit; si igitur debitor non est, nihil est in legato.

Duobus hisce exemplis probavit, non recte dici, liberatione ab indebito legata etiam peti posse, quod legato comprehensum est. An vero sufficiunt haec exempla, ut probetur, idem in omnibus casibus dicendum esse? Nonne potius ideo haec duo exceptit, quia in caeteris iustam esse regulam putavit? Plane mihi videntur sufficere. Primum enim ea verba testatoris allegat, quae per se minime admittere regulam illam in promptu est; quorum tamen alias, si vere debetur, eadem potestas est, quae et caeterorum. Nam „quod mihi Sempronius debet, peti nolo, non tantum exceptionem habere debitorem, sed et fideicommissum, ut liberetur, petere posse“ Papinianus respondit⁴⁴. Deinde alia recenset legati verba, quae magis, quam ulla alia, admittere, imo quodammodo postulare videntur, ut etiam peti possit, si nihil debeatur; quae fere sola de falsa demonstratione sumtam rationem admittunt⁴⁵. Nihilominus etiam hoc casu reprobatur, aliud quid, quam liberationem ex eo legato peti posse.

Itaque in duobus extremis negata, in omnibus, qui inter eos sunt, casibus negasse sibi Ictus noster videbatur: cum prius adhiberet exemplum, si etiam secundum verba nihil nisi liberatio

⁴⁴ L. 21. D. h. t. Cf. supra §. 1.

⁴⁵ Cf. supra §. 2. III. 1.

legatum est; deinde aliud induceret, si testator rem debitam debitori legavit ⁴⁶.

Quam recte autem illud „poterit dici“ interpretemur problematice enunciatum esse, ex eo sumas, quod in eodem fragmento postea eadem verba occurrunt ita, ut haud dubio non assertoria sint. Reliqua pars legis, quam satis luculentam allegari necesse non est, tractat de debito legato; de quo aliud statuitur. Et monendum est, iungi haec cum praecedentibus particula „contra“, quae indicare videtur, aliam in legato debiti regulam, aliam in legato liberationis esse; itaque me recte interpretatum esse partem priorem. Nam non ita bene hoc „contra“ ad proxime praecedentia refertur, si his tantum exceptionem regulae contineri dicendum est. Neque obstat, quod iam attingi, quod initio legis dicitur „si heres fuisse probetur“; primum enim supposuit eum casum, de quo dubitatio nulla esse potuit; sc. iuridice verum, i. e. probatum esse, legatarium debitorem fuisse. Plerumque quidem, ut ex sequentibus apparet, nihil intererit heredis, probari, debitorem esse; neque legatarii, probari se nihil debere: si tamen, etiamsi nihil debeat, neque heres dare cogitur, neque legatarius petere potest. Interdum vero etiam interesse potest heredis vel tertii cuiusdam probari, legatarium esse debitorem, vere igitur legatarium esse; ut si de quarta Falcidia aut de iis, quae debitori liberato imposita sunt, perficiendis agatur. Deinde, ut nihil praetermittam, quod obstare interpretationi nostrae aliquantulum videtur: in hac propositione „Quodsi sic dixi — — — etiam illud tentari poterit“ hoc „etiam“ referri quidem posset ad alium casum, quo id assertorie dictum sit, quod hoc loco reprobatum; at idem etiam recte refertur ad proxime praecedentia, ut indicio sit, eandem quaestionem etiam de alio casu habitam esse.

Ita igitur lex per omnia plana rationabilem exhibet sententiam, omni difficultate interpretationis explosa, eaque interpretatio mihi ita in promptu esse videtur, ut mirarer, si non alius iam eandem protulisset; neque sine metu, ne dicam iam dicta ab aliis, quorum commentationes conferendi mihi copia facta non est, eam publice propono.

Secundum haec L. 25. D. de lib. leg. tantum abest, ut contrariam nostrae sententiam approbet, ut potius novum et praecipuum praebeat argumentum, liberatione quolibet modo testatoris

⁴⁶ Cf. supra §. 1.

heredisve debitori legata, si is debitor non esse probetur, nihil tamen ab herede peti posse.

Si autem testator ei, quem tertii cuiusdam debitorem nominavit, liberationem legaverit; tunc quidem heres eum, si debitor sit, aliquo modo liberare debet; si vero non debeat, ex voluntate testatoris, eaque proxime ex verbis, quibus legavit, eruenda, sumendum est, an heres eidem etiam tantum dare obligatus sit, quantum is tertio debere dictus est. Ita si heres iussus sit eum liberare, pro eo constituere pecuniam, expromittere etc., nihil esse in legato videtur, etiamsi quantitas adiecta sit: nisi singularis ratio aliud suadeat. Si vero testator ita dixerit „Titio centum, quae Seio debet, lego“ et similiter, haud dubio Titius omni casu centum petere potest, nisi aliud quid obstet. Ita enim non liberatio, sed centum legata sunt, quae heres ei dare iubetur; et nihil hic obstat regulae illi, quae etiam in legato debiti valet, falsa demonstratione legatum non perimi.

Vorstehende Abhandlung ist in Berlin als dissertatio inauguralis ad legem 25. Dig. de liberatione legata gedruckt und am 28. October 1825 vom Verfasser, „ut summi in utroque iure honores rite sibi concedantur“, vertheidigt und nur von der Fakultät an andere Fakultäten versandt worden, nicht auch in den Buchhandel gekommen. Vgl. darüber oben Nr. 50. S. 480. Anm. 488. Zu der dort angeführten älteren Litteratur erwähne ich noch einer Dissertation unter dem Titel: *Irenicum Pauli et Ulpiani L. XXV. D. de liberat. leg. et L. LXXV. de legat. I.* von Joh. Frid. Heunisch. Lipsiae 1727. Der Verfasser erklärt sich S. 15. sehr entschieden gegen diejenigen, qui glossatoribus subscribunt, quod Pauli ista verba: *Sed poterit hoc dici etc. affirmative concepta cum Azone et Accursio per interrogationem, ironiam et negationem legenda sint*; eben so aber auch gegen N. Faber's radicale Kur, den ganzen Satz hinauszwerfen. Er selbst nimmt an: Paulus spreche zuerst in den Worten „*sed poterit*“ etc. von einem legatum liberationis, dann aber „*quodsi sic dixit*“ etc. von einem legatum nominis, indem er in dem Satze „*heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare*“ den Dativ ei nicht auf den debitor Titius bezieht, sondern auf einen Anderen, dem vorher die liberatio vermacht sei. „*Risum teneas amice!*“ setzt er hinzu; aber es gelingt ihm schlecht, dem Freunde das Lachen zu benehmen. Als

übereinstimmend mit uns ist jetzt noch zu erwähnen O. Mueller de falsa demonstratione heredis institutioni vel legato adiecta comm. II. pag. 14. sq. Daß übrigens doch unter Umständen auch wohl ein Vermächtniß der Schuldbefreiung als Vermächtniß des angegebenen Schuldgegenstandes selbst für den Fall der Nichtexistenz der Schuldverbindlichkeit erkannt werden könne, was Brinz Pand. S. 903. fg. besonders hervorhebt, soll nicht bestritten werden und ist auch schon oben §. 2. S. 524. und in Nr. 50. bei Note 488. anerkannt. — In Betreff der L. 25. cit. hat jetzt Th. Mommsen folgende Emendation vorgeschlagen: Quodsi nihil debeat, inutile legatum est; certe poterit hoc dici, si ita legavit: „centum aureos, quos mihi debet“ vel „Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere“, quodsi sic dixit: „heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare“, etiam illud temptari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta; quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Diese Emendation beseitigt freilich alle Schwierigkeit; aber es ist etwas gewalthätig, die Worte „etiam peti quod comprehensum est posse“ zu streichen, und die Worte „inutile legatum est, certe“ hineinzusetzen. Und mir scheint zudem das schüchterne „poterit dici“ in Beziehung auf das erste Beispiel nicht paulinisch, die ironisch abfertigende Frage dem Charakter des Paulus mehr entsprechend.

53.

Zur Lehre vom Schuldvermächtniß.*

Wenn der Schuldner dasjenige, was er schuldig ist, eben als Schuldgegenstand dem Gläubiger lehtwillig hinterläßt, so liegt darin kein wahres Vermächtniß; es ist keine donatio testamento relicta¹, keine delibatio hereditatis², indem dadurch dem Gläubiger nichts, was er nicht ohnehin schon fordern könnte, zugewendet, der Erbschaft nichts, was sie nicht ohnehin entrichten mußte, entzogen wird³. Nur insofern

* Lehrb. §. 576. Anm. 7.

¹ L. 36. D. de legat. II.

² L. 416. pr. D. de legat. I.

³ L. 25. in fin. D. de lib. legata. 34. 3. „Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum“. §. 14. J. de legat. 2. 20. „si debitor creditori suo quod debet legaverit inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum“.

eß dem Gläubiger einen Vortheil, dessen er sonst entbehren würde, gewährt, auf Grund jener letztwilligen Anordnung seinen Anspruch geltend zu machen, kann ein Vermächtniß darin gefunden werden und die Wirkung eines Vermächtnisses eintreten⁴. Ein solcher Vortheil kann z. B. darin bestehen, daß eine Einrede, welche der Forderungsklage entgegengesetzt werden könnte, beseitigt wird⁵, oder darin, daß eine Befristung oder auch selbst eine Bedingung der Forderung wegfällt, in welchem Fall das *commodum repraesentationis*, ja, wenn die Bedingung deficirt, selbst der ganze Schuldgegenstand als materieller Vermächtnißgewinn sich darstellt⁶. Aber auch das schon erchien dem römischen Juristen ein Vortheil, daß der Gläubiger, dem bisher nur eine *honoraria actio* zustand, nunmehr eine *civilis actio ex testamento* erhielt⁷; wie viel mehr noch, wenn eine bisher ganz klaglose Forderung (*naturalis obligatio*) durch das Vermächtniß erst zu einer klagbaren erhoben wurde. Wichtiger als alles dieses aber ist, daß auch, wenn die angebliche Schuldverbindlichkeit des Erblassers gar nicht existirt, gleichwohl der Legatar den bezeichneten Schuldgegenstand zu fordern berechtigt ist, indem die Angabe, daß der Erblasser es schuldig sei, als *falsa demonstratio* des Vermachten angesehen wird, welche der Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht im Wege steht⁸, wobei freilich vorausgesetzt wird, daß der Erblasser den angeblichen Schuldgegenstand bestimmt bezeichnet habe; denn ein Vermächtniß, das nur besagte: „*Titio quod ei debeo, lego*“, würde völlig gegenstandslos sein, wenn eine Schuld des Erblassers an den Titius überall nicht existirt. Es hilft also dem Erben nichts, wenn er beweisen kann, daß der Erblasser das Vermachte nicht schuldig war; er muß in jedem Falle die Verbindlichkeit, dasselbe zu entrichten, anerkennen; nur wenn er zu beweisen vermöchte, daß der Erblasser lediglich in irrtümlicher Voraussetzung einer wirklichen Schuldverbindlichkeit die Verfügung getroffen habe, könnte er dem Anspruch des Legatars ausweichen⁹. Demnach kann nun der Legatar seinerseits auch ganz davon

⁴ L. 11. D. l. c.: „Respondit, quoties debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione“. Vgl. L. 25. cit.: „nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur.“
⁵ L. 14. J. cit.: „si nihil plus est in debito, quam in legato.“

⁶ L. 13. D. l. c. L. 28. pr. D. de legat. I.

⁷ §. 14. J. cit. L. 29. D. de legat. I. L. 14. D. de lib. leg. Vgl. L. 1. §. 10. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 82. pr. D. de legat. II.

⁸ L. 28. pr. D. de legat. I.

⁹ L. 75. §. 1 D. l. c.: „si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Julianus respondit.“ Vgl. L. 25. cit. 15. J. l. c.

⁹ Arg. L. 72. §. 6. D. de cond. et dem. 35. 1.

absehen und sich selbst der Behauptung enthalten, daß ihm der Erblasser schuldig gewesen sei; er kann sich darauf beschränken, dem Erben gegenüber zu sagen: entweder du räumst die Schuld des Erblassers als von diesem selbst eingestanden ein, dann mußt du sie als solche bezahlen, — oder nicht, dann mußt du den angegebenen Schuldgegenstand als Vermächtniß an mich entrichten; ich meinerseits begnüge mich damit, denselben aus diesem letzten Grunde in Anspruch zu nehmen. Mit Recht hat man daher das sogenannte *legatum debiti* mit der *stipulatio debiti* verglichen¹⁰. So wie diese dem Stipulator eine neue Klage gewährt, welcher der Promittent nur durch den Nachweis, daß er in irrthümlicher Voraussetzung einer Schuldverbindlichkeit versprochen habe, ausweichen kann, so erzeugt auch jenes eine neue Klage (*ex testamento*), welche den Kläger des Beweises der Existenz seiner Forderung gegen den Erblasser überhebt und nur durch den Beweis des Erben, daß der Erblasser nur in irrthümlicher Voraussetzung seiner Schuldverbindlichkeit das Vermächtniß angeordnet habe, elidirt werden kann. Der Unterschied ist nur, daß die *stipulatio debiti* den Promittenten selbst, das *legatum debiti* als letztwillige Verfügung erst den Erben verpflichtet; jene enthält eine den Promittenten selbst, dieses eine erst den Erben verpflichtende Anerkennung der Schuld. Man kann das letzte auffassen gleichsam als ein Vermächtniß des Zugeständnisses der Schuld oder deren nothwendiger Anerkennung von Seiten der Erben.

Von diesem Gesichtspunkte geht das a. b. G. B. aus, wenn es im §. 665 bestimmt: „Das Vermächtniß der Schuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat, hat die Wirkung, daß der Erbe die von dem Erblasser bestimmt ausgedrückte oder von dem Legatar ausgewiesene Schuld anerkennen, und sie, ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen, längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen muß“.

Dem Kundigen ist auf den ersten Blick klar, daß dieser Paragraph im Wesentlichen dasselbe aussprechen soll, was wir so eben als Lehre des römischen Rechts in Ansehung dieses Verhältnisses erkannt haben, wie denn auch Stubenrauch in seiner Erläuterung II. S. 474 fg. denselben in Anknüpfung an das römische Recht erklärt. Zwar könnte, wer sich an Worte hängen will, etwa einwenden, der Paragraph setze doch immer eine wirkliche Schuld des Erblassers voraus, indem er von einem Vermächtniß der Schuld spricht, „die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat“, der Legatar könne also nichts fordern, wenn nicht

¹⁰ Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. S. 103.

bewiesen werde, daß der Erblasser eine solche Schuld zu entrichten hatte, oder wenigstens, sobald nur bewiesen werde, daß derselbe eine solche Schuld nicht zu entrichten hatte. Aber es ist einleuchtend, daß dieß nicht Gesetzesauslegung, sondern eitel Wortklügelerei wäre. Das Gesetz will offenbar, daß der Erbe die vom Erblasser bestimmt ausgedrückte Schuld ohneweiters, weil und wie sie von diesem ausgedrückt ist, anerkennen solle. Das geht noch besonders deutlich aus dem Schlusssatz des Paragraphen hervor: „den gefährdeten Gläubigern des Erblassers aber kann dessen Anerkennung nicht zum Nachtheil gereichen“, als welcher beweist, daß die Anerkennung von Seiten der Erben nicht abhängig ist von der wirklichen Existenz der Schuld, vielmehr die Möglichkeit, daß der Legatar wirklich nicht zu den Gläubigern des Erblassers gehöre, wohl bedacht ist. Mit Recht wird daher auch in diesem Punkte Uebereinstimmung des österr. Rechts mit dem römischen angenommen und behauptet, daß sogar der Beweis der Nichtexistenz der Schuld das Vermächtniß nicht ungiltig mache (Stubenrauch II. S. 475), obwohl man zugeben muß, daß die Wortfassung des Paragraphen nicht ganz genau sei. Er hätte sagen sollen: „das Vermächtniß einer Schuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten habe“, oder: das Vermächtniß dessen, was der Erblasser dem Legatar schuldig zu sein angibt“ u. s. w.¹⁴

Wenn nun im einzelnen Fall der Legatar seine Forderungsklage nur auf die letztwillige Anordnung des Erblassers gründet, so muß folgerichtig behauptet werden, daß er dann eben auch als Legatar zu behandeln sei. Denn die Frage, ob der Erblasser sein Schuldner gewesen sei, läßt er dahin gestellt sein; er stützt sich wesentlich nur darauf, daß der Erbe kraft des Vermächtnisses zahlen müsse, wenngleich der Erblasser nicht schuldig gewesen sei. Wollte er das Vermächte als Gläubiger des Erblassers einklagen, so würde ihm der Beweis obliegen, daß dieser wirklich schuldig gewesen sei. Nun möchte zwar der Kläger vielleicht eben durch das Schuldvermächtniß, als welches ja nothwendig ein Schuldbekennniß des Erblassers in sich schließt, diesen Beweis erbringen zu können glauben. Allein selbst ein directes und für sich allein stehendes testamentarisches Schuldbekennniß ist als solches keineswegs genügend, den Beweis der Existenz der Schuld herzustellen, und eine größere Beweiskraft als diesem kann jenem in dem Schuldvermächtniß enthaltenen indirecten Schuldbekennniß keinesfalls beigelegt werden. Weder die

¹⁴ Eine andere Ungenauigkeit liegt in der Erwähnung der Schuldverschreibung. Kein verständiger Interpret wird zweifeln, daß die fragliche Bestimmung auch dann Anwendung finde, wenn die Bedingung oder Befristung der Schuldforderung anderwärts, als durch Schuldverschreibung constatirt ist.

Kraft eines Eingeständnisses, noch die eines Schuldscheins kann man einem solchen Schuldbekennniß zugestehen, sobald von der verpflichtenden Kraft der leghwilligen Anordnung als solcher abgesehen wird. Der Umstand allein, daß Jemand irgendwo und irgendwie einmal ausgesprochen hat, er sei einem Andern etwas schuldig, kann allenfalls ein *Judicium* gegen ihn erzeugen, nicht aber sofort als Geständniß den Beweis ersetzen oder entbehrlich machen. Dazu ist vielmehr erforderlich, daß er diese Erklärung eben demjenigen, dem daran gelegen ist, abgegeben habe, in der Absicht, diesem gegenüber die Schuld als unstrittige anzuerkennen und demselben als keines Beweises mehr bedürftig einzuräumen. Darin besteht der *animus confitendi*, und darin liegt eine den Geständigen selbst bindende Kraft; dieser kann das Eingeständene nicht mehr willkürlich zurücknehmen¹². Das im Testament als einer rein einseitigen letzten Willensordnung ausgesprochene Schuldbekennniß aber ist nicht dem Gläubiger abgelegt; es ist ohne alle bindende Kraft für den Testator selbst; es ist nur ein Bestandtheil einer leghwilligen Verfügung und kann als solcher vom Testator jederzeit nach Belieben zurückgenommen oder abgeändert werden. Da also der Erblasser bis zu seinem Tode niemals in dem Falle war, als Geständiger die Schuld anerkennen zu müssen, so kann diese auch gegen dessen Erben nicht als eine von jenem eingeständene Schuld geltend gemacht werden. Vielmehr wenn die Erben bloß auf Grund des testamentarischen Schuldbekennnisses mit Erfolg belangt werden sollen, so kann dieß nur deshalb geschehen, weil man in jenem, nachdem es nicht widerrufen ist, eine die Erben verpflichtende leghwillige Erklärung findet, daß sie die Schuld ihrerseits als begründet anerkennen sollen, worin nach §. 665 gerade die specifische Wirkung des Schuldvermächtnisses besteht; nur als Erben *ex sua persona*, nicht *ex persona defuncti*, kraft der leghwilligen Verfügung des Erblassers könnten sie mit Erfolg belangt werden, wenn der angebliche Gläubiger keinen andern Beweis seiner Forderung beibringt. Nicht genau ist es demnach, wenn Ellinger zu §. 665 das Schuldvermächtniß „als das gegen den Erben beweis-machende Anerkenntniß einer unbedingten, längstens binnen Jahresfrist zahlbaren Schuld“ definiert; denn es ist nicht sowohl beweis-machend, als vielmehr ein den Erben verpflichtender Willensact des Erblassers, dessen Wirkung der Erbe nicht einmal durch Gegenbeweis entkräften kann. Daß ein testamentarisches Schuldbekennniß, stehe es für sich allein oder

¹² Vgl. Westgal. *Civilproceß* §. 22. Schlesinger, zur Lehre von den *Formalcontracten* (Göttingen 1858), S. 137 flg.

sei es mit einer Zahlungsaufgabe an die Erben verbunden, noch viel weniger mit einem Schuldschein auf eine Linie gestellt werden könne, braucht kaum noch besonders gesagt zu werden. Ist doch ein Schuldschein wesentlich nichts anderes, als ein schriftliches Geständniß der Schuld, und zudem gibt ja der Schuldschein noch keinen Beweis gegen den Aussteller, so lange dieser ihn in Händen behält. Ein im Nachlaß des Ausstellers vorfindlicher Schuldschein ist kein Beweismittel für die Existenz der Schuld, sei es, daß er noch gar nicht hinausgegeben war, oder daß er zurückgegeben worden, wodurch nach §. 1428 des a. b. G. B. eine Vermuthung für Tilgung der Schuld erzeugt wird. Wie sollte nun eine Erklärung im Testament, die der Testator jeden Augenblick tilgen oder ändern kann, einen beweiskräftigen Schuldschein vorstellen? Es ist einleuchtend, daß sie, wenn sie überhaupt etwas wirkt, erst durch den Tod des Erblassers in Kraft tritt, also als letzte Willenserklärung wirke¹³. Dieß wird auch durch den Schlußsatz des §. 665 bestätigt. Die in dem Schuldvermächtniß liegende Anerkennung soll den Gläubigern nicht zum Nachtheil gereichen, d. h. gibt keinen objectiven Beweis des Daseins der Schuld, wie z. B. durch ein vom Erblasser dem Gläubiger ausgestellttes schriftliches Schuldbekennniß hergestellt würde, auch nicht denjenigen bloßen Chirographargläubigern gegenüber, welche selbst keinen andern Beweis ihrer Forderungen, als einen einfachen Schuldschein des Erblassers beizubringen vermögen. Nur die Erben müssen die Schuld anerkennen, weil dieß der Wille des Erblassers ist.

Ist das Vorbemerkte richtig, so folgt, daß, wer bloß auf das Schuldvermächtniß seine Forderungsklage gründet, auch den §. 685 des a. b. G. B., gemäß welchem Legate, die nicht bestimmte Verlassenschaftsstücke zum Gegenstande haben, in der Regel erst nach einem Jahre seit dem Todestage des Erblassers zu entrichten sind, auf sich muß anwenden lassen, es möchte denn ein besonderer Grund der Ausnahme von dieser Regel nachgewiesen werden. Auch dieß wird durch den §. 665 bestätigt. Er sagt ausdrücklich, daß der Erbe die vermachte Schuld ohne Rücksicht auf Bedingungen oder Fristen längstens in der für die übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen müsse; längstens, d. h. insofern nicht schon früher die der Schuldforderung gesetzte Zeitfrist abgelaufen oder die Bedingung erfüllt ist, also der Gläubiger schon ohne Rücksicht auf das Vermächtniß, als Gläubiger des Erblassers, nicht als Legatar, vor Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist der Legate die Bezahlung seiner Forderung verlangen könnte. Darin liegt deutlich ausgesprochen, daß

¹³ Vgl. Freudenreich in der Zeitschrift „der Jurist“ N. S. 140 fig.

der Legatar, so weit er eben nur auf Grund der letztwilligen Anordnung klagt, auch der für Legate geltenden Regel des §. 685 sich unterwerfen müsse. So wie diese Regel gilt, wenn durch das Vermächtniß eine bedingte Schuld zur unbedingten gemacht wird, eben so und noch viel mehr muß dasselbe eintreten, wenn auf Grund des Vermächtnisses eine sonst durch nichts bewiesene, also vielleicht ganz unbegründete Schuld gefordert wird. Man möchte vielleicht einwenden, der §. 685 sei nur dispositiv und komme daher nicht zur Anwendung, wenn der Wille des Erblassers anders bestimmt; wenn aber dieser etwas als unbedingte und unbefristete Schuld vermache, so spreche sich eben darin der Wille aus, daß die Auszahlung sogleich nach des Erblassers Tode gefordert werden könne, wie es unzweifelhaft Rechtens wäre, wenn die Schuld wirklich als unbedingte und unbefristete existirte. Allein dann müßte dasselbe auch dann gelten, wenn eine Schuld unbedingt vermacht ist, welche erweislich nur unter einer Bedingung begründet war, was dem §. 665 offenbar zuwider wäre, und wenn der Erblasser etwas als angebliche Schuld vermacht, was er in der That gar nicht schuldig ist, so bleibt immer dahingestellt, ob er es sich nicht als eine befristete Schuldverbindlichkeit gedacht habe, oder, sofern er unter jenem Schein ein wahres reines Vermächtniß beabsichtigt, ob er dieses nicht auch unter die allgemeine Regel von Legaten gestellt wissen wollte. Wenn also auch der Vordersatz obiger Gegenargumentation, so wäre doch nicht die Folgerung zuzugeben. Demnach wäre also in dem in der G. Z. Nr. 136 v. J. mitgetheilten Rechtsfalle die Klage ganz mit Recht als verfrüht abgewiesen worden — wenn anders in diesem Falle ein Schuldvermächtniß im Sinne des §. 665 zu erkennen ist.

Um darüber zu entscheiden, ist die Frage zu beantworten, woran es zu erkennen sei, daß der Erblasser die Schuld vermachen wollte, oder in welcher Weise ein Schuldvermächtniß angeordnet werden könne?

Was zunächst das römische Recht betrifft, so ist unzweifelhaft, daß, und zwar schon nach classischem Recht, ein (wirkliches oder angebliches) Debitum sowohl in Fideicommiss- als in Legatsform vermacht werden konnte, und das letzte sowohl direct und unmittelbar als durch ein verpflichtendes Gebot an den Erben, oder, um es mit Rücksicht auf eine im älteren Recht wichtige Unterscheidung auszudrücken, sowohl in Form eines Vindicationslegats (z. B. „Titio Stichum servum, quem ei debeo, oder: centum aureos, quos ei debeo, do lego“) als in Form eines Damnationslegats (z. B. „Titio Stichum servum, quem ei debeo, heres damnas esto dare“). Der Unterschied dieser Form war auch

hier rüchftlich der Wirkung von praktischer Bedeutung. Kraft des Vindicationslegats ging das Eigenthum der individuell bestimmten dem Erblasser gehörigen Sache ipso iure auf den Legatar über; es lag darin gleichsam eine Zahlung unmittelbar durch den Erblasser selbst; in den andern Fällen entstand zunächst nur eine Obligatio des Erben, dem Legatar zu geben¹⁴. Daher konnte das Vindicationslegat auch dann nicht ohne Wirkung sein, wenn genau nur der Gegenstand einer wirklich bestehenden Schuld ohne alle *ampliatio* in solcher Weise vermacht war; es gewährte dem Legatar die *rei vindicatio*, während er als Gläubiger nur eine persönliche Klage hatte. So wird auch anerkannt in L. 28. §. 1. D. de legat. I. „Marcellus libro XXVIII. putat, rem, quam ex stipulatu mihi debes, si legaveris, utile esse legatum“, wobei an ein Vindicationslegat zu denken ist, und vielleicht „si do-lego-legaveris“ geschrieben stand. Aber natürlich konnte dieses Legat keinen Abzug nach der *lex Falcidia* erleiden, da der Legatar materiell nur dasjenige erhielt, was er als Gläubiger fordern könnte; daher wird hinzugesügt „ut neque Falcidia hoc minuat“. Nach Justinianischem Recht kam nun auf jene Verschiedenheit der Vermächtnißformen freilich nichts mehr an; der wichtige materielle Unterschied aber blieb allerdings übrig, daß, wenn in dem Vermächtniß eine individuell bestimmte Sache der Erbschaft als Schuldgegenstand angegeben war, das Eigenthum derselben immer noch ipso iure auf den Legatar übergehen konnte, wie bei dem alten Vindicationslegat, während, wenn der Schuldgegenstand eine Quantität oder eine fremde Sache war, nur eine Obligatio des Erben, diese zu geben, durch das Vermächtniß begründet wurde und daher dieses, wenn ohnehin eine vollkommen gleiche und gleich wirksame Schuld des Erblassers, also jetzt des Erben, feststand, ohne Wirksamkeit war¹⁵.

Für das österreichische Recht kommt jedoch auch dieser Unterschied nicht mehr in Betracht, da nach dem a. b. G. B. (§. 684) das Vermächtniß immer nur einen Erwerbstitel begründet, niemals ipso iure

¹⁴ Gai. II. §. 193 fig. 201 fig.

¹⁵ L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. Vgl. Arndt's Pand. §. 560. Mit Recht ist daher L. 28. §. 1. cit. noch in den Pandekten aufgenommen; aber ein Fehler war es, derselben sogleich L. 29. *ibid.* aus Paulus anzufügen: „Sin autem neque modo neque tempore neque conditione neque loco debitum differatur, inutile est legatum“, und dieser dadurch den Charakter einer Beschränkung des vorhergehenden Satzes aufzudrücken. Paulus hatte hier zweifelsohne ein Damnationlegat vor Augen, welches eben auch nur eine Obligatio des Erben erzeugte, während Marcellus ein Vindicationslegat im Sinn hatte. Durch die Verknüpfung der beiden Stellen entsteht nun der doppelte falsche Schein: einmal als ob der Erblasser das Eigenthum der Sache, die er schuldig ist, nicht direct hinterlassen könne, um die Schuld zu tilgen, sobald als ob auch in dem Falle, wenn eine der in L. 28. cit. berührten Differenzen vorliegt, der Schlußsatz der L. 28. cit. gelte „ut neque Falcidia hoc minuat“, was offenbar unrichtig ist und dem klaren Ausdruck anderer Stellen (vgl. Note 6.) widerspricht.

das Eigenthum auf den Legatar überträgt, und auch von der quarta Falcidia nach demselben keine Rede ist. Uebrigens kommt also nach römischem Recht nichts darauf an, in welchen Ausdrücken dem Erben die Verpflichtung, den (angeblichen) Schuldgegenstand zu entrichten, auferlegt ist, wenn nur des Erblassers Wille, daß derselbe dem (angeblichen) Gläubiger gegeben werden solle, ausgedrückt ist, natürlich mit Bezugnahme auf eine angeblich schon bestehende Verbindlichkeit; denn wenn der Testator Jemanden schlechthin dasselbe vermacht, was er diesem sonst schon schuldet, ohne darauf Bezug zu nehmen, so ist nicht anzunehmen, daß jenes die Bezahlung dieser Schuld bezwecken solle, sondern kann vielmehr die letzte noch neben jenem gefordert werden¹⁶. So finden wir z. B. in L. 28. §. 13. D. de lib. leg. 34. 3. ein Schulbvermächtniß in folgender Gestalt anerkannt: „Semproniae uxori meae reddi iubeo ab heredibus meis quinquaginta ea, quae mutuo acceperam particulatim in negotia mea“. Zwar wird hier auf die Frage: „an, si vere uxoris debitor fuisset, fideicommissum constiterit?“ geantwortet: „si debita fuissent, nullum esse fideicommissum“. Aber dadurch wird nur die Existenz eines materiellen Vermächtnisses für den Fall verneint und zugleich für den entgegengesetzten Fall: „si non debita fuissent“ implicite ausgesprochen, daß dann allerdings ein Fideicommiß vorliegen würde. Und ausdrücklich spricht dieses in einem ganz ähnlichen Falle eine andere Stelle aus, L. 88. §. 10. D. de legat II., welche folgende Verfügung anführt: „Quisquis mihi heres erit, sciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria, et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quae etiam protinus solvi et reddi eis iubeo“. Hier wird umgekehrt gefragt: „an si non deberentur, actio esset?“ und geantwortet: „si non deberentur nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso“. Der Form nach war dieß nur ein Schuldbekennniß zur Notiz der Erben, woran sich bloß durch das Relativum quae die Weisung an diese, die Schuld zu zahlen, anschließt. Gleichwohl erkennt der Jurist darin ein Vermächtniß, für den Fall nämlich, daß die Schuld nicht existire, also jene Angabe nicht der Wahrheit entspreche.

Wie aber, wenn der letzte Zusatz: „quae . . . iubeo“ im Testament fehlte? wenn der Erblasser sich bloß auf das „sciat debere me“ zc. beschränkte? Versteht es sich nicht von selbst, daß der Erblasser das, was er den Erben ausdrücklich als seine Schuld bezeichnet, von diesen auch bezahlt wissen will? Muß also nicht schon in jenem Be-

¹⁶ L. 5. D. de dotis collat. 37. 7. vgl. a. f. C. B. §. 607.

kenntniß allein ebensowohl ein Schuldvermächtniß anerkannt werden, wie in dem Fall der L. 88. §. 10. cit.? Vor Kurzem ist behauptet worden, jeder Schuldschein trage eine verpflichtende Kraft in sich, gleich der römischen stipulatio debiti; denn wer einen Schuldschein ausfertige und dem Gläubiger hingebe, spreche eben dadurch zugleich den Willen aus, die angegebene Schuld dereinst zu zahlen, leiste also in der That ein Schuldversprechen, wenngleich mit der Bescheinigung der Schuld ein ausdrückliches Zahlungsversprechen nicht verbunden sei¹⁷. Darnach würde man also, wie das *legatum debiti* der *stipulatio debiti* parallel zu stellen ist, folgerichtig behaupten müssen, das testamentarische Schuldbekennniß sei als ein Schuldvermächtniß aufzufassen. Wenn man aber auch jener Ansicht von der Natur des Schuldscheins nicht schlechthin beipflichten mag¹⁸, so sprechen doch entscheidende Gründe für diese Auffassung des testamentarischen Schuldbekennnisses. Das Testament ist seinem Wesen nach zur Aufnahme letztwilliger Verfügungen bestimmt; es enthält Willenserklärungen des Erblassers. Im Zweifel ist man also berechtigt, solche in dessen Inhalt zu suchen, und da liegt es nahe, in der Angabe, daß er etwas schuldig sei, die Erklärung des Willens zu finden, daß die Erben den Gegenstand der angegebenen Schuld unweigerlich entrichten sollen. Entweder wußte der Erblasser, daß die Schuld wirklich bestehe: dann ist offenbar sein Wille, daß sie berichtigt werden soll, nicht anders, als wenn er den Gegenstand derselben als Schuldgegenstand ausdrücklich vermacht hat. Oder er wußte, daß er nicht schuldig sei: dann ist ebenso unzweifelhaft die Absicht anzunehmen, den angeblichen Schuldgegenstand, gleich als ob er ihn schuldig sei, dem angeblichen Gläubiger letztwillig zuzuwenden; es liegt darin ein wahres Vermächtniß, nicht anders, als wenn er in gleicher Ueberzeugung gesagt hätte: „*denaria tria, quae debeo, dari volo*“. Nun ist zwar auch der Fall noch möglich, daß er in irrthümlicher Voraussetzung einer wirklich bestehenden Schuld jene Erklärung ins Testament setzte, und dann ist freilich sein Wille, daß der angebliche Schuldgegenstand jedenfalls entrichtet werden solle, problematisch. Aber thatsächlich war doch, eben indem er irrte, seine Willensmeinung auf die von den Erben zu leistende Auszahlung gerichtet, und den letzten wird es jedenfalls obliegen, den Beweis zu erbringen, daß der Erblasser nur aus Irrthum jene Erklärung in seinem letzten Willen niedergelegt habe. Auch hier also kommen wir zu wesentlich gleichem Resultat,

¹⁷ Bähr, die Anerkennung S. 123 fig. 232 fig. vgl. Brinz, Pand. I. S. 423.

¹⁸ Arndt in der krit. Ueberschau IV. S. 245. Schlesinger a. a. O. S. 148.

wie es nach dem Obigen bei einem deutlich und ausdrücklich angeordneten sogenannten *legatum debiti* anerkannt ist. Wir müssen überall ein die Erben verpflichtendes letztwillig gemachtes Zugeständniß anerkennen, dessen Wirksamkeit nicht bloß aus dem Grunde objectiver Unwahrheit des Erklärten angefochten werden kann. Nur das ist zuzugeben, daß wohl besondere Umstände des einzelnen Falles jener Auslegung entgegenstehen können. Wenn z. B. der Erblasser überhaupt ein Verzeichniß seines Vermögens und somit auch seiner Schulden dem Testament einverleibt hat, so wäre man schwerlich berechtigt, der Anführung jedes einzelnen Schuldpostens jene Bedeutung beizulegen; der Wille, dem angeblichen Gläubiger den Vortheil eines die Erben bindenden Zugeständnisses zuzuwenden, wäre hier mehr als zweifelhaft.

Unsere Ansicht wird übrigens durch folgende treffende Analogie bedeutend unterstügt: Das testamentarische Bekenntniß, eine Schuld bezahlt erhalten zu haben (gleichsam eine testamentarische Quittung), erscheint seinem Ausdruck nach gewiß ebensowenig als ein Vermächtniß der Schuldbefreiung (*liberatio legata*), wie das Schuldbekenntniß als ein Schuldvermächtniß (*debitum legatum*). Gleichwohl rescribirte Kaiser Antoninus Caracalla, zuverlässig nicht ohne Beirath eines angesehenen Juristen, vielleicht des Paulus oder Ulpianus, in L. 1. Cod. de falsa causa. 6. 44. folgendermaßen: „*Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem eius liberare volentis debitorem manifeste ostendunt. Et ideo aut peti quod solutum est non potest, aut ex causa fideicommissi ut liberetur agendum est, nisi liquido probari possit, eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsam solutam sibi pecuniam existimasse*“.

Und eine gleiche Entscheidung gibt bezüglich der Restitution der Dots Kaiser Gordian in L. 4. Cod. eod.: „*Si dotem, ut proponis, defuncta in matrimonio uxore tua patri eius reddidisti, vel etiam ea non reddita testamenti verbis munitus es, quibus se recepissee dotem universam quondam socer tuus significavit: ne hoc nomine conveniaris, sollicito agere non debes, cum aut soluta dote nulla supersit actio, aut non reddita adversus petentem iuxta defuncti voluntatem parata sit exceptio*“.

Würde nicht in einem andern Falle der kaiserliche Rath ebensowohl etwa folgendes Rescript gutgeheißen haben? „*Verba testamenti aut numeratam pecuniam mutuam testatori declarant, aut voluntatem eius eam pecuniam relinquere creditori volentis manifeste*

ostendunt. Et ideo aut peti ea pecunia quasi mutua potest aut ex causa fideicommissi ut numeretur agendum est, nisi liquido probari possit, testatorem non relinquere pecuniam voluisse, sed errore lapsam numeratam sibi pecuniam mutuam existimasse“.

Wenden wir uns nun zurück zu unserm §. 665 des a. b. G. B., so nehmen wir keinen Anstand, zu behaupten, daß, was wir eben im römischen Recht gefunden haben, nicht minder auch im österreichischen Recht anzuerkennen sei. Vorerst ist klar, daß nichts ungegründeter sein würde, als wenn man zum Dasein eines Schuldvermächtnisses erfordern wollte, daß der Erblasser sich des Ausdruckes Vermachen in Beziehung auf eine angebliche Schuld bedient haben müsse. So wenig zu bezweifeln ist, daß es ein Vermächtniß einer Sache oder einer Geldsumme sei, wenn der Erblasser sagt: „meine Erben sollen dem X diese Sache oder Geldsumme geben“, oder: „ich verpflichte meine Erben zu geben“, so gewiß ist es ein Schuldvermächtniß, wenn er sagt: „ich verpflichte meine Erben, dem X die Summe z. B. von 100 fl., die ich ihm schuldig bin, zu zahlen“, oder: „ich bin dem X die Summe von 100 fl. schuldig und verpflichte meine Erben, demselben diese Summe zu zahlen“ u. dgl. m. Es kommt überall nur darauf an, daß der Erblasser den Willen ausspricht: es solle dem X etwas gegeben werden, und dabei zu erkennen gibt, daß er demselben dieses Etwas schuldig sei. Wenn also in dem in der Gerichts-Zeitung Nr. 136 v. J. mitgetheilten Rechtsfall eine Erblasserin testamentarisch angeordnet hatte: „da mein Gatte mir 400 fl. C. M. dargeliehet hat, verpflichte ich jedes meiner vier Kinder, ihm 100 fl. C. M. zurückzuzahlen“, so steht nicht das mindeste Bedenken entgegen, darin ein Schuldvermächtniß im Sinne des §. 665 zu erkennen. Die römischen Juristen wenigstens, von denen die oben angeführten Stellen (L. 28. §. 13. und L. 88. §. 10. cit.) herrühren, würden ohneweiters ein solches darin erkannt haben. Wer Gewicht darauf legen wollte, daß sich die Erblasserin des Ausdruckes „Vermächtniß“ nicht bedient habe, müßte consequent behaupten, es sei auch kein Vermächtniß, wenn sie einfach verfügt hätte: „ich verpflichte jedes meiner vier Kinder, meinem Gatten 100 fl. zu zahlen“. Freilich besteht das charakteristische Merkmal des *legatum debiti* nicht darin, daß die Schuld nur überhaupt im Testament erwähnt wird, sondern darin, daß die Schuld, oder richtiger, daß etwas als (angeblicher) Schuldgegenstand vermachet wird, aber ganz unzweifelhaft auch nicht darin, daß der Erblasser sich des Ausdruckes „ich vermache“ bedient hat. Die Worte „ich verpflichte . . . zu zahlen“, sind gewiß ein vollkommen

genügender Ausdruck des Vermächtnißwillens, und somit auch, wenn in Verbindung damit eine Darlehensschuld erwähnt wird, vollkommen geeigneter Ausdruck für ein Schuldvermächtniß; ja, genau besehen, erscheinen sie sogar als ein recht charakteristischer Ausdruck des Willens, in dieser Form ein wahres Vermächtniß zu hinterlassen; denn wenn die Schuld ohnehin als rechtlich begründet feststünde, so wäre es nicht die Erblasserin, welche die Erben zu zahlen verpflichtet, sondern diese wären, wie sie selbst, als Erben kraft des Gesetzes nach Verhältniß ihrer Erbtheile die Schuld zu tilgen verpflichtet. Dieser Auffassung steht auch die Fassung des Testaments im fraglichen Falle durchaus nicht entgegen. Es war ganz natürlich, daß die Erblasserin die Legate, die sie ausdrücklich als solche bezeichnet, gesondert von der obenerwähnten Verfügung anordnete, auch wenn sie wissentlich ihrem Gatten 400 fl., ohne sie schuldig zu sein, zuwenden wollte; sie wollte dann eben dieses Vermächtniß in den Schein einer Schuld einkleiden, die jenem noch zu entrichten sei. Hätte sie nicht die Absicht gehabt, eben erst ihre Erben letztwillig zu verpflichten, so wäre es zweckentsprechender gewesen, ihrem Manne einen Schuldschein auszustellen; aber diesen hätte sie dann auch nicht willkürlich zurücknehmen können, während sie die letztwillige Verfügung nur durchzustreichen brauchte, um sie ganz zu nichte zu machen.

Auch der bekannte Satz: plus sit in legato quam in debito, läßt sich nicht verwenden, um das Dasein eines Schuldvermächtnisses im Sinne des §. 665 zu bestreiten. Dieser Satz hat, wie wir oben gesehen, keine andere Bedeutung, als daß materiell ein wahres Vermächtniß, die Zuwendung eines Vermögensvortheils durch letzten Willen, nicht vorhanden sei, wenn die angegebene Schuldverbindlichkeit, so wie sie angegeben ist, wirklich existirt und das Legat dem Gläubiger keinerlei Vortheil gewährt, z. B. durch Beseitigung einer Befristung oder Bedingung, der nicht schon in der Forderung an sich, abgesehen von dem Legat, läge. Der Gläubiger kann alsdann das Vermächtniß einfach ignoriren oder verschmähen und lediglich auf seine anderweitig bewiesene Forderung gegen den Erblasser die Klage gründen und braucht sich nicht zu den Legataren stellen zu lassen. Aber jene Regel benimmt ihm keineswegs das Recht, sich auf den §. 665 zu berufen. Er kann, wengleich er ohnehin das Dasein seiner Forderung zu beweisen vermag, sich doch schlechtthin den Erben gegenüber darauf allein stützen, daß ihm etwas als Schuldgegenstand vermacht sei, und daß die Erben nach §. 665 diese Schuld ohne weiters anzuerkennen verpflichtet seien, ohne nur einmal in Frage zu stellen, ob die Schuld wirklich existirte, geschweige denn vom Legatar den Beweis

darüber zu verlangen. Der Paragraph nimmt den Begriff des Schuldvermächtnisses, wie es auch in der gemeinrechtlichen Doctrin hergebracht ist, zunächst nur in dem formellen Sinn, in dem Sinn nämlich, daß etwas vermacht ist, was der Erblasser schuldig zu sein angibt, und diesem legt er allgemein die Wirkung bei, daß der Erbe die (bestimmt ausgedrückte oder vom Legatar ausgewiesene Schuld) anerkennen müsse; die Frage, ob dann wirklich (materiell) darin ein Vermächtniß liege, läßt er auf sich beruhen. Nur den gefährdeten Gläubigern des Erblassers gegenüber könnte der Legatar in die Lage kommen, durch anderweitigen Beweis darthun zu müssen, daß ihm wirklich schon gegen den Erblasser die Forderung zugestanden habe. In unserem Fall hatte nun allerdings, wie die Entscheidungsgründe anführen, der Kläger die Zahlung der 400 fl. nicht aus dem Titel des Legates, sondern eben als Gläubiger begehrt. Aber allem Anschein nach hat er zur Begründung dieser Klage nichts anderes als eben nur die testamentarische Anordnung der Erblasserin beigebracht, also in der That nur auf diese seine Klage gestützt. Dann aber ist auf ihn anzuwenden, was oben über solchen Fall ausgeführt ist. Wollte er sich auf den Nachsatz der fraglichen Verfügung („verpflichte ich u. s. w.“) stützen, so wäre der Grund seiner Klage offenbar nichts anderes, als eine den Erben letztwillig auferlegte Verpflichtung, zu zahlen, also das Schuldvermächtniß. Als Gläubiger der Erblasserin aber klagend, mußte er zunächst behaupten, er habe aus einem Darlehen 400 fl. zu fordern, und zum Beweise dieser Behauptung mußte er sich dann auf das im Vordersatze jener Verfügung enthaltene Bekenntniß der Erblasserin berufen. Und dieses ist, wie oben dargethan wurde, zu solchem Beweise, in Abstraction nämlich von der die Erben verpflichtenden Kraft der letztwilligen Verfügung, d. i. des Schuldvermächtnisses, keineswegs ausreichend. Demnach mußte der Mann der Erblasserin, indem er bloß auf Grund der testamentarischen Anordnung klagte, sich auch als Legatar behandeln lassen und konnte sich nicht über den §. 685 des a. b. G. B. hinwegsetzen.

Wie aber, so fragen wir auch hier, wie oben bei dem Rechtsfall der L. 88. §. 10. cit., wie aber, wenn die Erblasserin bloß gesagt hätte: „Ich mache meinen Kindern außerdem zu wissen (oder: ich betenne), daß ich meinem Gatten noch ein Darlehen von 400 fl. schuldig bin“? Unserer obigen Ausführung gemäß würden wir behaupten dürfen, daß dieß ganz dieselbe Wirkung habe, wie die wirklich vorliegende Anordnung. Allein hier tritt uns Freudenreich in der oben angeführten Abhandlung entschieden entgegen, indem er dem testamentarischen Schuld-

bekennniß eben sowohl die Wirkung eines Schuldvermächtnisses, wie die eines Geständnisses oder Schuldscheins abspricht, und darin stimmt ihm nicht nur Unger, sondern auch Stubenrauch II. S. 474 bei. Seine Gründe sind folgende: „die Ausdrücke, ich bekenne und ich vermache, sagt er, können zu einem Begriffe nicht verbunden werden, sie bilden vielmehr einen conträren Gegensatz, und sind mithin nichts weniger als synonym“. Von diesen Sätzen ist der dritte unbestreitbar; ein Vermächtniß und ein Schuldbekennniß sind, wie der Verf. weiter unten sagt, gewiß keine identischen Begriffe. Nicht so unbedenklich sind die beiden ersten Sätze. Jene Ausdrücke sind einander nicht conträrer und nicht unverträglich mit einander, als die Begriffe Schuld und Vermächtniß, und wer daher nicht den Begriff Schuldvermächtniß von vornherein als einen absurden in sich widersprechenden Begriff abweist, kann in jenen Sätzen durchaus kein Argument gegen die fragliche Deutung des testamentarischen Schuldbekennnisses finden. Jedes Schuldvermächtniß enthält sogar wesentlich wenigstens implicite ein Schuldbekennniß in sich; es wird aber auch Niemand bestreiten wollen, daß beides explicite mit einander verbunden sein und in schönster Verträglichkeit neben einander stehen kann; z. B.: „Ich bekenne, dem X aus einem Darlehen 100 fl. schuldig zu sein und will daher demselben diese 100 fl. hiermit vermacht haben“, oder „ich vermache dem X 100 fl., welche ich ihm aus einem Darlehen schuldig zu sein bekenne“. Der Verf. sagt weiter: der Eingang des §. 665 deute ganz bestimmt auf ein Vermachen und nicht auf ein bloßes Bekennen der Schuld hin. Es hieße sich also gegen die Regeln der Logik und gegen den §. 6 des b. G. B. verstoßen, wenn man in dem Bekennniß, 100 fl. schuldig zu sein, ein Vermächtniß der Schuld erblicken wollte. Dieses würde richtig sein, wenn zu einem Vermächtniß der Gebrauch des Wortes Vermachen erforderlich wäre. Da dieß aber, wie der Verf. selbst sofort zugibt, nicht der Fall ist, so läuft jene Bemerkung auf eine bloße *petitio principii* hinaus; denn das ist eben die Frage, ob, wenn das Testament ein bloßes Schuldbekennniß enthält, die Schuld vermacht, also der Fall der Anwendung des §. 665 gegeben sei. Die römischen Juristen, die der große Leibnitz den Mathematikern verglichen hat, genießen bekanntlich des Ruhms, ziemlich gute Logiker zu sein, und doch fanden sie es mit ihrer Logik, wie wir oben sahen, vereinbar, ein Empfangsbekennniß als Vermächtniß aufzufassen oder auszulegen. Ich denke daher, daß es sich mit unserer Logik wohl auch noch vertragen werde. Die Argumentation des Verf. leidet an dem Fehler, daß sie nur an den Worten

deutelt, nicht aber auf eine Interpretation des Willens des Testators, der sich in den Worten zu erkennen gibt, ausgeht. Faßt man diesen in's Auge, so muß man um so eher geneigt sein, in dem testamentarischen Schuldbekennniß ein Schuldvermächtniß zu erkennen, je entschiedener man der Ansicht ist, daß jenes weder die Bedeutung eines Geständnisses, noch die eines Schuldscheins habe. Ein ihn selbst bindendes Geständniß abzuliegen, das ist der Wille des Testators nicht; er weiß, daß er seine Erklärung nach Belieben unterdrücken oder ändern kann. Man muß aber doch voraussetzen, daß er etwas damit gewollt habe, wenn er jene Erklärung seinem letzten Willen einverleibt, und was sollte dies anderes sein, als daß die Erben seine Angabe respectiren und die Schuld anerkennen sollen? Gerade nach der Art, wie das b. G. B. das Schuldvermächtniß principieell auffaßt, würde der römische Jurist vollends ohne Bedenken dem testamentarischen Schuldbekennniß gleiche Bedeutung beigelegt haben. Der §. 665 setzt die Bedeutung des Schuldvermächtnisses darein, daß der Erbe die vermachte Schuld anerkennen muß. Also, wenn der Erblasser gesagt hat, „ich vermache dem X 400 fl., die ich ihm schuldig bin“, so muß der Erbe diese Schuld anerkennen. Wer wird zweifeln, daß dasselbe gelte, wenn der Erblasser sagt: „ich bekenne hierdurch, dem X 400 fl. schuldig zu sein und will, daß meine Erben diese Schuld unweigerlich anerkennen?“ Und wenn er nun bloß sagt: „ich bekenne oder ich erkläre hiermit, daß ich dem X 400 fl. schuldig bin“, dann sollten die Erben sich einfach darüber hinwegsetzen können und behaupten, diese Erklärung habe für sie keine bindende Kraft? Aber mehr als ein Schuldvermächtniß kann sie nicht wirken; den gefährdeten Gläubigern des Erblassers kann auch diese Anerkennung desselben nicht zum Nachtheil gereichen, ebensowenig den Pflichttheilsberechtigten. Das hat Freudenreich a. a. O. bewiesen.*

Bur Lehre von der dos praelegata. **

In dem Aufsatz über die *lex Maenia de dote* in Band 7. der Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 24. (oben Band I. S. 461. fg.) wurde ein Satz der oben bezeichneten Stelle benutzt zum Belege dafür, daß

* Oesterreichische Gerichtszeitung, Jahrg. 1858. Nr. 10. 11. 12.

** Lehrb. §. 577.

die dem Schwiegervater bestellte Dos nach dessen Tode noch fortbestehe, so lange die Ehe des Sohnes noch fortbauert. Der Satz, wie er dort nach dem Florentinischen und auch sonst, abgesehen von einer Variante in Ansehung des Wortes praelegata, meines Wissens bisher allgemein angenommenen Texte abgedruckt ist, lautet:

Sed et marito ex parte herede instituto, a socero dote praelegata, legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata.

Jetzt aber hat Th. Mommsen in seiner Ausgabe der Digesten eine wesentlich abweichende Lesart in den Text aufgenommen: Sed et marito ex parte heredi instituto a socero dote praelegata etc. Zur Rechtfertigung dieser Aenderung beruft er sich auf den Auszug der Basiliken, den man mit dem Namen Cipucitus zu bezeichnen pflegt. Nach Heimbach's Ausgabe der Basiliken (tom. IV. pag. 401.) gibt dieser als Inhalt des §. 13. der in lib. XLIV. tit. 4. als cap. 1. verarbeiteten L. 1. D. de dote praeleg. im zweiten Satze an: *καὶ εἰ μερικῶ ὄντι τῷ παιδί κληρονόμῳ λιγατευθῆ προίξ*; in lateinischer Uebersetzung: Et si filio heredi ex parte instituto dos legata sit. Darnach wäre also der Fall der L. 1. §. 13. cit. so zu denken, daß nicht der Schwiegertochter, sondern dem Sohne und Ehemanne, der vom Vater pro parte zum Erben eingesetzt ist, die für die Schwiegertochter dem Schwiegervater bestellte Dos vermacht worden, und müßte allerdings gelesen werden: marito ex parte heredi instituto. Es verlohnt sich der Mühe, diese Lesart im Vergleich mit der bisher angenommenen einer genaueren Prüfung zu unterwerfen.

In L. 1. §. 13. cit. wird zuerst ein Fall besprochen, wo der Frau selbst vom Manne ihre Dos vermacht ist, aber mit einer Fideicommissaufgabe. Es wird gefragt, ob dieses Vermächtniß dem Abzug der lex Falcidia unterliege:

Idem Julianus quaerit, si mulieri dos sit relegata eaque rogata dotem restituere, an lex Falcidia in legato locum haberet.

Julian verneint die Frage und erklärt zugleich das Fideicommiss für unwirksam:

Et negat habere, quoniam fideicommissum quoque negat valere.

Das Vermächtniß der Dos an die Frau, welche ohnehin den Anspruch auf deren Rückgabe hat, wird gleich einem Schuldvermächtniß behandelt. Vermacht der Mann der Frau, was er ihr etwa aus einem Darlehen schuldig war, so findet die Falcidia darauf nicht Anwendung

und das darauf gelegte Fideicommiß ist wirkungslos. Eben so wird es gehalten, wenn ihr die Dos vermacht ist.

L. 28. §. 13. D. de lib. leg. 34. 3. L. 1. §. 10.

L. 81. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2.¹

En so fern jedoch das Vermächtniß mehr gewährt, als durch die Schuldklage oder durch die Dotalklage die Legataria erlangen könnte, ist das Vermächtniß auch als solches anzusehen,

L. 28. §. 1. L. 29. D. de legat. I. L. 82. pr. D. de legat. II.

§. 14. 15. J. de legat. 2. 20.

und bei der dos relegata kann als solcher Vortheil in Betracht kommen, daß kraft des Legates früher als durch die actio de dote die Rückgabe erwirkt wird, das Legat also ein commodum repraesentationis gewährt.

L. 1. §. 2. §. 12. in f. D. de dote praeleg. 33. 4.

Ist aber der Frau außer der Dos noch etwas Anderes vermacht, so unterliegt dieses wie jedes andere Vermächtniß dem Abzug wegen Ueberlastung des Erben und ist auch das der Frau auferlegte Fideicommiß wirksam, soweit dieselbe in dem, was sie außer der Dos wirklich erhält, ihre Deckung findet. Darum fährt L. 1. §. 13. cit. fort:

Quodsi praeterea quid uxori legatum sit, putat ex residuo fideicommissum praestari, quod utique habita ratione Falcidiae uxori praestabitur.

Hieran schließt sich nun der oben im Anfang abgedruckte Satz, in welchem Mommsen die Lesart heredi statt der bisherigen herede aufgenommen hat. Er setzt den Fall, daß der Schwiegervater die für die Schwiegertochter bestellte Dos vermacht hat, der Sohn aber jenen überlebt und dessen Ehe nach dem Tode des Vaters noch fortbesteht; der Sohn ist zugleich pro parte Erbe des Vaters. Nach beiden Lesarten fällt hier nun das legatum dotis pro parte dem Erbtheil des Sohn-Ehemanns zur Last; aber der Vermächtnißnehmer ist ein anderer, je nachdem man die eine oder die andere Lesart annimmt; nach der einen ist es der Sohn-Ehemann, der zugleich Miterbe des Vaters ist; nach der anderen ist es dessen Frau, die dotirte Schwiegertochter des Erblassers; nach dieser ist einfach dos relegata, wie Haloander auch hier wie in anderen Stellen für praelegata gesetzt hat; nach jener ist im eigentlichen Sinn dos praelegata, sc. marito ex parte heredi scripto. Betrachten wir zuerst den Fall in dieser Gestalt.

¹ Anders beurtheilte Julian bezüglich der Falcidia den Fall, wenn einem Dritten die Dos legirt war, mit der Auflage, sie der Frau zu restituiren. L. 1. §. 12. D. de dote praeleg. 33. 4. Aber Marcellus nahm auch hier dasselbe an. L. 57. D. ad leg. Falcid.

Kein Zweifel, daß der Vater die *Dos* der Schwiegertochter dem Sohne durch *Legat* überweisen konnte. In L. 1. §. 10. D. eod. wird der Fall besprochen, wenn dieselbe dem enterbten Sohne *legirt* war. Eben so wie dem enterbten konnte sie auch dem *pro parte* eingesetzten Sohne *legirt* werden. Dieß konnte geschehen in der Form des *legatum per praeceptionem*, und das war, wie sich aus L. 51. pr. D. fam. *ercisc.* schließen läßt², vernuthlich sehr gewöhnlich; es war auch möglich *per vindicationem* oder *per damnationem*, so wie auch sonst ein *Prälegat* in diesen verschiedenen Formen hinterlassen werden konnte. Der Sohn konnte alsdann den Miterben gegenüber sein Recht auf die *Dos* mit den Rechtsmitteln geltend machen, welche überhaupt dem *Legatar* zustanden, also wohl auch, wenn die *Dotalsachen* im *quiritischen* Eigenthum des Erblassers befindlich und *per vindicationem* *legirt* waren, durch *in rem actio*, im Fall des *legatum per praeceptionem* aber nach der *sabinianischen* Ansicht immer nur durch das *iudicium familiae erciscundae*. Aber es bedurfte nicht eines *Legats*, um in dem vorliegenden Falle dem Sohn-Ehemann die Erlangung der *Dos* zu ermöglichen. Wie in Bd. 7. S. 24. fg. ausgeführt worden ist, konnte jener, auch wenn ihm die *Dos* nicht *legirt* war, die Herausgabe derselben erwirken, als *Miterbe* ebenfalls *iudicio familiae erciscundae*, wenn er nicht *Erbe* war, durch *utilis actio*. Dieß wird in derselben L. 1. cit. in §. 9. anerkannt. Eine Minderung der *Dos* wegen der *Falcidia* brauchte sich dabei der Mann nicht gefallen zu lassen nach L. 85. D. ad leg. *Falcid.* (Bd. 7. S. 26. 28.); er soll die ganze *Dos* haben, jedoch nur gegen Sicherstellung der Miterben, daß sie nicht nach *Endigung* der Ehe noch von der Frau mit *actio de dote* belangt werden. Wie verhält sich nun dazu L. 1. §. 13. cit. nach *Mommsen's* Textänderung?

Sed et marito ex parte heredi instituto a socero dote praelegata, legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata; verum quod Falcidia recidit, in familiae erciscundae iudicio maritum praecepturum, quemadmodum totam dotem prae-ciperet, si non esset relegata.

Am Schlusse wird ausdrücklich anerkannt, daß der Sohn-Ehemann die ganze *Dos* ohne Abzug der *Falcidia* verlangen könne, wenn sie ihm nicht *prälegirt* ist. Nach dem vorhergehenden Satze aber soll das *Prälegat* dem Abzuge der *Falcidia* unterliegen. Man sollte doch glauben,

² Vgl. Bd. 7. S. 27. In der *Ann.* 32. daselbst ist eine *Emendation* von *Mommsen* unrichtig wiedergegeben; es sollte a. C. heißen *si futurus esset*. (Siehe oben Bd. 1. S. 464.)

das Prälegat bedeute nichts anderes, als daß der Erblasser dem Sohne die Dos anweisen wolle, welche ihm, als demjenigen, welcher nunmehr die onera matrimonii sustinet, ohnehin zukomme, und wenn nun diese, falls er nichts darüber bestimmt, keinen Abzug erleidet, so müsse auch das Prälegat davon verschont bleiben; und das um so mehr, da nach L. 51. pr. cit. die von Rechtswegen eintretende praeceptio dotis so aufgefaßt worden zu sein scheint, ac si dos per praeceptionem fuisset legata, als sei dieses Vermächtniß der Dos an den Sohn-Ehemann als sich von selbst verstehend zu suppliren. Man könnte etwa jene Bemerkung Julian's daraus erklären wollen, daß durch die lex Falcidia das Legat ipso iure um so viel gemindert sei, als dadurch die dem Erben gebührende Quarta geschmälert werde, daß daher iure legati nicht mehr als die um so viel geminderte Dos begehrt werden könne, und auf anderem Wege dem Sohne zum Besitz der ganzen Dos zu verhelfen sei. Dafür könnte man sich berufen auf L. 7. §. 2. D. eod., worin vorausgesetzt wird, daß die dem enterbten Sohne vermachte Dos der Falcidia unterliege. Allein nach L. 1. §. 9. eod. war der Anspruch des miterbenden Sohnes auf die Dos seiner Frau, wo ihm dieselbe nicht prälegirt war, in dem iudicium familiae erciscundae geltend zu machen, und nach der Ansicht der sabinianischen Schule, welcher Julian angehörte, war dieses auch unter allen Umständen der einzige Weg, auf welchem das legatum per praeceptionem geltend zu machen war. Darnach konnte jene Unterscheidung hier wohl nicht am Platze sein. Es ist mir daher nicht wahrscheinlich, daß Julian in unserer Stelle den Fall vor Augen gehabt habe, wo dem miteingesetzten Sohn-Ehemann die Dos prälegirt worden, er möchte denn etwa ausdrücklich dabei bemerkt haben: per vindicationem oder per damnationem. Wahrscheinlich ist jenes zudem auch darum nicht, weil im vorhergehenden Theil des Paragraphen der Fall gesetzt war, daß der Frau die Dos relegirt war; weil es ferner auffallend wäre, wenn Julian gesagt hätte: „marito . . . a socero dote praelegata“, da der Erblasser des Ehemanns Vater, nicht Schwiegervater war, während eben darum, weil der socer genannt ist, in den als selbständiger Ablativus absolutus aufgefaßten Worten „a socero dote praelegata“ der Dativ mulieri aus dem Vorhergehenden süglich supplirt werden kann; vorzüglich aber endlich darum nicht, weil der angegebene Grund: „quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata“ mir nicht treffend erscheinen will, wenn vorausgesetzt wird, daß dem Sohn-Ehemann die Dos prälegirt sei; denn diesem sollte ja die Dos von Rechtswegen

zukommen, und schon der Ausdruck *relegata* scheint auf die Frau als die Vermächtnißnehmerin hinzudeuten.

Alle diese Bedenken schwinden, wenn die bisherige Lesart der Stelle beibehalten wird, wobei nur das Wort *praelegata*, wie sonst öfter, als gleichbedeutend oder verwechselt mit *relegata* zu nehmen ist. Alsdann ist im ersten Theil des §. 13. von dem Falle die Rede, wo der Frau vom Manne, durch dessen Tod die Ehe gelöst und der Anspruch auf Restitution der *Dos* für jene entschieden ist, die *Dos* als nunmehr *debita* relegirt worden ist; im zweiten Theil aber von dem Falle, wenn derselben die *Dos* vom Schwiegervater legirt ist, nach dessen Tode die Ehe noch fortbesteht, daher noch *indebita dos legata est*, *indebita*, weil die Frau erst nach Endigung der Ehe die Rückgabe verlangen kann und nach damaligem Rechte vielleicht niemals Anspruch darauf hatte, wenn nämlich die Ehe durch den Tod der Frau geendigt wurde, was freilich nach Justinianischem Rechte nur mehr dann gesagt werden konnte, wenn im Dotalvertrag festgesetzt war, daß im Fall des Todes der Frau die *Dos* dem Manne verbleiben sollte. Nach L. 1. §. 9. eod. muß dabei als Wille des Erblassers vorausgesetzt werden, daß der Schwiegertochter alsbald nach seinem Tode noch während der Ehe die *Dos* entrichtet werde. Alsdann steht ihr dieserhalb die *actio legati* gegen die Erben zu. Da aber das Legat hier nicht ein *debitum* zum Inhalt hat, so unterliegt es auch wie andere Vermächtnisse dem Abzug der *Falcidia*. Wird nun solchergestalt der Frau nicht die ganze *Dos* entrichtet, so bleibt ein Theil derselben in der Hand der Erben. Da nun weiter der Mann, wenn die *Dos* nicht relegirt ist, *iudicio familiae erciscundae* die *Præceptio* der ganzen *Dos* verlangen kann, so muß ihm in diesem Fall dasselbe Recht in Ansehung des durch den Abzug der *Falcidia* den Erben verbleibenden Theils derselben zuerkannt werden.

So erklärt sich L. 1. §. 13. cit. nach der bisherigen Lesart ganz befriedigend, während die von Mommsen aufgenommene Lesart zu großen Bedenken Anlaß gibt. Ich glaube daher, daß die Autorität des sog. *Tipucitus* uns nicht bewegen sollte, dieser ohneweiters den Vorzug zu geben, mag auch immerhin darnach als erwiesen gelten, daß der Verfasser des Auszugs einen Text der Basiliken, oder die Verfasser der Basiliken einen Text der Digesten vor sich gehabt haben, worin der Sohn-Ehemann als derjenige erschien, dem die *Dos* der Schwiegertochter vom Schwiegervater vermacht worden war. *

* Zeitschr. für Rechtsgeschichte. VIII. S. 432 - 438. (1869.)

Pflichttheils- und Notherbenrecht.*

Das römische Recht gestattet dem Willen des Einzelnen, über sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode zu verfügen¹. Aber es hat auch die Nothwendigkeit erkannt, beschränkend der Willkür entgegenzutreten, welche sich über jede Rücksicht auf die Familienverbindung, in der doch der Ursprung des Erbrechts zu suchen ist, ungebührlich hinwegsetzen möchte². In dieser Beziehung kommen aber im römischen Rechte zwei sehr verschiedenartige Beschränkungen vor. Es gibt nämlich Personen, welche der Erblasser zwar von der Erbschaft ausschließen kann, welche er aber auch, damit sie nicht seine Erben werden, ausdrücklich von der Erbfolge ausschließen muß, indem sie, wenn sie übergangen, d. i. weder zu Erben eingesetzt noch enterbt sind, gegen den Willen des Erblassers zur Erbfolge gelangen können. Man nennt sie Notherben. Der Erblasser ist aber durch die auf sie zu nehmende Rücksicht nur formell beschränkt, insofern er ihnen unter Beobachtung der erforderlichen Form die Erbschaft ganz entziehen kann; er muß ihrer gedenken, braucht sie aber nicht zu bedenken. Gewissen Personen dagegen, und zwar zum Theil denselben, welche zu den Notherben in dem eben angegebenen Sinne gehören, ist unter gewissen Voraussetzungen gesetzlich ein Anspruch auf einen gewissen Theil des Erbvermögens beigelegt, welchen ihnen der Erblasser nicht willkürlich schmälern oder entziehen darf, sondern vielmehr pflichtmäßig hinterlassen muß, um nicht die Giltigkeit seiner letztwilligen Anordnungen ganz oder theilweise gefährdet zu sehen. Den diesen Personen gebührenden Theil des Nachlasses nennt man Pflichttheil; die Personen, denen er gebührt, Pflichttheilsberechtigte. Man nennt aber auch sie Notherben, insofern der Erblasser auch auf sie nothwendig Rücksicht nehmen, dieselben bedenken muß, oder eine Erbfolge derselben gegen seinen Willen, also unabhängig von diesem, stattfinden kann, obwohl Manche diese Benennung nur auf die erstgenannte Classe von Personen beschränken wollen³. Man kann demnach den Inbegriff

* Lehrb. §. 591—607.

¹ L. 120. D. de V. S. Verbis legis XII. tabb. his: uti legassit suae rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.

² L. 120. cit. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

³ Ohne genügenden Grund; vgl. Buchta, Pand. §. 485. Note b. — Ganz angemessen ist die Bezeichnung weder für die eine noch für die andere Classe von Personen, da sie vielmehr auf eine Noth-

der auf diese und jene bezüglichen Rechtsvorschriften im allgemeinen das Notherbenrecht nennen, dabei aber Notherben wegen Nichtgedenkens und Notherben wegen Nichtbedenkens, formelles und materielles Notherbenrecht, unterscheiden. Beide stehen jedoch, zumal nach neuestem Rechte, in so enger Beziehung zu einander, daß es vollkommen gerechtfertigt ist, sie verbunden in einem Artikel abzuhandeln, wie sie auch in neuerer Zeit in verschiedenen Monographien gemeinschaftlich bearbeitet worden sind⁴.

In Betreff unseres Gegenstandes aber hat Justinian noch im Jahre 541 n. Chr., also sieben Jahre nach Vollendung seiner großen Rechtsammlungen, eine tief eingreifende, diese Lehre wesentlich umgestaltende Verordnung erlassen, die Novelle 115, welche mit dem bis dahin geltenden Rechte combinirt werden muß, um die Resultate für das praktische Recht zu gewinnen. Es ist nicht möglich, darin zur Einsicht zu gelangen, wenn man nicht vorerst die verschiedenartigen hierher gehörigen Bestimmungen des älteren Rechtes für sich auffaßt, um dann erst den Inhalt des neuen Gesetzes damit zu vergleichen. Die folgende Ausführung wird daher I. die verschiedenen Arten der Erbsprüche gegen den letzten Willen, wie sie vor der Novelle 115 bestanden, sodann II. den Inhalt dieser Novelle auseinandersetzen, und endlich III. die Grundsätze des geltenden Rechtes, wie sie sich aus der Verschmelzung des neuen Gesetzes mit dem älteren Rechte ergeben, entwickeln, welchem letzten Abschnitte denn auch die nähere Erörterung aller Fragen von praktischer Bedeutung, wcnngleich sie aus dem Rechte vor der Nov. 115 zu schöpfen ist, vorbehalten bleibt.

I. Das Recht vor der Novelle 115.

A. Erbsprüche wegen Präterition; formelles Notherbenrecht.

Einsetzung oder Enterbung ist nach Civilrecht zur Giltigkeit des

wendigkeit, Erbe zu werden, als auf die Nothwendigkeit, zur Erbschaft berufen oder bei der Verfügung über dieselbe berücksichtigt zu werden, hinzudeuten scheint. Auch bezeichnet die moderne lateinische Uebersetzung des Wortes Notherbe, oder vielmehr der Ausdruck, wovon Notherbe eine deutsche Uebersetzung ist, *necessarius heres*, in der römischen Rechtsprache denjenigen, welcher, zur Erbschaft berufen, nothwendig oder *ipso iure* Erbe wird (vgl. Rechtslexikon Bd. IV. S. 7. oben Nr. 34.), und daß man diesen Ausdruck auch in obiger Bedeutung gebraucht, was ist wohl nur durch den Umstand veranlaßt worden, daß die im heutigen Rechte allein noch vorkommenden *necessarii heredes* im römischen Sinne zugleich dieselben Personen sind, welche schon nach altem Civilechte eingesetzt oder enterbt werden mußten (vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 888. unten Nr. 56. Note 19.)

⁴ C. G. W. Balett, das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das sogen. Notherbenrecht. Götting. 1826. — G. C. Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen, nach röm. Rechte, mit besonderer Rücksicht auf die Nov. 115. Bonn 1829. — W. Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Göttingen 1831. — Die letzte ist die bedeutendste Monographie über diesen Gegenstand. Außerdem ist noch besonders hervorzuheben: Glück's ausführliche Erläuterung der Pandekten, fortgesetzt von Mühlensbruch Bd. 35—38. (Erlangen 1832 bis 1835), vgl. mit Bd. 6. S. 527 ff. und Bd. 7. desselben Werkes. Eine besondere Schrift über das Pflichttheilsrecht ist: G. Müller, die Lehre vom Pflichttheil, 2 Thle. Amberg (Nürnberg) und Sulzbach 1801, 1806. Vgl. übrigens in Betreff der Literatur Franke a. a. D. S. 6—11.

Testaments erforderlich in Ansehung derjenigen Personen, welche den Erblasser, wenn er ohne Testament stirbt, als *sui heredes ipso iure* beerben würden⁵; die Präterition derselben hat civilrechtlich Nichtigkeit des Testaments zur Folge⁶. Nach prätorischem Rechte dagegen ist Einsetzung oder Enterbung nicht nur in Ansehung der *sui heredes*, sondern auch in Ansehung anderer den *sui heredes* gleichgestellter Descendenten⁷ erforderlich, um die Vereitelung des Testaments durch *honorum possessio contra tabulas* abzuwenden⁸. Nur in einem Soldatentestamente wird die Präterition der Enterbung gleichgeachtet, vorausgesetzt, daß dieß nicht der wahren Absicht des Erblassers zuwider ist⁹. Die Erfordernisse einer wirklichen Enterbung sind schon in einem anderen Artikel angegeben worden¹⁰, wo auch bereits bemerkt wurde, daß die Unterschiede, welche in dieser Beziehung nach älterem Rechte unter verschiedenen Classen der zu enterbenden Personen stattfanden, im Justinianischen Rechte beseitigt sind¹¹. Aber auch die Einsetzung muß von bestimmter Beschaffenheit sein. Das Civilrecht fordert in Ansehung des in der Gewalt des Erblassers befindlichen Sohnes eine solche Erbeinsetzung, deren Erfolg nicht gegen seinen Willen vereitelt werden kann, so daß er ungeachtet derselben dennoch von der Erbschaft verdrängt werden könnte, ohne förmlich enterbt zu sein. Daher ist die bedingte Erbeinsetzung des Sohnes in der Regel ungiltig. Sie genügt nur dann, wenn der Eingesezte zugleich für den Fall der Nichterfüllung enterbt wird, oder wenn die Erfüllung schlechthin von der Willkür des Eingesezten abhängt, also eine reine Potestativbedingung ist¹²; und selbst die Einsetzung des Sohnes unter einer unmöglichen Bedingung oder unter einer solchen, die er aus sittlichen Gründen nicht erfüllen darf, ist völlig unwirksam¹³, obgleich sonst

⁵ Vgl. Rechtslexikon Bd. V. S. 669. 670. Es ist jedoch wohl möglich, daß ab intestato ein Descendent als *sui heres* erbt, der doch nicht eingesetzt oder enterbt zu sein brauchte, wenn nämlich der Erblasser ein Testament hinterläßt, das erst nach dessen Tode ungiltig wird, und inzwischen erst jener in *sui heredis locum* succedit. L. 7. pr. D. si tab. test. 38. 6.

⁶ Vgl. Inst. de exheredatione liberorum. 2. 13. Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. 28. 2. Cod. de liberis praeteritis vel exheredatis. 6. 28. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. 6. 29.

⁷ Vgl. Rechtslexikon Bd. V. S. 672; Bd. II. S. 317—319.

⁸ Dig. de honorum possessione contra tabulas. 37. 4. Cod. de honorum possessione contra tabulas. quam praetor liberis pollicetur. 6. 12. Vgl. Rechtslexikon Bd. II. S. 316—323.

⁹ §. 6. J. h. t. 2. 13. L. 7—9. 30. 33. pr. §. 2. L. 36. §. 2. D. de testamento militis. 29. 1.

¹⁰ L. 9. 10. Cod. eod. 6. 21. Cf. Lex rom. Burgund. tit. 45.

¹¹ Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 889—894. (unten Nr. 56.)

¹² Durch L. 4. Cod. de liberis praet. 6. 28. vom J. 531.

¹³ L. 4—6. pr. L. 86. D. de hered. inst. 28. 5. L. 28. D. de cond. inst. 28. 7. L. 83. D. de

cond. et dem. 35. 1. L. 4. Cod. de inst. et subst. 6. 26. Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 892. Note 47. 48. und Mühlbruch a. a. D. Bd. 36. S. 354 fig.

¹³ L. 15. D. de cond. inst. 28. 7.

eine solche Bedingung als nicht hinzugefügt behandelt und daher die Erbeinsetzung als unbedingte angesehen wird¹⁴. Töchter und Enkel dagegen, die sich in der Gewalt des Erblassers befanden, konnten auch unter einer Bedingung, deren Erfüllung nicht in ihrer Willkür stand, gültig zu Erben eingesetzt werden, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu werden¹⁵. Dieß hing ohne Zweifel damit zusammen, daß selbst die völlige Präterition derselben nicht das Testament nichtig machte, sondern ihnen nur das Recht gab, mit den eingesetzten Erben zusammen zu erben (*ius accrescendi*)¹⁶. Streitig aber ist es, ob sie dann nicht im Falle der Nichterfüllung jener Bedingung als präterirte anzusehen und daher nun als solche das *ius accrescendi* geltend zu machen berechtigt waren? Diese Frage ist wahrscheinlich zu bejahen, nach Analogie der bei der prätorischen Notherbfolge geltenden Regel¹⁷. Man hat sie verneint, weil der gültig Eingesezte nicht für präterirt gehalten werden könne und nur wegen Präterition das *ius accrescendi* eingetreten sei¹⁸. Aber auch die *honorum possessio contra tabulas* sollte nur dem präterirten Kinde zustehen, und dennoch wurde sie auch dem unter Bedingung eingesetzten eröffnet, wenn die Erfüllung der Bedingung vereitelt war¹⁹. Streitig ist ferner, ob der angegebene Unterschied zwischen Söhnen und anderen *sui heredes* auch nach dem Rechte des Justinianischen Codex noch anzuerkennen sei? Wohl die Meisten sind der Meinung, er sei durch L. 4. C. de lib. praet. (6. 28.) beseitigt²⁰, und mit Recht; denn nicht nur war es offenbar Justinian's Absicht, die auf der Unterscheidung des Geschlechtes der Kinder beruhenden Unterschiede durchaus zu beseitigen²¹, und glaubte er dieses auch durch L. 4. C. cit. voll-

¹⁴ Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 935—936. (oben S. 93. fg.)

¹⁵ L. 4. pr. L. 6. §. 1. D. de hered. inst. 28. 5. L. 1. §. 8. D. de suis et legitimis. 38. 16.

¹⁶ Gai. II. 124. Ulp. XXII. 17. Cf. L. 4. Cod. de lib. praet. 6. 28.

¹⁷ Vgl. unten Note 26. Grande a. a. D. S. 48.

¹⁸ Mühlensbruch a. a. D. S. 387. Foerster, de bon. poss. contra tab. p. 83.

¹⁹ L. 3. §. 12. D. de bon. poss. c. t. 37. 4.

²⁰ Cuiac. ad L. 1. D. de lib. et post. (ed. Neapol. Vol. I. p. 1053.) Grande a. a. D. S. 48.

v. Bangerow, Pand. II. §. 469. Note 4. Puchta, Pand. §. 486. — Anderer Meinung sind unter Anderen Mühlensbruch a. a. D. Bd. 37. S. 215 fg. Mayer, Erbr. I. S. 239. Wening = Ingenheim, Lehrb. §. 491.

²¹ L. 4. §. 1. Cod. cit. Sancimus itaque, quemadmodum in successioibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance mares ac feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari (sc. aequa lance) et similibus verbis exheredationes nominatim procedere etc. — Das honorari ist im Gegensaße der exhereditatio auf die Erbeinsetzung zu beziehen, in Ansehung deren keine andere Verschiedenheit als die oben berührte unter Söhnen und Töchtern stattfand; man kann daher nicht sagen, wie Mayer a. a. D., daß eine Gleichstellung in Betreff der Art der Erbeinsetzung nicht beabsichtigt gewesen sei. Auch kann es kein Bedenken erregen, daß Justinian die Gleichstellung zugleich auf das prätorische Recht bezieht, welches eine bedingte Erbeinsetzung überhaupt zuläßt; denn dieß hatte in dem Wesen der bon. poss. c. t. seinen Grund, es beruhte nicht in einer Unterscheidung der Personen nach dem Geschlechte.

ständig erreicht zu haben²², sondern es würde auch die Beibehaltung des fraglichen Unterschiedes ganz unpassend und inconsequent sein, nachdem der Präterition aller sui heredes die gleiche Folge, Wichtigkeit des Testamentes, beigelegt war²³. Die in den Pandekten ungeschickter Weise übrig gelassenen Spuren des alten Unterschiedes können daher nicht bewegen, denselben noch festzuhalten, um so weniger, da bei diesen Stellen die Compilatoren vielleicht das, was in Ansehung der postumi und quasipostumi gilt, vorschwebte²⁴. Die Einsetzung einer Person nämlich, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht im Verhältnisse eines suus heres zum Erblasser steht, aber später in dasselbe eintreten kann, ist auch nach Justinianischem Rechte noch unter einer beliebigen Bedingung zulässig, weil die Einsetzung derselben überhaupt nicht erforderlich ist zur anfänglichen Giltigkeit des Testamentes; es kommt nur darauf an, daß zu der Zeit, da der Eingesezte in jenes Verhältniß eines entweder einzusetzenden oder zu enterbenden suus heres wirklich eintritt, die Bedingung bereits erfüllt, also die Einsetzung nun eine unbedingte sei; denn sonst kann diese das Testament gegen die nun eintretende Ungiltigkeit nicht schützen, wenn nicht die Bedingung eine potestative oder zugleich für den Fall der Nichterfüllung die Enterbung des bedingt Eingesezten ausgesprochen ist²⁵. Dasselbe ist endlich auch erforderlich, um die prätorische Erbfolge gegen das Testament jedenfalls auszuschließen. Denn die bedingte Erbeinsetzung des prätorischen Motherben ist zwar an sich gültig, weil selbst die völlige Präterition desselben nicht die Wichtigkeit des Testamentes bewirkt; vielmehr kann der Eingesezte vermöge jener Erbeinsetzung schon pendente conditione secundum tabulas honorum possessionem erlangen. Aber wenn die Bedingung nicht in Erfüllung geht (deficiente conditione), wodurch sonst die bonorum possessio des Eingesezten als solche ausgeschlossen oder vereitelt wird, so kann

²² §. 5. J. de exhered. lib. 2. 13. Nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans ideo simplex ac simile ius et in filiis et in filiabus et in ceteris descendantibus per virilem sexum personis — introduxit.

²³ Müllersbruch sagt a. a. O. Bb. 36. §. 386: Da Töchter und Enkel auch präteritirt werden konnten, ohne daß dieß dem Rechtsbestande des Testamentes schadet, so durfte man sie auch unter einer zufälligen Bedingung einsetzen. Demnach hätte er Bb. 37. §. 215. sagen sollen: Da nach L. 4. Cod. cit. Töchter und Enkel nicht präteritirt werden können, ohne daß dieß dem Rechtsbestande des Testamentes schadet, so darf man sie auch nicht mehr unter einer zufälligen Bedingung einsetzen, ohne sie in contrarium eventum zu enterben. Statt dessen will er hier das alte Recht des Haussohnes als eine Ausnahme von der Regel auch ferner nur auf diesen beschränken. Vgl. dagegen v. Wangerow a. a. O.

²⁴ Nur der Enkel und der ceteri, qui ex lege Velleia instituti non rumpunt testamentum, wird darin ausdrücklich erwähnt. L. 6. §. 1. D. de hered. instit. Vgl. L. 1. §. 8. cit.

²⁵ L. 22. 24. D. de lib. et post. 28. 2. Cf. L. 3. §. 2. L. 13. D. de iniusto. 28. 3. I. G. §. 1. D. de hered. inst. 28. 5. §. 2. J. de exhered. lib. 2. 13. Vgl. Müllersbruch a. a. O. Bb. 36. §. 387 fig.

derselbe nur als präterirter Notherbe contra tabulas bonorum possessionem agnosciren oder die bereits agnoscirte secundum tabulas b. p. mit den Wirkungen der b. p. contra tabulas behaupten, wenn nicht entweder die Bedingung eine potestative oder zugleich auf den Fall der Nichterfüllung derselben die Enterbung des eingesetzten Nothherben angeordnet ist ²⁶.

Sollen nun noch die rechtlichen Folgen der Präterition näher bestimmt werden, so müssen wir vorerst das Civilrecht und das prätorische Recht unterscheiden.

1) Nach Civilrecht hat die Präterition der sui heredes Nichtigkeit des Testaments zur Folge; allein es ist dabei weiter zu unterscheiden zwischen der Präterition derjenigen Personen, welche schon zur Zeit der Testamenterrichtung als sui heredes des Erblassers vorhanden sind, und derjenigen, welche erst später in dieses Verhältniß eintreten.

a) Im ersten Falle, also z. B. wenn ein in jenem Zeitpunkte schon lebender in der Gewalt befindlicher Sohn, oder ebenso eine Tochter, oder ein Enkel, dessen Vater bereits verstorben oder sonst aus dem Suitätsverhältnisse zum Erblasser herausgetreten ist, weder giltig enterbt noch eingesetzt wird, so ist das Testament von Anfang an nichtig, nullius momenti, inutile; es ist civilrechtlich kein Testament, nullum testamentum ²⁷. Nach älterem Rechte hatte freilich nur des Sohnes Präterition diese Wirkung, aber nach Justinian's Verordnung gilt dasselbe, wenn eine Tochter oder ein Enkel übergangen ist ²⁸. Auch sollte nach der Ansicht der Proculianer das Testament nur dann nichtig sein, wenn der übergangene Sohn zur Zeit des Todes des Erblassers noch am Leben und noch suus heres desselben war; aber die strengere Ansicht der Sabinianischen Schule ist die herrschende geworden und auch im Justinianischen Rechte ausdrücklich anerkannt ²⁹. Ist nun das Testament nichtig, so folgt von selbst, daß beim Tode des Erblassers die civilrechtliche Intestaterbfolge eröffnet wird und vermöge derselben die übergangenen Kinder, sofern sie jetzt noch zu den sui heredes gehören, von selbst Erben werden, wenn nicht etwa ein anderes giltiges Testament vorliegt ³⁰. Hatte aber der Erblasser vorher ein giltiges Testament errichtet, so wird dieses durch jenes ungiltige nicht aufgehoben und die Erbfolge also,

²⁶ L. 3. §. 12. 13. D. de h. p. c. t. 37. 4. L. 2. §. 1. L. 5. pr. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 20. §. 4. D. de bon. lib. 38. 2.

²⁷ L. 30. D. de lib. et post. 28. 2. L. 1. D. de iniusto. 28. 3.

²⁸ L. 4. Cod. de lib. praet. 6. 28. pr. §. 5. J. de exhered. lib. 2. 13. Vgl. oben Note 16. 22.

²⁹ Gai. II. 123. pr. J. l. c.

³⁰ Pr. §. 2. 3. J. de hered. ab int. 3. 1. Vgl. Rechtslexikon Eb. V. S. 670. (oben S. 33.)

sofern es gültig bleibt, durch dasselbe bestimmt³¹. Ist jedoch ein Kind nicht schlechthin übergangen, sondern nur in Beziehung auf einen Grad der Erbeinsetzung nicht gehörig enterbt, noch auch zum Erben eingesetzt, so beschränkt sich auch die Nichtigkeit, nach der auch in diesem Punkte herrschend gewordenen Ansicht der Sabinianer, nur auf diesen Grad; es wird daher z. B. das erst im zweiten Grade eingesetzte (substituirt), im ersten Grade aber nicht enterbte Kind *ex testamento* erben, weil der ihm vorgehende Grad der Erbeinsetzung nicht gilt, und das nur im ersten Grade enterbte, in den folgenden aber übergangene Kind wird ab *intestato* erben, wenn der zuerst eingesetzte Erbe aus irgend einem Grunde wegfällt, weil in diesem Falle die Substitutionen nichtig sind³².

b) Wenn dagegen erst nach Errichtung des Testamentes eine in demselben nicht gültig enterbte oder eingesetzte Person in die Stellung eines *suus heres* des Erblassers eintritt, so ist zwar das Testament von Anfang gültig, es wird aber durch jenen Umstand sofort ungültig (*rumpitur testamentum*). Diese Wirkung tritt also ein, wenn dem Erblasser erst später ein *suus heres* geboren wird (*postumus, qui agnascendo rumpit testamentum*), desgleichen wenn ein zur Zeit der Testamentserrichtung schon in des Erblassers Gewalt befindlicher Enkel oder Urenkel erst später (*in parentis locum succedendo*) die Stellung eines *suus heres* des Erblassers gewinnt, oder wenn Jemand, der in jenem Zeitpunkte noch nicht in der Gewalt des Erblassers stand, später erst auf irgend eine Weise, z. B. durch Adoption oder Legitimation, derselben unterworfen wird und so das Recht eines *suus heres* erlangt (*quasi postumus, postumi loco, qui quasi agnascendo rumpit testamentum*). In Ansehung der letzten ist selbst die im voraus geschehene Enterbung nicht in allen Fällen geeignet, der Ungültigkeit des Testamentes vorzubeugen, während diese durch die übrigens gehörig beschaffene Einsetzung derselben jedenfalls abgewendet wird³³. Sobald nun eine solche *agnatio* oder *quasi agnatio sui heredis* stattfindet, so verliert das Testament, worin dieser präterirt erscheint, *civilrechtlich* alle Kraft und wird auch nicht wieder gültig, wenn gleich der präterirte zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr vorhanden ist; es muß also, wenn dieser nicht ein neues gültiges Testament errichtet hat, die *Intestaterbfolge*

³¹ L. 7. D. de lib. et post. 28. 3. L. 2. D. de iniusto. 28. 3.

³² L. 3. §. 6 L. 8. 14 §. 1. D. de lib. et post. 28. 2. L. 75. D. de hered. inst. 28. 5. L. 43. §. 2. D. de subst. 28. 6. Vgl. Rechtslexikon Bb. III. S. 893 flg. (unten Nr. 56. Note 53 fg.)

³³ L. 8. 18. D. de iniusto. 28. 3. L. 4—6. L. 23. §. 1. L. 28. §. 1. 3. D. de lib. et post. 28. 2. Vgl. Rechtslexikon Bb. III. S. 889. (unten Nr. 56. Note 30.)

eröffnet werden³⁴, und wenn zur Zeit des Todes noch die Geburt eines Postumus, der nicht giltig enterbt oder eingesetzt ist, zu erwarten steht, so ist einstweilen noch unentschieden, ob die testamentarische oder gesetzliche Erbfolge eintreten werde³⁵. Aber auch hier beschränkt sich die Wirkung der Präterition, wenn mehrere Grade der Erbeinsetzung gemacht sind, zunächst nur auf den Grad, in Ansehung dessen sich der Postumus präterirt findet. Wenn daher ein Postumus im ersten Grade enterbt, im zweiten übergangen ist, so wird durch dessen Geburt der letzte sofort nichtig, und die Substituten können civilrechtlich in keinem Falle mehr zur Erbschaft gelangen³⁶. Wenn aber zur Zeit der Geburt des Postumus bereits einer von mehreren im ersten Grade eingesetzten Erben weggefallen und nun statt dessen ein im zweiten Grade eingesetzter Erbe als Substitut zur Miterbschaft mit den übrigen instituti des ersten Grades berufen ist, so wird sogar das ganze Testament, auch die Einsetzung der noch übrigen Erben des ersten Grades, zerstört, weil der Substitut nun in die erste Reihe der eingesetzten Erben vorgerückt und somit der Postumus nicht, wie erforderlich, von allen zunächst berufenen Testamentserben exheredit ist, während dagegen, wenn ein Miterbe des ersten giltigen Grades erst nach der Geburt des Postumus wegfällt, nunmehr die übrigen instituti die ganze Erbschaft vermöge des Anwachsungsrechtes erlangen, welchem die durch die Geburt des Postumus bereits vernichtete Substitution nicht mehr im Wege steht³⁷. Wenn ferner ein Postumus im ersten Grade übergangen, im zweiten aber enterbt ist, so wird durch dessen Geburt unmittelbar nur jener ungiltig; wenn aber dieser Grad der Erbeinsetzung bis dahin noch giltig geblieben war, so daß möglicher Weise die Erbschaft darnach deserirt werden konnte, so wird durch dessen Ruption mittelbar auch der zweite und jeder nachfolgende Grad, also wiederum das ganze Testament, zerstört, weil jener der Wirksamkeit der letzten noch im Wege stand und dessen Ruption nicht zu deren Gunsten, sondern zu Gunsten des Postumus eintreten soll; nur wenn zur Zeit der

³⁴ L. 3. § 3. 4. D. de iniusto. 28. 3. L. 2. 3. Cod. de post. hered. 6. 29. §. 1. 2 5. J. de exhered. lib. 2. 13.

³⁵ L. 84. D. de acquir. hered. 29. 2. Cf. L. 16. D. de lib. et post. 28. 2.

³⁶ L. 8. D. de lib. et post. 28. 2. (wo statt vivo patre zu lesen ist vivo primo). L. 3. §. 4. L. 5. D. de iniusto. 28. 3.

³⁷ L. 14. pr. D. de lib. et post. L. 19. D. de iniusto. Daher müssen, so lange noch eine agnatio postumi, die den zweiten Grad rumpiren würde, zu erwarten steht, die im ersten Grade eingesetzten Erben gemeinschaftlich antreten, weil sonst in Folge der Ablehnung des einen Miterben noch der ganze Grad rumpirt werden könnte. L. 19. §. 2. cit. Sind die Erben des ersten Grades einander gegenseitig substituirt, ohne Hinzufügung eines anderen nicht instituirten Erben, so bedarf es in Betreff der Substitution nicht einer besondern Exheredation, um jene Gefahr der Ruption auszuschließen. L. 19. §. 1. cit.

Geburt des Postumus der erste Grad ohnehin schon ungiltig geworden war, z. B. durch den Tod der eingesetzten Erben oder durch Defizienz der Bedingung der Erbeinsetzung, also nicht mehr rumpirt werden kann, bleibt der nächstfolgende an sich gültige Grad der Erbeinsetzung wirksam³⁸.

2) Nach prätorischem Rechte hat die Präterition der Notherben niemals die Nichtigkeit des Testamentes, welches an solchem Mangel leidet, zur Folge. Vielmehr bleibt es immer möglich, daß die darin eingesetzten Erben secundum tabulas bonorum possessionem erlangen, selbst dann, wenn ein suus heres präterirt und deßhalb civilrechtlich das Testament, beziehungsweise ein Grad der Erbeinsetzung völlig nichtig ist, vorausgesetzt nur, daß die sonstigen Erfordernisse eines prätorisch gültigen Testamentes vorhanden sind. Aber diese bonorum possessio secundum tabulas muß zurückstehen gegen die bonorum possessio contra tabulas, welche von den präterirten Notherben innerhalb der gewöhnlichen Agnitionsfrist erlangt werden kann, an welcher jedoch auch diejenigen eingesetzten Erben (nicht auch die gehörig enterbten) Theil nehmen können, welche, wenn sie übergangen wären, ebenfalls dazu berechtigt wären, und zudem auch das eingesetzte zur Zeit noch in fremder Familie befindliche Kind des Erblassers, welchem sonst im Falle der Präterition das Recht dazu nicht zustehen würde. Die Wirkung dieser bonorum possessio aber besteht darin, daß nun die eingesetzten Erben, wenn gleich civilrechtlich das Testament gültig wäre, in der That von der Erbfolge verdrängt werden, indem die Agnoscenten der bonorum possessio contra tabulas in demselben Verhältnisse, wie diejenigen, welche ab intestato ex edicto unde liberi bonorum possessionem erlangt haben³⁹, die Erbschaft iure praetorio behaupten⁴⁰. Auch werden die Vermächtnisse, welche das Testament enthält, der Regel nach vereitelt. Jedoch werden Vermächtnisse an Descendenten oder Ascendenten des Erblassers und ebenso auch Erbeinsetzungen zu Gunsten derselben, so weit sie nicht das Maß eines Kopftheiles der Erbschaft überschreiten, ferner das der eigenen oder des Sohnes oder Enkels Frau für ihre dos hinterlassene Vermächtniß aufrecht erhalten, sofern diese Verfügungen nicht ohnehin schon ohne die Einwirkung der b. p. c. t. hinfällig sein würden⁴¹, und der Wirksamkeit anderer im Testamente enthaltener Verfügungen, welche nicht die Erbschaft des Testators schmälern, namentlich

³⁸ L. 5. L. 14. pr. cit. Vgl. überhaupt Grande a. a. D. S. 77—85. Mühlensbruch a. a. D. Bb. 36. S. 436—454.

³⁹ Rechtslegikon Br. V. S. 670. (oben S. 35.)

⁴⁰ Vgl. oben Note 8.

⁴¹ Dig. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. 37. 5.

einer Pupillarsubstitution oder Vormundzernennung, steht die bonorum possessio contra tabulas nicht im Wege⁴². Da übrigens dieser Gegenstand bereits in einem anderen Artikel abgehandelt ist⁴³, so brauchen wir hier nicht näher darauf einzugehen.

Aus dem Bisherigen ergibt sich von selbst, wie bedeutend der Unterschied zwischen dem civilrechtlichen und prätorischen (formellen) Notherbenrecht war, nicht nur in Ansehung der Personen, die es betraf, sondern auch in Ansehung der Wirkungen, welche deren Präterition nach sich zog. Und dieser Unterschied besteht auch nach dem Rechte der Pandekten und des Codex noch in seiner ganzen Bedeutung, abgesehen davon, daß der Unterschied zwischen einem Civilerben und bloßen bonorum possessor überhaupt durch die Aufhebung des nudum ius Quiritium und die Verwandlung des sogen. bonitarischen Eigenthums in vollkommene an Bedeutung verloren hatte. Zwar haben Manche geglaubt, auch jener Unterschied zwischen dem prätorischen und Civilrechte sei bereits durch Justinian's L. 4. Cod. de lib. praet. beseitigt worden, so daß nun die Präterition der emancipirten Kinder ebenso wie die der sui heredes das Testament nichtig mache und in Folge dessen die gewöhnliche Intestat-erbsfolge eintreten könne⁴⁴; und zu dieser Meinung hat selbst der Mit-arbeiter des Codex, Theophilus, Veranlassung gegeben⁴⁵; aber sie ist gleichwohl offenbar falsch; es widerspricht ihr sowohl der klare Inhalt jener Verordnung⁴⁶, als auch der Umstand, daß, ungeachtet diese schon

⁴² L. 5. pr. D. l. c. L. 34. §. 2. D. de subst. 28. 6. Von der Vormundzernennung wird es nicht ausdrücklich gesagt, ist aber dennoch unbedenklich anzunehmen. Foerster l. c. p. 398. — Die testamentarische Freilassung von Sklaven des Erblassers sollte nicht bestehen bleiben; aber freilich konnte die durch civilrechtlich gültige Antretung des Testamentserben einmal erlangte Freiheit nicht wieder genommen werden, daher nach Umständen wegen übereilter Antretung gegen jenen actio doli stattfinden konnte. L. 8. §. 2. L. 23. D. de legat. praest.

⁴³ Rechtslexikon Bd. II. S. 316—323.

⁴⁴ Vgl. die Citate bei Glüd a. a. D. Bd. 7. S. 298. und Mühsenbruch a. a. D. Bd. 37. S. 101.

⁴⁵ Ad §. 5. J. de exhered. lib. (nach Reig): Simplex ac simile ius introduxit in filios et filios atque omnibus ex virili sexu descendentibus — neque solum in potestate constitutis sed et emancipatis. — Praeteriti enim itidem infirmant ex ipsa scriptura testamenti (ὡσαύτως ἀναρροῦσιν ἐξ αὐτῆς τῆς γραφῆς τῶν διαθήκων) sive sui sint sive emancipati.

⁴⁶ Sancimus — — eas honorari (sc. feminas) — et contra tabulas bonorum possessionem talem habere, qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso iure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiat. Daran, daß hier der letzte Gegenstand vel — vel in verkehrter Ordnung steht, verglichen mit emancipati vel sui, darf man in einer Justinianischen Constitution ebensowenig Anstoß nehmen, als daß vorher vom Plural (feminae) auf einmal in den Singular (ipsa) übersprungen wird, und also nicht daraus schließen, daß nun auch der emancipatus ipso iure das Testament umstoße. Vgl. §. 5. J. cit.: ut omnes sive sui sive emancipati sint vel heredes instituantur vel nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda (sc. ipso iure) et hereditatem auferendam (sc. p. r. contra tabulas bonorum possessionem), quem filii sui vel emancipati habent.

im Jahre 531 erlassen war, dennoch in den im Jahre 533 publicirten Pandekten und in dem *codex repetitae praelectionis* die *bonorum possessio contra tabulas* mit allen ihren Eigenthümlichkeiten noch als praktisches Institut erscheint; sie wird daher auch von den Meisten mit Recht verworfen⁴⁷.

Das Nebeneinanderbestehen jenes Doppelrechtes, des civilen und prätorischen, verursacht nun aber manchfaltige Verwickelungen, welche die Anwendung des in den Pandekten niedergelegten Rechtes, zumal den Richtern in Justinian's Zeit, zum Theil sehr schwierig machen mußten. Die *b. p. c. t.* kann vorerst mit einer civilrechtlichen testamentarischen Erbfolge aus demselben Testamente, gegen welches sie stattfindet, in Collision kommen, wenn sie nur wegen Präterition eines emancipirten Kindes begründet, civilrechtlich also das Testament gültig ist, und die eingesetzten Erben die Erbschaft auch nach Civilrecht wirklich erwerben. In solchem Falle wird regelmäßig das Recht der letzten durch das *interdictum quorum bonorum*, durch *utiles actiones* und *exceptiones* oder *actionum denegatio* völlig vereitelt, und sie können denn auch ihrerseits gegen die Klagen der Erbschaftsgläubiger sich schützen, selbst wenn die *agnition* der *b. p.* noch nicht erfolgt, aber noch zu erwarten ist⁴⁸. Ist aber der eingesetzte Erbe ein Descendent, welcher selbst *contra tabulas bonorum possessionem agnoscire* könnte, so kann er diese verschmähend auch bloß sein civilrechtliches Erbrecht gegen die *bonorum possessores* geltend machen, jedoch, wenn es mehr umfaßt, mit Beschränkung auf denjenigen Theil des Vermögens, welcher ihm durch die Theilnahme an der *b. p. c. t.* zufallen würde⁴⁹. Und ebenso können auch andere Descendenten und Ascendenten ihr Civilerbrecht in demselben Maße wirksam behaupten, in welchem die Verfügungen zu deren Gunsten trotz der *b. p. c. t.* aufrecht erhalten werden sollen⁵⁰, wenn sie auch

⁴⁷ Vgl. Glück und Mühlenthal a. a. D. Bluntschli a. a. D. S. 116. Franke a. a. D. S. 163 fg. v. Sangerstein a. a. D. II. S. 221.

⁴⁸ L. 13. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 15. D. de o. et a. 44. 7.

⁴⁹ L. 14. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 15. §. 1. 2. D. de legat. praest. 37. 5. L. 10. D. de collat. 37. 6. Cf. L. 22. D. ibid. und darüber Bluntschli a. a. D. S. 99 fg. Der Eingesetzte muß sich mit seinem Civilerbrechte begnügen, sobald er einmal die Erbschaft angetreten oder als suus sich eingemischt hat, L. 14. pr. cit., und wenn er die Frist zur *agnition* der *b. p. c. t.* versäumt oder diese ausgeschlossen hat, L. 2. pr. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 1. §. 10. D. de succ. ed. 38. 9. L. 3. §. 9. L. 4. D. de b. p. 37. 1., weil er in beiden Fällen von der *b. p. c. t.* ausgeschlossen ist. Jedoch wird der noch in fremder Familie befindliche Descendent, auch nachdem er angetreten, noch zur *b. p. c. t.* zugelassen. L. 10. §. 1—3. D. de b. p. c. t. 37. 4.

⁵⁰ L. 5. §. 6. 7. L. 7. L. 8. §. 1. D. de legat. praest. 37. 5. — L. 5. §. 7. cit. sagt: *ut in minorem (quam virilem portionem) eatenus actiones his tribuantur, quatenus scriptae sunt.* Es ist kein Grund zu bezweifeln, daß diese actiones, falls die Eingesetzten als Civilerben angetreten haben, die civilrechtlichen hereditariae actiones sind, die insoweit trotz der *b. p. c. t.* wirksam bleiben,

des civilrechtlichen Erwerbs der Erbschaft nicht bedürfen, um diesen ihren Anspruch geltend zu machen⁵¹.

Aber auch mit der civilrechtlichen Erbfolge aus einem anderen Testamente kann die b. p. c. t. in Collision kommen, wenn nämlich ein älteres gültiges Testament vorliegt, und ein späteres, das wegen Präterition eines *suus heres* ungültig ist und daher das erste civilrechtlich nicht rumpirt hat. Insofern hier die im letzten Testamente eingesetzten Erben, abgesehen von der ihnen im Wege stehenden c. t. b. p. durch *secundum tabulas b. p.* die Erbschaft erlangen und behaupten könnten, kann auch zunächst *contra tabulas b. p.* wirksam eintreten, während die im älteren Testamente eingesetzten Erben *iure civili* antreten können⁵², wobei es aber freilich sehr streitig ist, inwiefern jenes möglich sei. Wichtiger sind die Fälle der Collision mit civilrechtlicher Intestaterbfolge. Eine solche kann eintreten, wenn die eingesetzten Erben nach dem Tode des Erblassers vor Antretung der Erbschaft wegfallen⁵³ oder dieselbe ausschlagen, was sie, wissend, daß ihnen b. p. c. t. entgegensteht, leicht thun werden. Hier ist nun die b. p. regelmäßig gegenüber dem Rechte der Intestaterben nicht minder wirksam, als gegenüber dem Rechte der Testamentserben, durch deren Wegfallen jenem erst Platz gemacht wurde. Dieß leidet aber eine Ausnahme, wenn der Intestaterbe ein enterbter *suus* ist, während ein präterirter *emancipatus* die b. p. c. t. erlangt; hier soll jener, der nach Civilrecht allein Erbe wäre, nicht in Folge der durch ein jetzt ungültiges Testament verhängten Enterbung von der Erbschaft völlig verdrängt werden, sondern wie ab intestato mit dem *Emancipirten* theilen, woraus sich denn freilich

wie auch in Ansehung der Freilassungen die civilrechtliche Wirkung der Antretung bestehen blieb (s. Note 42). Vgl. Förster a. a. D. S. 413., gegen welchen Mühlenbruch a. a. D. Bd. 37. S. 33 flg. in Ansehung dieses Punktes ganz ungegründete Einwendungen vorbringt.

⁵¹ L. 8 §. 2. D. de legat. praes. Diese Stelle erwähnt jedoch eines Versprechens von Seiten des *bonorum possessor* c. t. dem eingesetzten Erben die Virilportion zu gewähren, um ihn dadurch von nachtheiliger Antretung der Erbschaft abzuhalten (vgl. Note 42). Darnach könnte man glauben, daß dieser sich auf solche Weise seinen Anspruch sichern müsse, wenn er nicht antritt, während man gewöhnlich annimmt, daß die Erbeinsetzung *usque ad virilem portionem obnervatus* *tuitioe praetoria* aufrecht erhalten werde, und nur darüber streitet, ob dieß *iure fideicommissi* oder durch eine mit der b. p. c. t. concurrirende s. t. b. p. geschehe (vgl. Förster und Mühlenbruch a. a. D.), wobei man aber übersehen, daß die Agnitio einer solchen b. p. *secundum tabulas* zugleich die Antretung der testamentarischen Erbschaft in sich schließen würde. L. 12. Cod. de iure delib. 6. 30. Am einfachsten möchte sich die Sache folgendermaßen erledigen: Der eingesetzte *Descendent* oder *Ascendent* kann entweder antreten; alsdann *portio hereditatis* (*sc. iure civili adquisita*) *usque ad virilem ei conservatur*; oder er verlangt von dem *bonorum possessor* c. t., daß er ihm den entsprechenden Vermögensbetrag auszahle oder zu zahlen verspreche, widrigenfalls er den ersten Weg einschlagen werde. Vgl. übrigens noch Uprig, Wirkung der b. p. c. t. (Würzburg 1844), S. 60—65.

⁵² L. 12. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4.

⁵³ Sind die eingesetzten Erben sämmtlich schon vor dem Tode des Erblassers weggefallen, so findet die b. p. c. t. gar nicht statt. L. 49. D. de b. p. c. t. 37. 4. Cf. L. 7. §. 6. D. de Carb. ed. 37. 40.

die sonderbare Folge ergibt, daß die eingefetzten Erben es in ihrer Gewalt haben, dem letzten die ganze Erbschaft zuzuwenden, durch Anretung, oder ihn auf die Hälfte zu beschränken, indem sie durch Ablehnung die Concurrenz des enterbten suus herbeiführen⁵⁴. Ist der suus selbst eingefetzt, so wird er civilrechtlich von selbst Erbe ex testamento, wenn er nur den Erbfall erlebt, und schließt also dadurch die civile Intestaterbfolge aus. Ist aber ein suus übergangen, so muß diese allemal eintreten, wenn nicht ein giltiges älteres Testament vorliegt, und hier tritt denn auch wieder eine Collision derselben mit der b. p. e. t. ein, wenn andere Personen vorhanden sind, welche diese agnosciren. Der übergangene suus kann selbst die b. p. e. t. erlangen; aber er kann auch hier mit seinem civilen Erbrechte sich begnügen, und kraft desselben die bonorum possessores in demselben Maße beschränken, wie es der Fall sein würde, wenn er an der b. p. e. t. Theil nähme⁵⁵; für ihn ist daher die Agnition der b. p. e. t. nicht nothwendig, während der übergangene Emancipirte, wenn er sie versäumt, nicht mehr zur Erbschaft kommen kann, sobald von anderen contra oder secundum tabulas b. p. agnoscirt ist⁵⁶. Sind dagegen die civilrechtlichen Intestaterben andere Personen, vor welchen der bonorum possessor contra tabulas auch vermöge der intestati bonorum possessio den Vorzug behaupten würde, so wird deren Erbrecht ebenfalls ganz vereitelt.

Wenn aber endlich die b. p. e. t. von keinem der Berechtigten ergriffen wird, so steht den Eingefetzten nichts im Wege, secundum tabulas b. p. zu erlangen, obgleich sie, wenn das Testament civilrechtlich giltig ist, auch bloß mit ihrem Civilerbrechte sich begnügen mögen. Dabei ist aber sehr streitig, inwiefern diese b. p. cum re sei, wenn das Testament wegen Präterition eines suus civilrechtlich ungiltig ist? Erlebt der suus selbst den Erbfall und tritt daher civilrechtlich als nächster Intestaterbe ein, so ist kein Zweifel, daß er jene b. p. un-

⁵⁴ L. 20. D. de b. p. e. t. Vgl. darüber Bluntschli a. a. D. S. 106. Aehnlich wird der umgekehrte Fall behandelt, wenn ein Emancipirter enterbt, ein suus übergangen ist. L. 1. §. 9. D. si tab. test. nullae. 38. 6. Cf. L. 32. D. de lib. et post. 28. 2., und vgl. über beide Stellen Fabricius, Ursprung und Entw. der h. p. S. 211—226. Söhr, Magazin IV. S. 434.

⁵⁵ Arg. L. 10. D. de collat. 37. 6. L. 1. §. 9. L. 32. cit. Ulp. XXVIII. 13.

⁵⁶ Geschieht dieses nicht, so kann allerdings der Emancipirte noch ab intestato bonorum possessionem erlangen, ex edicto unde liberi, L. 1. §. 2. 5. D. si tab. test. 38. 6. L. 1. §. 1. D. quis ordo. 28. 15.; aber diese b. p. ist sine re, wenn die Eingefetzten civilrechtlich ex testamento erben. L. 2. D. si tab. test. 38. 6. Ohne Grund nimmt Bluntschli a. a. D. S. 65. an, daß der Emancipatus, der die b. p. e. t. versäumt oder versäumt hat, von der b. p. ex edicto unde liberi schlechthin ausgeschlossen sei; L. 2. cit. will nur sagen, daß der Prätor ihn nicht schütze adversus scriptos heredes, was ganz consequent ist, da diese jede wirksame Intestaterbfolge ausschließen und durch Benutzung der s. t. b. p. auch die intestati b. p. völlig ausschließen konnten.

wirksam mache, welche er durch Agnition der b. p. c. t. gänzlich hätte ausschließen können; er kann sein civiles Intestaterbrecht ebensowohl gegen den b. p. s. t., wie pro parte gegen den b. p. c. t. behaupten. Wenn er aber der Erbschaft sich enthält, vermöge des prätorischen *beneficium abstinendi*, so wird die b. p. der eingesetzten Erben vollkommen wirksam, weil jener civilrechtlich dennoch immer Erbe bleibt, also kein anderer Civilerbe eintritt, welcher dieselbe anfechten könnte⁵⁷. Wie aber, wenn der übergangene *suus* vor dem Tode des Erblassers wegfällt, und nun, da das Testament civilrechtlich ungiltig bleibt, andere Personen als Intestaterben eintreten? Ist diesen gegenüber die b. p. der eingesetzten Erben wirksam (*cum re*) oder nicht (*sine re*)? Für den Fall, daß ein *Postumus* das Testament rumpirt hat, dann aber doch nicht selbst erbt, wird diese Frage bejahend entschieden, mit Bezugnahme auf ein *Rescript Hadrian's*⁵⁸, jedoch mit der Beschränkung, daß, wenn andere *sui ab intestato* erben, das Intestaterbrecht ungeschmälert aufrecht erhalten wird, wenn sie nicht den Willen des Erblassers anerkannt haben⁵⁹. Sehr streitig aber ist es, ob dasselbe auch dann gelte, wenn das Testament wegen Präterition eines *suus* von Anfang an nichtig war, dieser aber noch vor dem Tode des Erblassers weggefallen ist?

⁵⁷ L. 2. Cod. unde liberi. 6 14. L. 30. §. 10. D. de fid. libert. 40. 5. — So nehmen daher auch die Meisten an. Vgl. Frände a. a. D. S. 108 fg. Mühlenbruch a. a. D. Bd. 36. S. 325 fg. v. Wangerow, Pand. II. §. 473. Manche wollen dieß jedoch mit *Cuiac.* ad leg. 17. D. de iniusto test. (opp. vol. I. p. 1086. vol. IV. 1034) auf den Fall beschränken, wenn die Eingesetzten zugleich die nächsten Intestaterben sind, indem sonst vielmehr den letztern die Erbschaft zufallen solle. Aber als heredes können diese die Erbschaft nicht erhalten, da der *suus heres* bleibt, und daß die *secundum tabulas b. p.* wegen der civilrechtlichen Ungiltigkeit des Testamentes schlechthin nichtig sei, daher also noch *intestati b. p.* erlangt werden könne, ist nicht zu erweisen, vgl. Mühlenbruch a. a. D., Mayer, Erbr. I. S. 143.; vielmehr bestreitet das Letzte sogar, obgleich er das erste behauptet, Leist, hist. bon. possessionis sec. tab. (Götting. 1841.) p. 45—48. Dieser nimmt an, daß die Abstinenz nothwendig den Verkauf des Vermögens zur Folge habe, womit eine wirksame b. p. nicht bestehen könne (S. 47.); aber es ist ja gewiß, daß der Substitut oder nächste Intestaterbe an die Stelle des Abstinirenden treten und den Verkauf ausschließen kann. L. 44. D. de re iud. 42. 1. L. 6. §. 2. D. de bon. libert. 38. 2. Vgl. übrigens noch *Rechtslexikon* Bb. I. S. 865—868. mit Bd. IV. S. 23. Note 167. (oben S. 59.)

⁵⁸ L. 12. pr. D. de iniusto test. 28. 3.

⁵⁹ L. 13. D. de doli mali except. 44. 4. *Liberis exheredatis, qui nihil ex patris iudicio meruerunt, rupto testamento ius suum conservandum est; nec opponitur doli mali exceptio: quod non solum in persona eorum sed in heredibus (et) in persona liberorum quoque obtinendum est.* Vgl. *Cuiac.* in quaest. Pauli ad h. l. (opp. V. p. 1106.), *Fabricius* a. a. D. S. 112, mit Zusätze, in Richter's Krit. Jahrb. III. S. 20 fg., welcher vorschlägt zu lesen: *quod non solum in persona suorum, sed iis heredibus in persona liberorum quoque obtinendum est.* v. Wangerow, Pand. II. §. 473. Vgl. auch *Vöhr* a. a. D. S. 458. Ganz anders wird diese Stelle erklärt von *Leist* a. a. D. S. 62., welcher *liberis exheredatis* für den absoluten Ablass und *rupto testamento* für den *Dativ* nimmt, also *ius suum* auf das Testament bezieht, und unter der *doli exceptio*, die nicht stattfinden soll, sich eine Einrede der Civilerben gegen den s. t. *honorum possessor* denkt, nicht umgekehrt eine Einrede des letztern gegen jene; alles, wie mir scheint, gezwungen. — Uebrigens muß die Beschränkung auch gelten, wenn nicht enterbte, sondern übergangene oder eingesetzte *sui* erben, obwohl diese auch *contra* oder *secundum tabulas b. p.* erlangen könnten. Vgl. Note 49 fg.

Die Meisten sind der Meinung, daß hier die *s. t. p. sine re sei*⁶⁰, und neuerdings wird sogar behauptet, daß dieselbe schlechthin nichtig und als nicht ertheilt anzusehen sei⁶¹. Nur dann halten die Meisten die *b. p.* für wirksam, wenn die Eingesezten selbst zugleich die nächsten Intestaterben sind, in welchem Falle freilich Niemand vorhanden ist, der ihre *b. p.* anfechten und unwirksam machen könnte⁶², und nach einer Meinung soll auch dann eine Ausnahme von der Regel stattfinden, wenn der Erblasser das ungiltige Testament nach dem Wegfalle des übergangenen *suus* noch bestätigt hat⁶³. Aber einen befriedigenden Grund, warum das wegen Präterition eines schon vorhandenen *suus* von Anfang an ungiltige Testament weniger wirksam sein sollte, als das durch Geburt eines präterirten Postumus vernichtete, weiß man nicht anzuführen. Denn das Testament, das im civilrechtlichen Sinne nicht mehr existirt, ist nicht besser als dasjenige, das im selben Sinne eigentlich nie existirt hat, und die Anwendung der Billigkeit liegt in diesem wie in jenem Falle gleich nahe, da in beiden Fällen von einem eigentlich bloß formellen Fehler die Rede ist, welchen der Erblasser in beiden Fällen ebensowohl, weil er der wirklichen oder möglichen Existenz eines *suus* unfundig ist oder nicht gedenkt, als aus Rechtsunwissenheit begangen haben kann. Sogar scheint es, daß im letzten Falle die Billigkeit noch näher gelegen habe, wenn man bedenkt, daß die Schule der Proculianer das Testament, worin der *suus* präterirt war, nicht sofort für nichtig erklärte, sondern nur dann, wenn dieser den Erblasser überlebte, der letzte also um so eher sich beruhigen konnte, wenn jener noch vor ihm starb, während uns nicht bekannt ist, daß ein gleicher Meinungsstreit auch in Ansehung der civilrechtlichen Wirkung der Ruption des Testamentes durch Geburt eines Postumus stattgefunden habe. Da nun auch kein bestimmter Ausspruch der Quellen dagegen ist⁶⁴, so wird wohl mit Recht von Vielen

⁶⁰ Vgl. Franke a. a. O. S. 115. und die daselbst angeführten Schriften. Mühlentruch a. a. O. S. 310 flg. v. Pangerow a. a. O. Fabricius a. a. O. S. 136 flg. Heumann, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. XVII. S. 172 flg.

⁶¹ Leijt a. a. O. S. 49—51. Vgl. dessen *honorum possessio* I. S. 187.

⁶² Arg. L. 12. pr. in l. D. de iniusto test. 28. 3. Anders erklärt diese Stelle Leijt a. a. O. S. 53—58.

⁶³ Arg. L. 11. §. 2. D. de b. p. s. t. 37. 11. Franke a. a. O. S. 120. Dagegen Mühlentruch a. a. O. S. 324 flg.

⁶⁴ Nicht dagegen ist das pr. J. de exhered. lib. 2. 13.: denn dieses spricht augenscheinlich nur von der civilrechtlichen Ungültigkeit (*inutiliter testabitur, adeo quidem ut — nemo heres ex eo existere possit*). Ebenso sagt §. 1. *ibid.* unbedingt: *testamentum — agnatione postumi rumpitur et ea ratione totum infirmatur*; vgl. §. 1. J. quib. mod. test. infirm. 2. 17., und doch wissen wir gewiß, obgleich die Institutionen nichts davon sagen, daß in diesem Falle das Testament nicht per omnia inutile ist. Ebenjowemig steht entgegen L. 7. D. de iniusto. test. 28. 3., weil auch diese Stelle nur den civilrechtlichen Grundsatz ausspricht, wobei wohl zu beachten ist, daß durch die

angenommen, daß in dem fraglichen Falle nicht minder, wie in dem ersten, eine wirksame s. t. b. p. stattfinden könne⁶⁵.

B. Ansprüche auf einen bestimmten Theil des Erbvermögens, materielles Nothherbenrecht.

Ein Anspruch auf einen gewissen Theil des Nachlasses wurde 1) nach älterem Civilrechte den nächsten Verwandten, 2) nach prätorischem Rechte dem Ascendenten, von welchem der Erblasser emancipirt worden, 3) nach einer Constitution von Pius Antoninus dem während der Unmündigkeit Arrogirten, 4) nach einer Verordnung Justinian's der dürftigen Wittwe des Erblassers beigelegt. Die drei letzten Fälle sind im Rechtslexikon schon an anderen Orten besprochen worden (Bd. I. S. 157, Bd. II. S. 341—343, Bd. V. S. 697—699).

Was aber die Ansprüche der nächsten Verwandten betrifft, so war es wenigstens schon zu Cicero's Zeit herrschende Ansicht, daß es verwerflich sei, wenn man ein Testament errichte, die nächsten Anverwandten gar nicht zu bedenken, dieselben ausdrücklich oder stillschweigend von jedem Antheile an dem Nachlasse auszuschließen⁶⁶. Von dieser Ansicht ausgehend gestattete man solchen Personen, wenn ihnen der Erblasser nichts oder nur einen ungebührlich geringen Theil seines Vermögens hinterlassen hatte, beim Centumviralgerichte Beschwerde anzubringen (*querela inofficiosi testamenti*), und dieses erklärte nach Befinden der Umstände das Testament als ein pflichtwidriges oder liebloses (*inofficiosum*) für ungiltig, *hoc colore*, „quasi non sanae mentis“ fuisset, qui „recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis“⁶⁷. So entwickelte sich allmählig ein ziemlich genau bestimmtes Pflichttheilsrecht gewisser Personen, ohne daß sich genau angeben läßt, wann und wie? vorzüglich ohne Zweifel durch die von den Juristen

Möglichkeit der s. t. b. p. nach dem späteren civilrechtlich ungiltigen Testament keineswegs das Civilerbrecht der früheren Testamente eingesetzten Erben ausgeschlossen wird, vielmehr noch mit voller Wirksamkeit eintreten kann, wenn jene nicht in rechter Zeit agnoscirt ist, daher es falsch wäre zu sagen: *rumpi superius testamentum*. Nur L. 12. pr. cit. in f. kann Bedenken erregen, weil sie arg. a contrario regelmäßig, nämlich einen Fall ausgenommen, eine wirksame s. t. b. p. auszuschießen scheint. Aber abgesehen davon, daß es noch zweifelhaft ist, ob hier unter *inustum testamentum* ein wegen Präterition ungiltiges Testament zu verstehen ist, und daß die Stelle noch auf verschiedene Art erklärt werden kann (vgl. Leist a. a. D.), so verliert das arg. a contrario deshalb an Gewicht, weil es in Ansehung des zugleich genannten *testamentum irritum* ein entschieden falsches Resultat ergibt. §. 6. J. de exhered. lib. 2. 13. vgl. mit Gai. II. 147—151. L. 11. §. 2. D. de h. p. s. t. 37. 11. L. 8. §. 3. D. de iure cod. 29. 7. Vgl. vorzüglich Löhr, Mag. IV. S. 457—467.

⁶⁵ Vgl. Löhr a. a. D. und Bd. III. S. 311. Foerster l. c. p. 140. 388. Bluntschli a. a. D. S. 144. Schönf's Jahrb. XIX. S. 237 ff. Puchta, Pand. §. 487. Note h. Köhler, Vorles. III. 2. S. 516.

⁶⁶ Cic. in Verr. I. c. 42. Cf. Valer. Max. VII. c. 7. 8. Quinctil. inst. orat. V. 2. VII. 4. Plin. epist. V. 1. VII. 33.

⁶⁷ L. 2. 5. D. inofficioso test. 5. 2.

geleitete und beherrschte Praxis; daß es ursprünglich auf einer *lex Glitia* beruhe, ist eine bloße Vermuthung, die man längst als unbegründet abgewiesen hat⁶⁸. Was die Justinianischen Rechtsbücher⁶⁹, abgesehen von Nov. 115, darüber bestimmen, ist im wesentlichen Folgendes:

a) Die berechtigten Personen sind vor allen Kinder und Eltern, Descendenten und Ascendenten des Erblassers, sie mögen bloß Cognaten oder Agnaten sein, wenn sie nur überhaupt, es sei nach *civilem* oder nach prätorischem Rechte, ab intestato erben können⁷⁰, außerdem auch Geschwister, diese jedoch nur unter besonderen Beschränkungen und mit Ausschluß der halbblütigen von der Mutterseite (*uterini*)⁷¹; andere Seitenverwandte haben keinen solchen Anspruch⁷².

b) Eine Beschwerde gegen den letzten Willen des Erblassers können diese Personen nur dann mit Erfolg erheben, wenn nicht deren Ausschließung von der Erbschaft durch einen besonderen Grund gerechtfertigt wird⁷³. Was aber als genügender Grund der Ausschließung gelten könne, ist nicht gesetzlich bestimmt, sondern der Beurtheilung des Richters im einzelnen Falle überlassen⁷⁴. Auch gibt selbst die ausdrückliche Enterbung, wenn sie nicht aus unfreundlicher Gesinnung gegen den Enterbten (*non notae causa*), sondern in der Abicht, für dessen Wohl zu sorgen (*bona mente*), angeordnet ist, keinen Anlaß zur Beschwerde⁷⁵.

c) Unstatthaft ist die Beschwerde gegen ein Pupillartestament⁷⁶, gegen ein Soldatentestament, so lange es als solches giltig ist⁷⁷, und gegen das Testament eines *filiusfamilias* über sein *castrense* oder doch wenigstens über sein *quasi castrense peculium*⁷⁸.

d) Die Beschwerde findet nur dann statt, wenn einer berechtigten Person nicht der gebührende Theil des Nachlasses (*portio legitima*,

⁶⁸ Sie ist nur veranlaßt durch die sehr verdächtige Ueberschrift der L. 4. D. I. c.: *Gaius libro singulari ad legem Glitiam*. Cuiac. obs. II. 21. XIV. 14. Bgl. dagegen Glük a. a. O. Bb. 7. S. 363 fg. Bluntshilf a. a. O. S. 127—141.

⁶⁹ Inst. de inofficioso testamento. 2. 18. Dig. 5. 2. Cod. 3. 28. Cf. Cod. Theod. 2. 19. Gregor. 2. 6. (in Hänel's Ausg.) Pauli sentt. V. 5.

⁷⁰ L. 4. 5. 15. pr. L. 29. § 1. 3. L. 30. pr. D. h. t. § 1. 2. J. h. t.

⁷¹ L. 27. Cod. h. t. Cf. L. 1. 3. Theod. Cod. h. t. L. 24. D. h. t.

⁷² L. 1. D. h. t. Cognati enim (proprii) qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinere spem non haberent. Es geht hieraus hervor, daß diese Schranke nicht durch ein Gesetz genau festgesetzt war. L. 21. Cod. h. t.

⁷³ L. 5. D. h. t. L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 7. pr. D. de bon. damnat. 48. 20. pr. J. h. t.

⁷⁴ Cf. L. 3. §. 5. D. de h. p. c. t. 37. 4. L. 41. 18—20. 23. Cod. h. t.

⁷⁵ L. 48. D. de lib. et post. 28. 2. L. 16. §. 2. D. de curat. furiosi. 27. 10. L. 25. Cod. h. t.

⁷⁶ L. 8. §. 5. D. h. t.

⁷⁷ L. 8. §. 3. 4. L. 27. §. 2. D. h. t. L. 9. 24. Cod. h. t.

⁷⁸ L. 37. Cod. h. t. Ob dieses auch von dem *castrense peculium* gelte, ist streitig; dagegen Brande a. a. O. S. 447—450; dafür Mühlenthal a. a. O. Bb. 35. S. 190—215 mit überwiegenden Gründen.

debita, Pflichttheil) hinterlassen ist. Wie viel dazu gehöre, das war anfangs wohl auch der Beurtheilung des Gerichts im einzelnen Falle anheimgestellt, zur Zeit der classischen Juristen aber war, vermuthlich nach dem Vorbilde des falcidischen Gesetzes über das höchste Maß der Vermächtnisse⁷⁹, allgemein angenommen, daß dem Pflichttheilsberechtigten mindestens ein Viertel desjenigen Vermögensbetrages, welcher ihm durch die Intestaterbsfolge zukommen würde, hinterlassen werden müsse⁸⁰; erst durch eine Novelle Justinian's ist der Pflichttheil nach Verschiedenheit der Umstände auf ein Dritteltheil oder die Hälfte dieses Vermögensbetrages erhöht worden⁸¹. Uebrigens kann der Pflichttheil sowohl durch Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall als durch Erbeinsetzung hinterlassen werden⁸², und selbst noch gewisse Zuwendungen anderer Art, welche der Berechtigte bei Lebzeiten des Erblassers empfangen, werden darin eingerechnet⁸³.

e) Das eigenthümliche Rechtsmittel nun, durch welches der Pflichttheilsberechtigte seine Ansprüche gegen das Testament, das sie nicht berücksichtigt, geltend machen kann, ist die *querela inofficiosi testamenti*. Diese ist zunächst, wie die Benennung andeutet⁸⁴, nichts anderes als eine Beschwerde über die Lieblosigkeit des Testators, verbunden mit dem Antrage darauf, daß durch richterliches Urtheil das Testament seiner Pflichtwidrigkeit wegen für ungiltig erklärt (*rescindirt*) und dadurch dem Intestaterbrechte des Verletzten Platz gemacht werde. Die Gegenpartei, gegen welche diese Beschwerde durchzuführen, ist regelmäßig der eingesetzte Erbe, nachdem er die Erbschaft dem Testamente gemäß angetreten oder ohne Antretung erworben hat⁸⁵, und zwar ist demselben, eben weil die Beschwerde nur, wenn die Erbschaft nach dem Testamente erworben wird, statthaft ist, durch eine Verordnung Justinian's eine Frist von sechs Monaten oder von einem Jahre, je nachdem er und der Pflichttheilsberechtigte in derselben Provinz oder in verschiedenen ihren Aufenthalt haben, zur Erklärung darüber, ob er antrete oder ablehne, vorgeschrieben, nach deren Ablauf er auf Antrag des Berechtigten durch den Richter

⁷⁹ Daher wird in Constitutionen der Pflichttheil auch wohl *Falcidia* (sc. *portio*) genannt. L. 5. §. 3. 5. Cod. ad leg. Jul. maiest. 9. 8. Cf. L. 31. Cod. h. t. L. 28. Theod. Cod. de iudaeis. 16. 8.

⁸⁰ L. 8. §. 6. 8. 9. D. h. t. (*quarta debita* sc. *ab intestato portionis*). §. 6. J. h. t. L. 6. 8. pr. Cod. h. t. Paul. l. c. §. 5. 6.

⁸¹ Nov. 18. cap. 1. (vom Jahr 536)

⁸² §. 6. J. cit. L. 33. pr. Cod. h. t.

⁸³ L. 25. pr. D. h. t. L. 29. 30. §. 2. Cod. h. t.

⁸⁴ Gleichbedeutend ist der oft vorkommende Ausdruck: *accusatio inofficiosi*. L. 6. §. 2. L. 7. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. u. a.

⁸⁵ L. 8. §. 10. D. h. t.

sich zu erklären angehalten werden kann⁸⁸. Natürlich aber kann sie, wie gegen den eingesetzten Erben selbst, so auch gegen dessen Erben oder wer sonst in dessen Gesamtrecht eintritt, daher auch gegen den Fiscus, welcher dessen Vermögen als erblos an sich zieht, erhoben werden⁸⁷, und außerdem kann sie auch gegen den Universalfideicommissar, welchem die Erbschaft vom eingesetzten Erben restituirt worden ist, gerichtet werden⁸⁸, wie nicht minder gegen denjenigen, welcher die Erbschaft dem eingesetzten Erben wegen Unwürdigkeit entrißen hat⁸⁹ oder sonst anstatt des eingesetzten Erben die zunächst diesem durch das Testament angetragene Erbschaft bekommt⁹⁰, und sodann auch gegen denjenigen, welcher durch bonorum possessio contra tabulas dem eingesetzten Erben die ihm nach Civilrecht erworbene Erbschaft entzieht, insofern auch diese nur, weil das Testament besteht, das Intestaterrecht des Quereberechtigten ausschließt⁹¹. Befindet sich der letzte im Besitze, so kann er, die Klage des Gegners erwartend, gegen diese vertheidigungsweise sein Beschwerderecht geltend machen⁹², und so die Rescission des Testaments und die Anerkennung seines dadurch eröffneten Intestaterrechts herbeiführen. Im anderen Falle muß er klagend auftreten, um denselben Zweck zu erreichen⁹³, und damit verbindet sich denn von selbst, sofern der Gegner besitzt, die Verfolgung der daraus hervorgehenden

⁸⁶ L. 36. §. 2. Cod. h. t. Der Richter kann eine Frist zur Erklärung festsetzen, mit dem Präjudio, daß nach deren Ablauf der Eingesezte als ablehnend angesehen werde, ähnlich wie bei der gewöhnlichen Deliberationsfrist. Vgl. Rechtslexikon Bd. IV. S. 11. (oben S. 11.)

⁸⁷ L. 10. Cod. h. t. Wenn der Fiscus das Vermögen des Testators selbst als erblos in Besitz genommen hat (si ipsius bona utpote vacantia tenet), so findet gegen ihn die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato statt, weil erst Desstitution des Testaments vorausgesetzt wird, damit bona vacantia sein können, dann aber die eröffnete Intestaterbfolge das Recht des Fiscus noch ausschließt.

⁸⁸ L. 1. Cod. h. t.

⁸⁹ Arg. L. 10. Cod. cit. Glück a. a. D. Bd. VII. S. 407 flg. Es folgt dieß notwendig daraus, daß der Erpiciant vollkommen in die durch das Testament begründeten Rechte des Unwürdigen eintritt, welchem letzten daher an der Aufrechthaltung des Testaments gegen die Quere nichts gelegen ist. L. 12. §. 2. L. 18. §. 4. D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 3. §. 5. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 14. D. de iure fisci. 49. 44. Vgl. Rarozoll in der Zeitschr. für Civilrecht und Proc. I. 20. und gegen die abweichenden Bemerkungen im Rechtslexikon Bd. IV. S. 50 flg. dieselbe Zeitschrift Bd. XIX. S. 27. 36 flg. — Consequent kann es in diesem Falle nicht einmal darauf ankommen, ob der Eingesezte angetreten habe, weil die Exemption auch im Falle der Ablehnung, wenn das Testament nur aus diesem Grunde ungültig wird, wirksam ist, L. 8. 17. D. de his quae ut indign. L. 29. §. 1. 2. D. de iure fisci. 49. 11., der Erwerb des Erpicianten also nur durch die gegen denselben erst zu erstreitende Rescission des Testaments beseitigt werden kann. Vgl. Note 91.

⁹⁰ §. 3. B. der Vater nach L. 18. Cod. de iure delib. 6. 30., L. 8. pr. §. 2. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. der Descendent nach L. un. Cod. de his qui ante apert. tab. 6. 52., wenn man annimmt, daß er nicht Erbe des eingesetzten parens zu sein brauche.

⁹¹ L. 20. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4.

⁹² L. 8. §. 13. D. h. t.: in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

⁹³ Daßer actio inofficiosi ober de inofficioso. L. 7. 12. pr. L. 15 §. 2. L. 17. 21. pr. 29. 30. D. h. t. L. 7. 12. 14. Cod. h. t. u. a.

Rechtsansprüche des Klägers, oder mit anderen Worten, dieser stellt zugleich, auf sein durch die nachgesuchte Rescission des Testaments erst zu eröffnendes Intestaterbrecht sich gründend, die Erbschaftsklage an, *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso testamento*, oder *ex causa inofficiosi querelae*⁹⁴, um die Herausgabe desjenigen, was ihm als Erben gebührt, zu erwirken. Jedoch kann die Querel gegen den eingesetzten Erben, auch wenn derselbe nichts von der Erbschaft besitzt, verfolgt werden, nur zu dem Zwecke, um die Ungiltigkeitserklärung des Testaments herbeizuführen⁹⁵, wodurch denn auch nur, wie durch Präjudicialklage, die Anerkennung des klägerischen Erbrechts entschieden wird⁹⁶, und andererseits findet sie nicht gegen Jeden statt, der *pro herede* oder *pro possessore* besitzt⁹⁷; es ist daher nicht zu billigen, wenn man die *querela inofficiosi testamenti* schlechthin als eine qualificirte *hereditatis petitio* auffaßt⁹⁸, da diese nur gegen denjenigen, aber auch gegen Jeden, welcher *pro herede* oder *pro possessore* besitzt, stattfindet⁹⁹. Aber die Querel hat jedenfalls die Bestimmung, dem

⁹⁴ L. 20. D. h. t. L. 20. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 34. Cod. h. t. Cf. Pauli sentt. IV. 5. §. 4.

⁹⁵ Arg. L. 36. §. 2. Cod. h. t. Mühlenbruch a. a. D. Bd. 35. S. 361. Anm. 39. bemerkt zwar, wenn der Eingesezte auch kein *corpus hereditarium* besitze, so könne er doch jedenfalls wegen der ihm in Folge des Erbschaftsverwerkes zustehenden Klagen als *iuris possessor* in Anspruch genommen werden, nach L. 16. §. 4. 5. 7. L. 20. §. 17. in f. L. 35. D. de hered. pet. §. 3. Allein diese Stellen reden nur von solchen Klagen, die dem anmaßlichen Erben aus Anlaß dieser seiner Annahmung erworben sind und deren Cession nun von ihm begehrt werden kann, also ein Object der denselben aufzuerlegenden Restitution abgibt. Auf die *actiones hereditariae* läßt sich dieß nicht anwenden, da sie *ipso iure* dem Erben zustehen, und also, wenn das Testament rescindirt wird, *ipso iure* dem eingesetzten Erben abgeprochen sind, so daß nichts vorhanden ist, was er zu restituiren hätte, also auch zu einer *petitio* gegen ihn (*petitoria formula*) gar kein Anlaß gegeben ist. Zudem ist es ja denkbar, daß die Erbschaft gar keine Klagerechte enthält.

⁹⁶ Das Verhältniß der Querel zur *hereditatis petitio* ist ein ähnliches, wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das des sogen. *iudicium rescindens* zu dem sogen. *iudicium rescisorium*. Nach Umständen fallen beide in einen Prozeß zusammen, aber es kann auch das erste selbständig nur das Restitutionsbekenntniß erzielen, dessen materielle Folgen dann anderweitig geltend zu machen sind. Uebrigens konnte man nach älterem Rechte durch *legis actio sacramento* oder *per sponsionem* gewiß auch in anderen Fällen ein bloßes Präjudicium über zweifelhaftes Erbrecht herbeiführen, indem die Parteien die Stellung der *praedes litis* et *vindiciarum* oder die Eingehung der entsprechenden Stipulation unterließen.

⁹⁷ Vgl. Note 85—91. Unrichtig ist, was Mayer, *Erbr. I. S. 209.* bemerkt, daß der Pflichttheilsberechtigter gegen jeden Besizer *pro herede* oder *pro possessore*, der nicht aus dem Testamente sein Recht ableitet, die einfache Erbschaftsklage anstellen könne und damit obliegen müsse, weil die Berufung auf das Testament, worin er nicht eingesetzt ist, eine *exceptio de iure tertii* enthalten würde. Sie ist Vernichtung des klägerischen Erbrechts, welchem das Testament, so lange es nicht destituit oder rescindirt ist, im Wege steht. Vgl. *Rechtlexikon* Bd. V. S. 217. 220. (oben S. 290.) Das aber wäre wohl anzunehmen, daß man auf den Grund der gegen den Eingesezten erhobenen Querel zugleich einstreifen gegen einen anderen Besizer die *hereditatis petitio* erhebe, für deren Durchführung dann aber der Ausfall jenes Prozesses präjudicial wäre. Arg. L. 20. D. h. t. Paul. sentt. IV. 5. §. 4. Vgl. Klenze, *querelae inofficiosi testamenti natura*. (Berolini 1820.) p. 5—10.

⁹⁸ Dieß ist die Ansicht der meisten Rechtsgelehrten. Vgl. Glük a. a. D. S. 360. Franke a. a. D., S. 253 flg. Mühlenbruch a. a. D. S. 344 flg. Mayer, *Erbr. I. S. 207.* v. Bangerow, *Pand. §. 478 u. a.*

⁹⁹ Vgl. besonders Klenze l. c. und Fabricius, *Urspr. und Entw. der bon. poss. S. 146—149* auch Bluntschli a. a. D. S. 172 flg. Bethmann-Hollweg, in der *Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. V.*

Beschwerdeführenden die Erbschaft zu verschaffen. Diesen Zweck könnte sie verfehlen, wenn der letzte nach erfolgter Rescission des Testamentes nun doch die Erbschaft nicht erwerben wollte oder könnte, z. B. weil er inzwischen gestorben ist. Daher muß derjenige, welcher nicht nach Civilrecht Erbe wird, bei Anstellung der Querel sich sofort bonorum possessio (litis ordinandae gratia) ertheilen lassen, kraft welcher er, wenn nachher das Testament rescindirt wird, schon von jenem Zeitpunkte an als Erbe zu betrachten ist¹⁰⁰; wer nach Civilrecht Intestaterbe ist, bedarf dieser Vorbereitung nicht, weil, wenn er nicht als suus ipso iure Erbe wird, jedenfalls in der Anstellung der Querel der Wille, die Erbschaft zu haben, sich kund gibt, also eine Antretung derselben enthalten ist, die durch die rückwirkende Kraft der nachher erfolgenden Rescission als von Anfang wirksam sich darstellt¹⁰¹. Im letzten Falle geht dann das Recht der Querel auch auf die Erben des Pflichttheilsberechtigten über, wenn dieser nur den Willen, davon Gebrauch zu machen, erklärt hatte¹⁰², während im ersten Falle auch dazu vorausgesetzt wird, daß derselbe bereits litis ordinandae gratia bonorum possessio erlangt habe, weil der Erbe die b. p. nicht mehr agnosciren kann, ohne sie aber ein Erbrecht seines Erblassers gar nicht gegeben ist¹⁰³. Außerdem können die Erben die ihrem Erblasser zugestandene Querel nicht erheben¹⁰⁴, angenommen, nach Justinian's Verordnung¹⁰⁵, wenn sie selbst auch Descendenten des Testators sind, dessen Testament jener anzufechten berechtigt war, es würde denn erwiesen, daß er davon keinen Gebrauch zu machen Willens gewesen sei¹⁰⁶. Durch erklärten Verzicht wird die Querel natürlich ausgeschlossen¹⁰⁷, daher auch durch Vergleich mit dem Erben¹⁰⁸, und durch Anerkennung des letzten Willens des Erblassers, sei es auch nur

§. 369. 383. und die Citate bei Glück a. a. D. §. 361. Ueber die Hypothese von Ant. Faber, daß die querela inofficiosi eine popularis actio gewesen sei, siehe daselbst §. 362.

¹⁰⁰ L. 6. §. 2. L. 7. 8. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. Vgl. Rechtslexikon Bd. II. §. 335 ff. Müllersbruch a. a. D. Bb. 36. §. 155 ff. Fabricius a. a. D. §. 150—155.

¹⁰¹ L. 7. D. h. t. Cf. L. 1. Theod. Cod. de inoff. test. 2. 49 (sine auxilio praetoris). Fabricius a. a. D. §. 151. Note 207. §. 153. Note 213.

¹⁰² L. 6. §. 2. L. 7. cit. L. 5. Cod. h. t.

¹⁰³ Grande a. a. D. §. 315.

¹⁰⁴ Ipsius enim iniuria est. L. 8. pr. D. h. t.

¹⁰⁵ L. 34. Cod. h. t. Cf. L. 36. in fin. ibid.

¹⁰⁶ L. 34. cit. in f.: nisi pater adhuc superstes repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, sc. post aditam hereditatem. Nach der herrschenden Meinung soll diese Transmission nur stattfinden, wenn der verlebte Vater deliberante scripto herede, ante aditam hereditatem, gestorben ist. Glück a. a. D. Bb. 7. §. 104 ff. Grande a. a. D. §. 317 ff. Vgl. dagegen Raccou, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proc. III. 23, dessen Ausführung durch Müllersbruch a. a. D. Bb. 36. §. 161—172 nicht widerlegt scheint.

¹⁰⁷ L. 34. cit. L. 17. pr. D. h. t., nicht bei Lebzeiten des Testators. Pauli sentt. IV. 5. §. 4. L. 35. §. 1. Cod. h. t.

¹⁰⁸ L. 35. §. 1. Cod. h. t.

einer einzelnen Verfügung des Testaments ¹⁰⁹, während umgekehrt die Ausführung der Querel die Folge hat, daß dem unterliegenden Kläger dasjenige, was ihm vom Erblasser hinterlassen worden, entzogen wird ¹¹⁰. Außerdem verjährt die Querel durch den Ablauf von fünf Jahren ¹¹¹ seit dem Antritte der Erbschaft durch den eingesetzten Erben ¹¹², wo nicht besondere Gründe eine längere Dauer rechtfertigen ¹¹³, und überall unzulässig ist sie, wenn dem Pflichttheilsberechtigten ein anderer Weg offen steht, um seine nicht beachteten Erbansprüche zur Geltung zu bringen ¹¹⁴.

Um nun mit der Querel obzufiegen, muß der Kläger die Voraussetzungen derselben darthun, und so denn auch, um das Testament als pflichtwidriges darzustellen, Beweise seines Wohlverhaltens beibringen ¹¹⁵, wogegen aber der Beklagte den Beweis genügender Enterbungsgründe übernehmen kann ¹¹⁶. Wenn aber der Kläger siegt, so besteht der Erfolg zunächst darin, daß das Testament alle Kraft verliert, als ob es von Anfang an ungiltig gewesen wäre, also auch die Antretung der Erbschaft durch den eingesetzten Erben wirkungslos ist, wodurch denn von selbst die Intestaterbfolge eröffnet wird ¹¹⁷. Diese Wirkung tritt wenigstens dann vollkommen ein, wenn der Kläger der einzige nächste Intestaterbe, der Beklagte der einzige eingesetzte Erbe ist, und zwar wirkt das rescindende Urtheil nicht nur gegen diesen selbst, sondern auch gegen diejenigen, welchen außerdem durch den letzten Willen des Testators Rechte gegeben sind, deren Bestand durch den Bestand des Testaments bedingt ist, also insbesondere gegen die Vermächtnisnehmer, denen daher auch

¹⁰⁹ L. 8. §. 10. L. 10. §. 1. L. 12. 31. §. 3. 4. L. 32. D. h. t. L. 8. §. 1. L. 35. §. 2. 3. Cod. h. t.

¹¹⁰ L. 8. §. 14. Cf. L. 11. 22. 30. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9. Pauli sentit. IV. 5. §. 9. 10.

¹¹¹ L. 16. 34. in f. Cod. h. t. L. 5. Theod. Cod. 2. 19.; nicht, wenn der Berechtigte in der Lage ist, die Querel in modum contradictionis vorzubringen? Glüd a. a. D. S. 466. Grande a. a. D. S. 314.

¹¹² L. 26. §. 2. Cod. h. t. Doch kann dieser Anfangspunkt nicht gelten, wenn das Recht der Querel erst später Jemanden zufällt. Vgl. Note 126.

¹¹³ L. 8. §. 17. L. 9. D. h. t., die Zeit der Minderjährigkeit des Berechtigten wird nicht eingerechnet. L. 2. Cod. in quib. caus. i. i. r. non est necess. 2. 41.

¹¹⁴ §. 2. J. h. t. Cf. L. 8. §. 15. L. 23. pr. D. h. t. Paul. l. c. §. 5.

¹¹⁵ L. 3. 5. D. h. t. Cf. L. 28. Cod. h. t. L. 2. Theod. Cod. h. t. Mühlenbruch a. a. D. Vb. 37. S. 123—133., gegen Grande a. a. D. S. 291—298.

¹¹⁶ L. 22. 30. pr. 34. Cod. h. t. Cf. Nov. 92. cap. 1. §. 1.

¹¹⁷ L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. (testamenti factionem habuisse defunctus non creditur) L. 28. in f. D. h. t. (nihil ex eo testamento valet). L. 31. pr. D. de subst. 28. 6. L. 36. D. de legat. III. Cf. L. 21. §. 2. D. h. t. L. 22. Cod. h. t. Auch die Cobicillarklausel kann nicht den Inhalt des Testaments gegen diese Rescission schützen. Mühlenbruch a. a. D. Vb. 35. S. 365—374. — Nicht daselbe gilt, wenn der Streit durch Vergleich zu Gunsten des Klägers geschlichtet ist. L. 29. §. 2. D. h. t.

das Recht gegeben wird, sich der Vertheidigung des Testaments anzunehmen und selbst gegen den Willen des eingesetzten Erben Appellation gegen das ungünstige Urtheil einzulegen¹¹⁸. Nur wenn das Urtheil bloß in Folge der contumacia des Beklagten gegen das Testament ausgefallen, ist es zum Nachtheile Anderer nicht wirksam¹¹⁹. Wenn aber Mehrere zu Erben eingesetzt sind, so kann das gegen den Einen ersochene Urtheil nicht auch gegen den Anderen gelten, da das Recht des Einen nicht präjudiciell ist für das Recht des Anderen. Wenn daher der Verletzte nur gegen den einen von mehreren Eingesetzten klagt oder gegen den einen von ihnen den Prozeß gewinnt, gegen den anderen unterliegt, so wird das Testament nur theilweise rescindirt, theilweise bleibt es giltig, und so kann denn, gegen die Regel¹²⁰, testamentarische und Intestaterbfolge zugleich eintreten¹²¹, und diejenigen Verfügungen, die nicht eine theilweise Erfüllung zulassen, bleiben ganz giltig¹²², sowie die Pupillarsubstitution giltig bleibt, weil das Testament nicht ganz umgestoßen wird¹²³. Von Geschwistern aber kann die Klage nicht gegen alle eingesetzte Erben mit Erfolg durchgeführt werden, wenn nicht alle bescholten sind¹²⁴. Schwieriger ist die Frage, wie es sich verhalte, wenn der Kläger nicht der einzige Intestaterbe ist? In Verbindung damit steht die Frage, inwiefern in Ansehung der Querel oder der durch dieselbe eröffneten Intestaterbfolge ein Anwachsungsrecht stattfindet? Beide Fragen sind aber bereits an einem anderen Orte des Rechtslexikons beantwortet worden¹²⁵, wo zugleich auch die Möglichkeit der successio in querelam, wenn der zunächst Berechtigte wegfällt, berührt worden ist¹²⁶.

f) Nach älterem Rechte konnte der Pflichttheilsberechtigte immer die querela inofficiosi erheben und dadurch Rescission des Testaments herbeiführen, wenn ihm nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen war. Doch konnte er auch bloß Ergänzung des Pflichttheils verlangen, wenn ihm ein Theil desselben hinterlassen war¹²⁷. Um nun das Testament

¹¹⁸ L. 29. pr. D. h. t. L. 14. pr. D. de appellat. 49. 1.

¹¹⁹ L. 17. §. 1. D. h. t. L. 14. §. 1. D. de appellat. 49. 1.

¹²⁰ L. 7. D. de R. J. §. 5. J. de hered. instit. 2. 14.

¹²¹ L. 15. §. 2. L. 25. §. 1. D. h. t. L. 13. Cod. h. t. Cf. L. 76. pr. D. de legat. II. L. 12. §. 4. D. de bon. libert. 38. 2.

¹²² L. 13. Cod. cit. in f.

¹²³ L. 8. §. 5. D. h. t. Cf. L. 31. D. de subst. 28. 6.

¹²⁴ L. 24. D. h. t. Cf. L. 27. Cod. h. t.

¹²⁵ *Wb.* I. S. 285—292. Abweichende Ansichten vertheidigt wieder gegen die dort befolgte Ausführung von *Fuchs* (im *rhein. Mus.* VI. S. 311—353.), v. *Vangerow*, *Pand.* §. 479. S. 277—280., im wesentlichen übereinstimmend mit *Grande a. a. D.* S. 298 fig. *Mißlenbruch a. a. D.* *Wb.* 35. S. 392 fig. u. *U.*

¹²⁶ *Vgl.* *Grande a. a. D.* S. 276—285.

¹²⁷ *Paul.* I. c. §. 7. Cf. L. 3. 8. Cod. h. t. L. 2. *Greg. Cod.* h. t.

gegen die Gefahr der Rescission sicher zu stellen, konnte der Testator auch ausdrücklich verordnen, daß der Pflichttheil nöthigenfalls *boni viri arbitrato* zu ergänzen sei¹²⁸. Nach Justinian's Verordnung aber soll, wenn dem Pflichttheilsberechtigten überhaupt etwas hinterlassen worden ist, diese Anordnung als stillschweigend hinzugefügte angesehen werden, und jener daher in jedem solchen Falle nur Ergänzung seines Pflichttheiles zu fordern befugt sein, dagegen aber der Pflichttheil durch keinerlei Auflage oder Beschränkung geschmälert werden¹²⁹. Darnach kann denn die *querela inofficiosi* nur dann noch stattfinden, wenn dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts hinterlassen worden ist¹³⁰ oder weniger als der Pflichttheil mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er diesen zu erhalten nicht verdiene¹³¹.

Einige Rechtsgelehrte wollen übrigens der angeführten Verordnung Justinian's noch die weit umfassendere Bedeutung beilegen, daß nicht nur die *querela inofficiosi testamenti*, sondern auch die civilrechtliche Ungiltigkeit des Testamentes wegen Uebergehung eines *suus heres* und die *bonorum possessio contra tabulas* wegen Uebergehung eines dazu berechtigten Descendenten ausgeschlossen sein solle, wenn dem Nothben überhaupt nur etwas hinterlassen sei¹³². Aber diese Ansicht ist von Anderen überzeugend widerlegt worden¹³³. Die unter A. entwickelten Grundsätze des formellen Nothbenrechtes werden durch dieses Gesetz nicht berührt, nur die Anwendbarkeit der *querela inofficiosi testamenti* dadurch in engere Grenzen eingeschlossen. In Ansehung beider aber bewirkten dann eine wesentliche Aenderung, wie jetzt näher zu betrachten ist,

II. Die Bestimmungen der Novelle 115.

Im Cap. 3. dieses Gesetzes verordnet Justinian: es solle fortan den Eltern und Großeltern nicht mehr erlaubt sein, ihre Kinder in ihrem Testamente zu übergehen oder zu enterben, wenn sie ihnen auch durch Schenkung oder Vermächtniß oder sonst auf andere Weise den Pflichttheil zugewendet hätten, es sei denn, daß dieselben die Ausschließung verdienen und die Gründe dafür namentlich im Testament

¹²⁸ L. 2. Theod. Cod. h. t.

¹²⁹ L. 30—32. 36. pr. Cod. h. t. §. 3. J. h. t.

¹³⁰ L. 30. §. 1. L. 31. in f. Cod. h. t.

¹³¹ L. 30. pr. cit. Bluntschli a. a. D. S. 178. Puchta, Pand. §. 490. Note n. Doch lassen Andere auch in diesem Falle nur die Ergänzungsklage zu, die dann der Erbe durch den Vorwurfes ausschließen könne. Frände a. a. D. S. 340. Mühlbruch a. a. D. Bd. 36. S. 19.

¹³² Vgl. Glück a. a. D. Bd. 7. S. 329 fg. Frände a. a. D. S. 341—349, welchem auch Mühlbruch beistimmt in der *doctrina pand.* ed. 3. §. 776.

¹³³ Mühlbruch a. a. D. Bd. 37. S. 103—118. Fuhr, in der Zeitschrift für Civilr. und Proc. VII. 9. v. Wangerow, Pand. II. S. 312. Wapser, Erbr. I. S. 258 fg. Vgl. auch Schund's Jahrb. XIX. S. 252—256.

angeführt werden ¹³⁴. Nachdem er sodann die Enterbungsgründe einzeln bestimmt hat, erklärt er: wenn nun die Eltern wenigstens einen dieser gesetzlich gebilligten Enterbungsgründe im Testamente angeben und die eingesetzten Erben wenigstens einen der im Testamente angegebenen Enterbungsgründe als wahr erweisen würden, so solle das Testament in Kraft bestehen; wenn aber dieses nicht beobachtet sei, so solle den enterbten Kindern kein Präjudiz daraus hervorgehen, sondern, indem das Testament, so viel die Erbeinsetzungen betrifft, für ungiltig erklärt werde, die Kinder zu gleichen Theilen ab intestato zur Erbschaft der Eltern gelangen: wenn aber Vermächtnisse oder Freilassungen oder Ernennung von Vormündern oder sonst andere gesetzlich gebilligte Verfügungen in solchem Testamente enthalten seien, so solle dieses Alles erfüllt werden, als ob in Ansehung dieses Bestandtheils seines Inhaltes dasselbe nicht umgestoßen sei, sondern giltig bestehe ¹³⁵. Ebenso verordnet der Kaiser im Cap. 4., es solle den Kindern nicht erlaubt sein, ihre Eltern zu übergehen oder dieselben sonst irgendwie dem Vermögen, worüber sie ein Testament errichten können, völlig zu entfremden, wenn sie nicht die in dem vorliegenden Gesetze gebilligten Enterbungsgründe im Testamente angeben ¹³⁶, und erklärt nach Aufzählung dieser Enterbungsgründe wiederum: wenn die Kinder wenigstens einen derselben im Testamente angeben und die eingesetzten Erben wenigstens einen der im Testamente angegebenen Gründe als wahr erweisen würden, so solle das Testament in Kraft bestehen bleiben; wenn aber dieses nicht beobachtet sei, so solle dasselbe, so viel die Erbeinsetzungen betrifft, keine Kraft haben, sondern, indem das Testament umgestoßen werde, den Intestaterben die Erbfolge angetragen sein und das Vermögen zufallen, jedoch unter Aufrechthaltung

¹³⁴ Non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsitan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento.

¹³⁵ Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exhereditatis liberis praedictum generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato (της διαθήκης άκυρουμένης) ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire. — Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinquere vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum (ω; ε; κατά το;υτο το; μέρος μη; άνατραπεύσα ή διαθήκη έκμάτει).

¹³⁶ Non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare (praeteritos καταλιπαρείν ή καθ' οίονδηποτε τρέπον των ιδίων πραγμάτων — τούτους παντελώς άλλοτρίως ποιείσθαι), nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

der im Testamente enthaltenen Vermächtnisse, Freilassungen, Vormunds-
ernennungen und anderer Verfügungen ¹³⁷.

So hat Justinian für gut befunden zu verordnen, um Eltern und
Kinder gegen testamentarische Unbilde zu schützen. Wenn diese aber zu
Erben eingesetzt sind, mögen sie auch mit bestimmten Sachen sich zu
begnügen angewiesen sein, so soll, wie Justinian noch im Cap. 5. aus-
spricht, das Testament nicht umgestoßen werden ¹³⁸, sondern nur in
Gemäßheit der älteren Vorschriften nöthigenfalls eine Klage auf Er-
gänzung des Pflichttheils stattfinden; nur die Kränkung unverdienter
Uebergewalt oder Enterbung von Kindern und Eltern abzuwenden, ist
die Absicht, welche durch dieses Gesetz erreicht werden sollte.

Unleugbar war es ein guter Gedanke, welcher diesem neuen Gesetze
zum Grunde liegt; das bisherige Notherbenrecht bedurfte einer wesent-
lichen Aenderung durch die Gesetzgebung. Aber leider hat der Gesetz-
geber sich nicht die Mühe gegeben, seinen Gedanken mit Rücksicht auf
das bisher geltende Recht vollständig durchzudenken, sondern sich damit
begnügt, nur gelegentlich, durch einen einzelnen Fall angeregt und in
einem Gesetze von übrigens ganz fremdartigem Inhalte ¹³⁹, die obigen
Bestimmungen zu erlassen, ohne deren Verhältniß zum bisherigen Rechte
genauer in Erwägung zu ziehen. Daher ist denn in dieser Lehre eine
Unsicherheit entstanden, die in keiner andern ihres Gleichen hat. So
viel steht fest, daß das Recht des Pflichttheils an sich durch das neue
Gesetz nicht verändert worden ist, daß aber nun auch die Einsetzung
der Descendenten und Ascendenten erfordert wird, wenn nicht deren
Nichteinsetzung durch einen gesetzlichen im Testament angegebenen wahren
Enterbungsgrund gerechtfertigt wird ¹⁴⁰, und daß die Verletzung dieser

¹³⁷ Si tales igitur causas vel certas vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint et scripti ab eis heredes aut omnes aut certas aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Sin autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus (*υηδεμίαν δύναμιν τήν τοιαύτην διαθήκην — — — ἔχειν θεσπίζομεν, ἀλλά ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτησαντος κληρονομίαν καλοῦμεν καὶ πρὸς αὐτοῖς τὰ ἔκτεινον πράγματα δίδωσθαι διατυποῦμεν*), legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem.

¹³⁸ Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus (*ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέψασθαι*).

¹³⁹ Cap. 1. 2. cap. 5. §. 1. und cap. 6. beziehen sich auf Gegenstände, die zu dem Notherbenrechte in keiner Beziehung stehen. In cap. 5. pr. erwähnt Justinian des Falles, der ihn zu den vorhergehenden Vorschriften veranlaßt habe.

¹⁴⁰ Die einzelnen Enterbungsgründe sind schon erwähnt worden in diesem Werke Bd. III. S. 895 bis 900. (s. unten Nr. 56. nach Note 70.)

Vorschrift Ungiltigkeit der testamentarischen Erbeinsetzungen zur Folge hat. Sehr streitig aber ist sofort die Frage, in welcher Weise diese Ungiltigkeit eintrete? und mit welchem Rechtsmittel daher die Erbfolge gegen das Testament geltend zu machen sei? ¹⁴¹.

In Betreff dieser Frage sind drei verschiedene Hauptansichten oder Systeme aufgestellt worden, das sogen. Nullitätsystem, das Inofficiositäts-system und ein gemischtes System. Eine Partei der Rechtsgelehrten betrachtet nämlich die Erbeinsetzungen oder das Testament in Ansehung derselben als nichtig, und gibt den Notherben als Intestaterben die gewöhnliche Erbschaftsklage, die sich nur auf die Behauptung der Nichtigkeit der testamentarischen Erbeinsetzungen gründet, *hereditatis petitio ab intestato ex causa nullitatis*, die man gewöhnlich, obwohl unpassend, Nullitätsquerel genannt hat ¹⁴². Unter den Anhängern dieser Ansicht besteht aber noch wieder eine wesentliche Meinungsverschiedenheit. Einige behaupten absolute Nichtigkeit der Erbeinsetzungen; die letzten sollen, wenn einmal gegen die Vorschriften der Nov. 115. geklagt ist, von Anfang an ungiltig sein und ungiltig bleiben, wengleich zur Zeit des Todes keine Pflichterben vorhanden sind, die nicht eingesetzt oder rechtmäßig ausgeschlossen wären ¹⁴³, wobei jedoch von Manchen die Möglichkeit einer wirksamen *secundum tabulas honorum possessio* anerkannt wird ¹⁴⁴. Andere aber wollen nur eine relative oder respective Nichtigkeit der Erbeinsetzung anerkennen; diese soll nicht schlechtthin und von Anfang an ungiltig sein, sondern nur, wenn zur Zeit des Todes verletzte Notherben vorhanden sind, als nichtig behandelt werden, so daß diese nicht der *querela inofficiosi testamenti* bedürfen, um sie zu beseitigen, sondern ohneweiters als Intestaterben eintreten und durch die einfache *hereditatis petitio ab intestato* ihr Recht geltend machen können ¹⁴⁵. Dagegen nimmt eine zweite Hauptpartei der Rechtsgelehrten an, gerade die *querela inofficiosi testamenti* sei das Rechtsmittel, mittels dessen das Testament, welches den Vorschriften der Novelle nicht entspricht,

¹⁴¹ Eine Uebersicht der Dogmengeschichte in Ansehung der Hauptfragen über Nov. 115. findet sich bei Bluntschli a. a. D. S. 265—310.

¹⁴² Diese Ansicht, schon von dem Glossator Martinus und von Bartolus aufgestellt, dann aber lange Zeit fast ganz verdrängt, ist in neuerer Zeit die vorherrschende geworden. Vgl. die Angaben bei Glück a. a. D. Bd. 7. S. 339 ff. Franke a. a. D. S. 370. Mühlenthal a. a. D. Bd. 37. S. 253. Als *condictio ex lego* bezeichnete die Alage, offenbar verkehrt, Schmidt, de *querela inoff. inter parentes et liberos exule*. Wirceb. 1778.

¹⁴³ Vgl. v. Wangerow, Pand. §. 483. Geumann, in der Zeitschrift für Civilr. und Proc. XVII. S. 203—222.

¹⁴⁴ Brandis, in derselben Zeitschr. VII. S. 197—202. Vgl. oben Note 57—65.

¹⁴⁵ Bluntschli a. a. D. S. 231—244. Franke a. a. D. S. 382—391. Mühlenthal a. a. D. S. 256 ff.

anzufechten und die Rescission der Erbeinsetzungen zu erwirken sei, wobei denn alle im älteren Rechte bestimmten Eigenthümlichkeiten dieser Klage noch zu beachten sein sollen, so weit nicht das neue Gesetz Abweichendes festsetzt ¹⁴⁶. Eine dritte Partei aber hält diese Klage nur in dem Falle für das anzuwendende Rechtsmittel, wenn ein gesetzlicher Enterbungsgrund im Testamente zwar angegeben ist, dessen Wahrheit aber von dem ausgeschlossenen Notherben bestritten wird, während sie dagegen der Ansicht der ersten Partei für den Fall beipflichtet, wenn der Notherbe ohne alle Angabe eines Enterbungsgrundes ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen worden ist ¹⁴⁷. Keine dieser Meinungen kann sich unmittelbar auf einen entscheidenden Ausspruch des Gesetzgebers stützen und keiner derselben steht ein solcher Ausspruch geradezu entgegen. Wenn auch einmal gesagt wird, das Testament solle, so viel die Erbeinsetzungen betrifft, keine Kraft haben, so deuten dagegen andere Ausdrücke auf Umstosung oder Rescission des Testaments; diese letzteren sind aber auch nicht entscheidend, weil sie wie der erste auch von einer durch das Gesetz selbst ausgesprochenen Ungiltigkeit verstanden werden können. Wir haben daher keinen anderen Anhaltspunkt, um über obige Fragen zu entscheiden, als die Erwägung derjenigen Momente, welche die eine oder andere Beantwortung als die wahrscheinlich der Willensmeinung des Gesetzgebers entsprechende, die er selbst bei näherer Ausführung muthmaßlich gebilligt haben würde, erkennen lassen. Wir sind berechtigt, das als das Richtige anzunehmen, was sich durch innere Angemessenheit im Vergleich mit der erklärten Absicht des Gesetzes und im Zusammenhange mit dem früheren Rechte am meisten empfiehlt.

Hiernach ist nun aber das sogen. Inofficiositätssystem gewiß nicht zu billigen. Zwar scheint zu Gunsten desselben der Umstand zu sprechen, daß das Gesetz sich auf alle Descendenten und Ascendenten bezieht, diesen aber bisher nur die querela inofficiosi testamenti als gemeinschaftliches Mittel, zur Erbfolge gegen das Testament zu gelangen, zugestanden hatte, indem nur ein Theil der Descendenten möglicher Weise auch kraft civilrechtlicher Nichtigkeit oder durch c. t. bonorum possessio die Erbschaft erlangen konnte. Und wenn die Novelle nur die Enterbungsgründe festgesetzt und deren ausdrückliche Angabe und Bewahrheitung

¹⁴⁶ Diese Ansicht, schon von dem Glossator Bulgarus aufgestellt, später von vielen, u. a. Cujacius und Donellus, aufgenommen, hat auch unter den neueren Juristen noch manche Anhänger; vgl. Glück a. a. O. S. 335 fg., 347 fg. Schömann, Handb. I. S. 189 fg. Madelbey, Lehrb. S. 660. und vorzüglich Mayer, Erbr. I. S. 286. 287.

¹⁴⁷ Diese Ansicht, in der Glosse des Accursus gebilligt, war lange Zeit als herrschende in der Praxis anerkannt, vgl. die Angaben bei Mayer a. a. O. S. 288—290., und wird jetzt noch vertheidigt von Puchta, Pand. S. 493.

vorgeschrieben hätte, so könnte kaum ein Zweifel darüber entstehen, daß jene Klage im Falle der Verletzung dieser Vorschrift die einzig anwendbare sei. Allein Justinian hat die Einsetzung aller jener Personen vorgeschrieben, die stillschweigende oder ausdrückliche Ausschließung derselben von der eigentlichen Erbfolge verboten, wenn sie nicht durch einen ausdrücklich angegebenen, von den eingesetzten Erben als wahr zu erweisenden Enterbungsgrund gerechtfertigt wird; und die Verletzung dieser Vorschrift allein soll Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen nach sich ziehen, wenn gleich den ausgeschlossenen Personen mehr als ihr Pflichttheil, ja mehr als der Betrag ihres gesetzlichen Erbtheils auf andere Weise zugewendet sein sollte. Wenn nun die *querela inofficiosi testamenti* die Klage wäre, mit welcher in solchem Falle der Verletzte das Testament anzufechten hätte, so würde dieser Anwendung auf Fälle gegeben sein, in welchen sie früher niemals anwendbar gewesen war; denn sie konnte immer nur wegen Schmälerung und nach dem Rechte des Codex sogar meistens nur wegen völliger Entziehung des Pflichttheils angestellt werden; auf die Berücksichtigung bei der Erbeinsetzung hatten die Pflichttheilsberechtigten als solche keinen Anspruch, und auch der ausdrücklich Enterbte konnte die Klage niemals anstellen, wenn ihm z. B. durch Vermächtniß sein Pflichttheil hinterlassen war. Eine solche Ausdehnung der Querel, wodurch in der That ihre Natur wesentlich verändert wäre, kann aber ohne deutliche Bestimmung nicht angenommen werden. Sie ist auch aus dem Grunde höchst unwahrscheinlich, weil man die Querel immer als eine besonders gehäßige Klage ansah und namentlich Justinian das Gebiet ihrer Anwendung bedeutend beschränkt hat: wie sollte er dazu gekommen sein, dasselbe nun so sehr zu erweitern? Wie sollte er geneigt gewesen sein, zu verordnen, was niemals Rechtsens gewesen war, daß ein Testament, worin ein Pflichttheilsberechtigter nicht eingesetzt ist, aber demselben drei Vierteltheile des Erbschaftsvermögens durch Vermächtniß zugewendet sind, *eo colore, quasi non sanae mentis testator fuisset*, angefochten werden könne? Mit diesem Charakter der Querel stimmt es auch nicht überein, daß nach der Novelle nur die Erbeinsetzungen ungiltig sein, alle übrigen Verfügungen des Testaments bestehen bleiben sollen. Zwar konnte auch bei der *querela inofficiosi* wohl ein Theil des Inhaltes bestehen bleiben; aber dieß trat doch nur ausnahmsweise ein; an sich war sie darauf gerichtet, das Testament ganz unzustofen, als ob der Verstorbene nicht *testamenti factio* gehabt hätte. Wenn also der Gesetzgeber allgemein ausspricht, daß alle Verfügungen des Testaments, außer der Erbeinsetzung, gültig bleiben sollen,

so kann nicht wohl seine Meinung sein, daß zur Anfechtung der letzten eine Klage zu gebrauchen sei, welcher eine Annahme zum Grunde liegt, die eben jener Bestimmung widerspricht. Wenn das neue Gesetz an andere Voraussetzungen andere Wirkungen knüpft, so sind wir nicht berechtigt, dennoch jene Klage mit ihren Eigenthümlichkeiten als das Mittel zu bezeichnen, durch welches diese Wirkungen herbeizuführen seien.

Diese Gründe sprechen aber zugleich auch gegen das sogen. gemischte System. Zwar soll nach diesem die Querel nur in einem Falle stattfinden, wo es sich nicht bloß darum handelt, ob eine gesetzliche Form beobachtet sei, sondern, wie in dem alten Querelprozeße, darum, ob der formell gültig Ausgeschlossene die Ausschließung verdient habe, und es scheint sich daher dasselbe am besten dem älteren Rechte anzufügen, welches mit dem ungesetzlichen Nichtgedenken auch andere Folgen verband, als mit dem nicht gerechtfertigten Nichtbedenken. Aber auch nach diesem System würde doch die Natur der Querel wesentlich verändert sein; auch darnach würde sie in Fällen zur Anwendung kommen, in welchen sie niemals anwendbar war, bloß wegen Nichtbedenkens bei der Erbeinsetzung, wenn auch der Nichteingesetzte mit Vermächtnissen reichlich bedacht worden, und würde sie ganz andere Wirkungen haben, als welche ihrer im älteren Rechte ausgeprägten Natur entsprechen. Zudem macht das Gesetz durchaus nicht eine solche Unterscheidung, wie diese Theorie sie aufstellt; es erklärt das Testament für gültig, wenn ein Ausschließungsgrund angegeben sei und als wahr erwiesen werde, für ungültig aber, rüchftlich der Erbeinsetzungen, wenn daran etwas fehle, und bestimmt die Folgen eines solchen Fehlers ganz gleichmäßig, ohne zu unterscheiden, ob ein Ausschließungsgrund gar nicht angegeben oder der angegebene nicht wahr sei. Man hat zwar dagegen bemerkt, Justinian setze nur die Wirkung fest; den Weg, auf dem sie herbeizuführen sei, habe die Jurisprudenz nach den in der Justinianischen Gesetzgebung gegebenen Begriffen festzustellen. Allein die Jurisprudenz ist nicht berechtigt, eine Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen, zu welcher dieses keinen Anlaß gibt, und zu diesem Zwecke aus dem bisherigen Rechte eine Klage herbeizuziehen, welche in dieser Anwendung gerade dem in dem bisherigen Rechte gegebenen Wesen derselben nicht mehr entsprechen würde. Sie ist dazu um so weniger berechtigt, wenn der Gesetzgeber bisher die Anwendung dieser Klage vielmehr zu beschränken als zu erweitern bedacht war, wenn sie ferner dadurch zu Resultaten gelangt, welche weder dem offenbar auf Vereinfachung der Grundsätze gerichteten Bestreben des Gesetzgebers entsprechen, noch an sich besonders befriedigend sind. Es

ist aber kein Grund einzusehen, warum dieselbe Wirkung wegen verschiedenartiger Uebertretung desselben Gesetzes auf verschiedenem Wege herbeigeführt werden solle; es ist nicht einzusehen, warum die wissentliche Angabe eines unwahren Enterbungsgrundes der Giltigkeit des Testaments in minderm Grade schaden soll, als die völlige Unterlassung solcher Angabe, oder warum es nöthig sein soll, auf den Testator, welcher vielleicht aus Irrthum einen unwahren Enterbungsgrund angegeben, gleichwohl aber dem Enterbten durch Vermächtniß den Pflichttheil zugewandt hat, den *color, quasi non sanae mentis fuisset*, zu werfen, während das Testament desjenigen, der den Notherben gar nicht berücksichtigt hat, ohne diesen gehässigen Schein angefochten werden kann. Das ausgebildete Recht der Querel festzuhalten hatte sowohl die Jurisprudenz wie der Gesetzgeber kein Interesse, theils weil es in manchen Punkten schwierig war, theils weil es doch in den wichtigsten Beziehungen jedenfalls durch das neue Gesetz wesentlich abgeändert worden ist.

Wenn also weder das *Inofficiositätssystem* noch das gemischte System zu billigen ist, so fragt sich nur noch, ob man absolute oder nur sogen. relative Nichtigkeit der Erbeinsetzungen anzunehmen habe? Im ersten Falle würde das Testament als solches von Anfang an nichtig sein, also auch ein früheres Testament nicht aufheben, und auch durch keine Aenderung der Umstände wirksam werden, es sei denn vermöge einer, jedoch ebenfalls noch bestrittenen, *secundum tabulas bonorum possessio*; oder, wenn erst nach Errichtung des Testamentes ein nicht bedachter Notherbe einträte, so würde dieses dadurch sofort nichtig werden, wie nach altem Rechte durch *adgnatio postumi*; in jedem Falle würde unbedingt die Intestaterbfolge eintreten, sofern nicht ein giltiges älteres Testament vorläge. Zur Begründung dieser strengen Ansicht beruft man sich darauf, daß die Novelle die Einsetzung der Descendenten und Ascendenten als formelles Erforderniß eines giltigen Testamentes vorschreibe, deren Ausschließung verbiete, nach allgemeinen Grundsätzen aber (L. 5. Cod. de legib. 1. 14.) das einem gesetzlichen Verbote widerstrebende Rechtsgeschäft schlecht hin nichtig sei, daß ebenso nach älterem Rechte wegen Verletzung der formellen Vorschriften über Einsetzung und Enterbung der *sui heredes* das Testament absolut nichtig gewesen sei, womit übereinstimmend auch die Novelle ausspreche, daß das ihren Vorschriften widerstrebende Testament keine Kraft haben solle. Allein diese Gründe werden weit überwogen durch folgende Gegen Gründe. Die erklärte Absicht des Gesetzes ist nur darauf gerichtet, Kinder und Eltern gegen die Kränkung liebloser Ausschließung von der Erbschaft zu schützen, auf

welche sie als Intestaterben Anspruch machen könnten, und in Ansehung deren sie nach dem bisherigen Rechte daher Pflichttheilsrecht hätten. Ob dieses der Fall sei, bestimmt sich aber erst nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes. Es ginge daher weit über den Zweck des Gesetzes hinaus, obwohl es nicht gerade unvereinbar damit wäre, wenn das Testament, worin diejenigen, welche zur Zeit seiner Errichtung solchen Anspruch machen könnten, nicht gehörig bedacht sind, schlechtthin für nichtig erklärt würde. Dieß könnte ganz anderen Personen zum Vortheil gereichen, als deren Schutz gegen Willkür das Gesetz bezweckt; es könnte sogar bewirken, daß die in einem älteren Testamente eingesetzten fremden Personen die Erbschaft davon trügen, selbst zum Nachtheile der Notherben, welche etwa in diesem rechtmäßig enterbt waren, in dem neueren übergangen sind; es würde darnach selbst die Erbeinsetzung des näher berechtigten Notherben, welchen der Erblasser etwa im voraus zum Erben ernannt hatte, z. B. der Kinder, die ihm noch geboren werden möchten, ungiltig sein, wenn die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen entfernteren Notherben nicht gehörig berücksichtigt wären. Die Novelle würde auf diese Weise, ohne daß ihr Zweck es erheischt, von dem bisherigen Rechte sehr weit abweichen, und dem Geiste des neueren Rechts zuwider rein formellen Rücksichten ein übermäßiges Gewicht beilegen. Zwar bewirkte die Präterition des suus bisher nach civilrechtlicher Strenge völlige Nichtigkeit des Testaments; aber selbst dieses war von einer Schule der Rechtsgelehrten nicht gebilligt und wurde in seinen Wirkungen durch Zulassung der *secundum tabulas b. p.* gemildert. Dagegen nach prätorischem Rechte bewirkte der Verstoß gegen das formelle Notherbenrecht niemals Nichtigkeit des Testaments; es gewährte nur denjenigen Personen, die sich nach dem Tode des Erblassers in dessen Testament nicht gehörig eingesetzt oder enterbt fanden, die Möglichkeit, dieses durch *c. t. b. p.* zu beseitigen; und wegen Verletzung des Pflichttheilsrechtes war ebenfalls das Testament nicht absolut nichtig. Es kam also bei der Mehrzahl der Personen, welche die Novelle im Auge hat, nach bisherigem Rechte nur darauf an, ob sie bei eintretendem Erballe sich in gehöriger Weise berücksichtigt fanden. Es ist nun nicht anzunehmen, daß Justinian so weit vom bisherigen Rechte abgehen wollte, wenn sein Zweck dieß nicht erforderte, wenn es seinem Zwecke nicht einmal entspricht. Daß dieß seine Absicht nicht war, wird denn auch im Gesetze selbst ziemlich klar angedeutet. Der Kaiser erklärt (*cap. 3. in f.*): wenn seine Vorschrift nicht beobachtet sei, so solle das Testament den enterbten Kindern nicht zum Nachtheile gereichen (*nullum*

exheredatis liberis praeiudicium generari), sondern diese sollen unter Beseitigung des Testaments ab intestato zur Erbschaft gelangen. Dadurch gibt er zu erkennen, daß es ihm nur darum zu thun ist, das Erbrecht der Kinder gegen das Testament aufrecht zu halten. Jene Worte enthalten nicht, wie man behauptet hat¹⁴⁸, den Grund der erst in dem folgenden Satze liegenden gesetzlichen Disposition, sondern sie sind schon ein Theil der gesetzlichen Disposition, die zuerst ausspricht, daß den Kindern kein Nachtheil daraus erwachsen solle, dann, wie der Nachtheil abgewendet werde, nämlich dadurch, daß ihnen das Gesetz trotz dem Testamente ab intestato die Erbschaft deserirt; der Grund der Disposition wird dann erst angedeutet in den Worten: *ne liberi falsis accusationibus condemnentur etc.* Sollte das Testament schlechthin nichtig sein, so würde Justinian dieses als das Wesentliche zunächst ausgesprochen und das Eintreten der Intestaterbfolge nur als die regelmäßige Folge davon bezeichnet haben; da er aber vielmehr die Eröffnung der Intestaterbfolge zu Gunsten der ausgeschlossenen Kinder als die wesentliche und Haupt-Wirkung der Gesetzübertretung hinstellt, so kann nicht seine Meinung sein, daß das Testament schlechthin nichtig sein solle, weil alsdann nicht in jedem Falle die Intestaterbfolge für jene eröffnet sein würde, sondern nach Umständen auch die testamentarische Erbfolge nach einem früheren Testamente, mit Ausschließung der in diesem rechtmäßig enterbten Kinder, eintreten könnte. In cap. 4. a. G., betreffend die Ascendenten, sagt nun zwar das Gesetz wirklich zunächst: *nullam vim eiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere*, und fügt dann erst hinzu, daß Intestaterbfolge eintrete. Allein eine Verschiedenheit der Wirkungen in dem einen und dem anderen Falle hat der Gesetzgeber gewiß nicht gewollt; man ist also berechtigt anzunehmen, daß er hier mit diesen Worten dennoch nichts anderes ausdrücken wolle, als was wir in dem wichtigeren und häufigeren Falle des cap. 3. für den seiner Absicht und seinen Worten am besten entsprechenden Sinn erkannt haben; man ist dazu um so mehr berechtigt, als derselbe auch hier unbedingt sagt, daß Intestaterbfolge eröffnet sein solle, diese aber bei absoluter Richtigkeit des Testamentes nicht immer eintreten könnte. Auch können jene Worte sehr wohl den beschränkten Sinn haben, daß das Testament nur den Erbansprüchen der Notherben gegenüber keine Kraft haben solle, und die im folgenden Satze hinzugefügten, sonst völlig müßig stehenden Worte: *resciso testamento (ἀνατροπομένης τῆς διαθήκης)* deuten gerade deswegen, weil die

¹⁴⁸ Brandis und v. Bangerow a. a. D.

Ungültigkeitserklärung schon vorausgeht, noch mehr, wie die entsprechenden Worte in cap. 3.: *evacuato testamento* (ἀκυρωμένης τῆς διαθήκης) darauf hin, daß die Ungültigkeit des Testaments nicht als absolute anfängliche Nichtigkeit zu verstehen sei. Unterstützt wird diese Annahme auch noch dadurch, daß nur die Erbeinsetzungen beseitigt werden, die übrigen Verfügungen des Testaments bestehen bleiben sollen. Bei absoluter Nichtigkeit war solches bisher unerhört. Dagegen kam ein Verdrängen der eingesetzten Erben durch übergangene Notherben, unter Aufrechthaltung der Vermächtnisse oder doch eines bedeutenden Theils derselben schon nach bisherigem Rechte häufig vor¹⁴⁹; insbesondere war dieß bei der *bonorum possessio contra tabulas* der Fall¹⁵⁰; an diese schließen sich daher die neuen erweiternden Bestimmungen näher an, als an die älteren civilrechtlichen über Präterition der *sui heredes*, welche völlige Nichtigkeit des Testaments zur Folge hatte. Wäre das Testament als solches von Anfang an nichtig, also nicht geeignet, ein älteres Testament aufzuheben, so würde nun die Folge sein, daß die in diesem eingesetzten Erben die Erbschaft erhielten, aber die in diesem und in jenem hinterlassenen Vermächtnisse anerkennen müßten¹⁵¹, wenn aber wegen Destitution des älteren Testaments dann doch Intestaterbfolge einträte, alle Vermächtnisse beider Testamente ungiltig würden. Auch dieß wäre gewiß nicht Justinian's Absicht gemäß¹⁵².

So sprechen also überwiegende Gründe gegen die Behauptung absoluter Nichtigkeit der Erbeinsetzungen. Nun hat man aber andererseits schon den Begriff einer bloß relativen Nichtigkeit für unzulässig erklärt und als eine juristische Inconsequenz bezeichnet¹⁵³. Allein offenbar ist das, was die Anhänger der sogen. relativen Nichtigkeit eigentlich wollen, keine juristische Unmöglichkeit und nicht ohne Analogie; es ist an sich

¹⁴⁹ So in dem Falle, wenn der Erblasser einen Notherben in der irrigen Voraussetzung, daß derselbe gestorben sei, übergangen hatte, nach L. 28. D. de inoff. test. §. 2. L. 92. D. de her. instit. 28. 5.

¹⁵⁰ Vgl. oben Note 41. 42.

¹⁵¹ Nach L. 92. cit. sollte die im älteren Testament eingesetzte, im späteren aus Irrthum übergangene Tochter Erbin werden und die im letzten (nicht auch die in dem früheren) Testamente angeordneten Vermächtnisse entrichten, *proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa lisset heres scripta*. Ein Gleiches behaupten wir nach Nov. 115. für die im späteren Testamente nicht gesetzlich ausgeschlossenen Ainde: oder Eltern.

¹⁵² Er verordnet (cap. 3. u. 4. in f.), daß alle Verfügungen außer der Erbeinsetzung giltig sein sollen, als ob in diesem Stücke das Testament (und zwar als Testament; denn sonst könnte keine *directa libertas*, keine *tutoris datio* und *Pupillarsubstitution* giltig sein) bei Kraft b l e i b e (*tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum, μη ἀνυπαρξάντιου ἢ δωρεῆς ἐκπέσει*). Damit ver trägt es sich nicht, daß nun die Gültigkeit derselben von dem Schicksale eines anderen Testaments abhängig sein oder die Vermächtnisse durch die Concurrenz mit den in einem älteren Testament angeordneten nach der *lex Falcidia* eine Schmälerung erleiden sollen.

¹⁵³ Brandis a. a. D. S. 121 fg. v. Wangerow a. a. D.

sehr wohl denkbar, daß ein Rechtsgeschäft nicht absolut nichtig sei, gleichwohl aber unter bestimmten Voraussetzungen oder von bestimmten Personen ohneweiters als nichtig behandelt werden könne, ohne daß es erst einer richterlichen Ungültigkeitserklärung bedarf¹⁵⁴. Mag immerhin dagegen behauptet werden, dieß sei keine wahre Nichtigkeit, so ist dieß doch nur ein Streit über den Ausdruck; jenem Einwande entgegen diejenigen, welche sagen, die Erbeinsetzung sei nicht nichtig, aber rescissibel durch den bloßen Willen der übergangenen Notherben¹⁵⁵.

Indessen besteht doch unter diesen Gegnern der absoluten Nichtigkeit noch eine erhebliche Meinungsverschiedenheit darin, daß einige die Nichtigkeit der Erbeinsetzungen schlechthin und von selbst eintreten lassen, wenn zur Zeit des Todes ein Notherbe vorhanden ist, der nicht eingesetzt oder rechtmäßig enterbt ist¹⁵⁶, während nach einer anderen Ansicht jene nur dann nichtig werden, wenn der verlebte Notherbe von seinem Rechte, das Testament anzufechten, Gebrauch macht¹⁵⁷, und nach einer dritten Ansicht selbst in diesem Falle nicht für alle Intestaterben, sondern nur für die nicht rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben die Erbfolge eröffnet wird¹⁵⁸. Die erste dieser Ansichten unterscheidet sich von der Theorie der absoluten Nichtigkeit nur dadurch, daß sie die Erbeinsetzungen nicht von Anfang an für nichtig hält, sondern erst zur Todeszeit, wenn übergangene Notherben vorhanden sind, dann aber auch ipso iure, nichtig werden läßt, sowie nach der Ansicht der Proculianer das Testament, worin der suus präterit war, nichtig wurde¹⁵⁹. Demnach können nicht nur mit dem verlebten Notherben zugleich alle übrigen Intestaterben eintreten, sondern auch, wenn jener ohne die Erbschaft zu erwerben stirbt oder dieselbe ablehnt, können die mit ihm oder nach ihm berufenen Intestaterben als solche ihr durch die ipso iure eingetretene Nichtigkeit der Erbeinsetzungen entstandenes Recht geltend machen, und selbst wenn jener in dem Rechtsstreite über Ungültigkeit des Testamentes unterlegen wäre, können diese noch, behauptend, daß derselbe ohne Grund enterbt sei, ihr Intestaterbrecht verfolgen, quia res inter alios

¹⁵⁴ Vgl. Savigny, System Bd. IV. S. 540. 541. Puchta, Pand. §. 67.

¹⁵⁵ So Puchta, Pand. §. 493. Note 1—: vgl. §. 483 a. G., jedoch nur für den Fall, wenn kein Enterbungsgrund angegeben ist, indem er im anderen Falle die querela inofficiosi für nothwendig hält. Daher bezeichnet auch Hofschuher (Theorie und Casuistik des Civilrechtes II. S. 676.) Grande's Princip mit Recht als das der Rescissibilität, obgleich dieser wie Pluntschli immer von Nullität (nur Pluntschli ausdrücklich von relativer Nullität) spricht, vermuthlich, weil sie bei Rescission immer an die querela inofficiosi und richterliche Ungültigkeitserklärung denken.

¹⁵⁶ Mühlenbruch a. a. D. S. 256 ff. Vgl. auch Witte im Rechtslexikon Bd. I. S. 292—294.

¹⁵⁷ Grande und Pluntschli a. a. D.

¹⁵⁸ Puchta a. a. D.

¹⁵⁹ Ga. II. 127.

indicata aliis non praeiudicat. Der Vertheidiger dieser Ansicht verkennt zwar nicht die Bedenken, welche ihr entgegenstehen, und hält selbst für wahrscheinlich, daß Justinian bei seiner Verfügung nur die ausgeschlossenen Nothherben vor Augen gehabt habe, glaubt sich aber nicht berechtigt, die allgemeinen Ausdrücke nach einer nur vermuthlichen Willensmeinung des Gesetzgebers einzuschränken, und findet es, wenn die einmal eingetretene Nichtigkeit ihre Wirkung auf alle Intestaterben erstrecken soll, consequent, dieß nicht erst davon abhängen zu lassen, ob der verletzte Notherbe von seinem Rechte Gebrauch macht. Allein in cap. 3. des Gesetzes sind ja die Ausdrücke wirklich nicht so allgemein, wie hier vorausgesetzt wird. Den enterbten Kindern, sagt es, soll das Testament nicht entgegenstehen, den Kindern soll durch Umstößung desselben die Intestaterbfolge eröffnet werden, damit sie nicht ohne Grund in ihren Erbansprüchen verkürzt werden; es sagt nicht, daß auch andere Personen, die ab intestato erben könnten, denen aber der Testator keine solche Berücksichtigung schuldig war, zur Erbfolge gelangen sollen. Das Gesetz hat also hier seinen Worten nach gerade nur die Nothherben im Auge, und man muß es erst hineinlegen, daß unbedingt und von selbst Intestaterbfolge eintreten solle. In cap. 4. deuten nun freilich die Ausdrücke eher darauf hin. Aber wenn man dieselben gleichwohl, um nicht anfängliche absolute Nichtigkeit der Erbeinsetzungen annehmen zu müssen, im Vergleich mit cap. 3. ebenfalls so verstehen kann, daß der Kaiser dabei keineswegs an alle und jede Intestaterben dachte¹⁶⁰, so muß es ja auch hier gestattet sein, sie in gleicher Weise einschränkend zu erklären, da es ohnehin unzweifelhaft ist, daß der Kaiser die Ascendenten eben auch als nächste Intestaterben im Auge gehabt habe, also nicht allen und jeden, die, wenn jene wegfallen, Intestaterben werden könnten, die Erbschaft zuzusprechen. Hiernach möchte es nun scheinen, daß die letzte der oben angedeuteten Ansichten das meiste für sich habe, wornach auch, wenn die verletzten Nothherben ihr Recht geltend machen, dieß doch nicht den mit ihnen berufenen übrigen Intestaterben, die nicht ebenfalls Nothherbrecht haben, zu Gute kommen würde; und dafür könnte man sich zudem auf die Analogie der *b. p. contra tabulas* berufen. Allein alsdann würde auch die Erbfolge der Nothherben nicht, wie doch das Gesetz sie nennt, eine wahre Intestaterbfolge sein, sondern ähnlich der *bonorum possessio contra tabulas* oder dem altcivilrechtlichen *ius accrescendi* der Töchter und Enkel nur ein Mittelding zwischen testamentarischer und Intestaterbfolge, ein bloßes Verdrängen der eingefetzten

¹⁶⁰ So sagt Mühlenbruch selbst a. a. O. S. 258.

Erben durch Einrücken der übergangenen Notherben, indem sie, allein an deren Stelle tretend, nach ganz anderem Verhältnisse erben würden, als im Falle wirklicher Intestaterbfolge. Zudem müßten doch jedenfalls die im Testament eingesetzten gleichberechtigten Personen mit ihnen zur Erbfolge zugelassen werden, und endlich fehlt es auch der mittleren Ansicht nicht an einer Analogie im älteren Rechte, indem nach der richtigen Meinung die Rescission des Testaments durch die querela inofficiosi testamenti regelmäßig die Eröffnung der Erbfolge für alle Intestaterben zur Folge hatte. Daran aber, daß dann die Nullität nur eine sehr beschränkte sei, braucht man sich nicht zu stoßen, indem man von dem Begriffe der Nullität ebensowohl wie von der Rescission durch querela inofficiosi gänzlich abstrahiren kann, und an sich es ebenso wohl zulässig ist, daß erst durch die Erklärung der verletzten Notherben, als daß schon durch deren Existenz zur Zeit des Todes die Erbeinsetzung vernichtet und die Intestaterbfolge eröffnet werde, während es widerwärtig erscheinen muß, daß andere Personen berechtigt sein sollen, wider den Willen jener einen Prozeß zu erheben, wodurch darüber entschieden werden soll, ob sie verdienter Weise von der Erbschaft ausgeschlossen worden seien.

Nach allem diesem dürfen wir also als der Absicht des Gesetzgebers und zugleich den Worten des Gesetzes am meisten entsprechend Folgendes annehmen:

Die Verletzung der Vorschriften der Nov. 115. cap. 3. 4. bewirkt nicht unmittelbar Nichtigkeit der Erbeinsetzungen, sondern gibt nur den verletzten Notherben das Recht, dieselben durch die Erklärung, ihr gesetzliches Erbrecht behaupten zu wollen, zu beseitigen und dadurch die Intestaterbfolge herbeizuführen, ohne dazu der querela inofficiosi testamenti im Sinne des älteren Rechtes zu bedürfen.

Nun erhebt sich aber noch eine andere ebenso schwierige Streitfrage darüber, ob neben dem Rechte der Nov. 115. noch die Bestimmungen des älteren Rechtes über Präterition der sui heredes und der emancipirten Kinder als besonderes Recht dieser Classe von Notherben fortbestehen oder nicht? ¹⁶¹.

Eine Partei der Rechtsgelehrten behauptet die fortdauernde Gültigkeit derselben neben der Nov. 115.; sie betrachtet dieselbe als ein bloß correctorisches Gesetz, welches das bisherige Recht nur theilweise abändere, namentlich in Ansehung aller pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten einige gemeinschaftliche neue Bestimmungen aufstelle, aber als correctorisches Gesetz auch nicht über diesen feinen wörtlichen Inhalt hinaus zu erstrecken sei, und daher das, was bisher nur für gewisse

¹⁶¹ Vgl. zur Dogmengeschichte nebst Bluntschli a. a. D. Mühlenthal a. a. D. S. 298—339.

Classen von Descendenten insbesondere galt, unberührt lasse ¹⁶². Man hat daher diese Theorie das Correctionssystem genannt, wofür jedoch von anderer Seite der wirklich passendere Name Additionalsystem vorgeschlagen worden ist. Dagegen nimmt eine andere Partei der Rechtsgelehrten an, Justinian habe durch seine Novelle ein durchgreifend gleichmäßiges Recht für alle pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten herstellen, die Vorschriften derselben nicht bloß als ergänzenden Nachtrag jenem verschiedenartigen älteren Rechte hinzufügen, sondern an die Stelle desselben setzen gewollt ¹⁶³, und diese Theorie hat man denn das Derogationssystem genannt oder auch das Reformsystem ¹⁶⁴. Nach der ersten Theorie ist vor allem zu prüfen, ob die sui heredes und die im prätorischen Erbrecht ihnen gleichgestellten liberi den formellen Vorschriften des älteren Rechtes gemäß gehörig instituiert oder exheredit sind. Ist dieß nicht der Fall, so ist entweder civilrechtlich das ganze Testament nichtig oder es kann wenigstens bonorum possessio dagegen stattfinden, wodurch der Inhalt desselben auch im weiteren Umfange vereitelt wird, als nach Nov. 115. Die Vorschriften dieses Gesetzes kommen nur dann in Betracht, wenn das Testament nicht schon wegen Präterition eines suus heres civilrechtlich völlig nichtig ist und auch bonorum possessio contra tabulas nicht eintritt, wenn z. B. ein suus heres förmlich exheredit ist, aber ohne Angabe eines Enterbungsgrundes, oder wenn nur ein Descendent weiblicher Abstammung übergangen ist. Nach der anderen Theorie dagegen tritt in allen Fällen, wenn Descendenten, welcher Classe sie angehören mögen, nicht gehörig eingesetzt oder ausgeschlossen sind, nur die durch die Nov. 115. festgesetzte Wirkung ein, Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen mit Aufrechterhaltung aller Vermächtnisse und übrigen Verfügungen.

Welche von diesen Theorien nun an sich vorzuziehen wäre, darüber kann man nicht lange zweifelhaft sein. Die letzte gewährt einfache im wesentlichen befriedigende Resultate, sie beseitigt Unterschiede, die zu Justinian's Zeit keinen rechten Grund hatten, schneidet dadurch

¹⁶² Vgl. die Literaturangaben bei Mayer, Erbr. I. S. 268—274., welcher selbst dieser Ansicht huldigt S. 262—274., wie die meisten Anhänger des Inofficioitätsystems; ebenso v. Vangerow, Pand. S. 485. und andere Anhänger des Nullitätssystems.

¹⁶³ Unter den neueren z. B. Bluntschli, Franke, Puchta, Mühlenthal a. a. O., Gans, Erbr. II. S. 139—142. Blume, Grundr. des Pandektenrechtes, erste Aufl., Vorr. S. XXXVI. Hunger, Erbr. S. 69. und Andere.

¹⁶⁴ Die Ausdrücke: Correctionssystem und Derogationssystem hat Mühlenthal vorgeschlagen, Puchta die Ausdrücke: Additional- und Reformsystem; Bluntschli bezeichnete denselben Gegensatz durch die Worte: Enterbungs- und Ausschließungssystem. Uebrigens kommen unter den Anhängern der einen und der anderen Hauptansicht hier wie bei der Frage über die Rechtsmittel der Nov. 115. noch manche Beschiedenheiten in einzelnen Punkten vor.

eine Menge von schwierigen Verwickelungen ab und entspricht so dem praktischen Bedürfnisse einer Zeit, welcher ein so verwickeltes, oft der scharfsinnigsten Unterscheidungsgabe noch schwieriges Recht ein Stein des Anstoßes sein mußte. Die erste dagegen läßt nicht nur gegen den Geist des neueren Rechtes alle jene Unterschiede bestehen, sondern vermehrt sogar noch die Verwicklung und führt Schwierigkeiten herbei, für die sich kaum eine Lösung finden läßt. Man setze z. B. den Fall: es sei ein *suus heres* *exheredit* ohne Angabe des Enterbungsgrundes, ein emancipirtes Kind übergegangen unter Angabe eines wahren Enterbungsgrundes, ein Tochterenkel und ein Ascendent zu Erben eingesetzt, ein anderer Tochterenkel übergegangen, aber sonst noch eine Reihe von Vermächtnissen zu Gunsten fremder Personen angeordnet. Der enterbte *suus* und das übergangene Tochterkind könnten nach Nov. 115. das Testament anfechten, müßten aber die Vermächtnisse anerkennen; der übergangene *emancipatus* könnte *c. t. b. p.* agnosciren und dadurch auch die Vermächtnisse beseitigen, müßte aber den beiden eingesetzten Erben eine *Virilportion* lassen, von denen ab *intestato* nur einer miterben würde. Wie nun, wenn alle diese ihr Recht geltend machen wollen?

Nun ist es freilich nichts Unglaubliches, daß Justinian dennoch bei solchen Resultaten sich beruhigt habe und in seiner Reform schwächlicher Weise auf halbem Wege stehen geblieben sei; aber man darf doch dem Gesetzgeber, der sein Bestreben, das Erbrecht zu vereinfachen, in anderer Beziehung bald nachher durch Nov. 118. bethätigt hat, nicht die Verschuldung eines so erbärmlichen Glückwerkes aufbürden, wenn nicht der Inhalt des Gesetzes dazu nöthigt. Man beruft sich zwar auf den Grundsatz, daß ein neues Gesetz ältere Rechtsbestimmungen nur insofern aufhebe, als diese mit jenem unvereinbar seien, und daher im Zweifel vielmehr deren Fortdauer anzunehmen sei. Und allerdings hat man bei Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes darauf Rücksicht zu nehmen, welche Auslegung sich am besten dem bisherigen Rechte anfüge. Allein dieses ist nur ein Moment, welches in Betracht zu ziehen, welchem aber keine so überwiegende Bedeutung beizulegen ist, daß man eine durch den Inhalt nicht gebotene Auslegung des neuen Gesetzes, welche der Tendenz desselben nicht entspricht, und nach anderen Rücksichten, insbesondere im systematischen Zusammenhange, als unangemessen und unbefriedigend erscheint, dadurch allein gerechtfertigt halten könnte. Geboten ist aber jene beschränkende Auslegung der Nov. 115. durch deren Inhalt keineswegs; vielmehr führt die einfachere Auffassung desselben zu dem entgegengesetzten Resultate.

Man glaubt in der Novelle eine deutliche Anerkennung des bisherigen formellen Nothherbenrechtes zu finden, indem sie in cap. 3. pr. sagt: non licere penitus patri vel matri — — liberos praeterire vel exheredes in suo facere testamento. Diese Unterscheidung wird freilich gemacht, weil es nach bisherigem Rechte eine doppelte Art der Ausschließung gab, eine stillschweigende und eine ausdrückliche, jene bei gewissen Descendenten genügend, diese bei anderen erforderlich. Beides soll in keinem Falle mehr erlaubt sein, wenn nicht ein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben wird. Aber es läßt sich nicht behaupten, daß nun in diesem Gesetze auch noch das Verbot des einen ausschließlich auf diese, das Verbot des anderen ausschließlich auf jene Descendenten bezogen werde, indem dadurch in Beziehung auf alle Descendenten wesentlich nur ein Gebot der Erbeinsetzung bezweckt wird. Es ist willkürlich, das letztgenannte exheredes facere ausschließlich auf den erstgenannten Vater, das ersterwähnte praeterire ausschließlich auf die nach diesem genannte Mutter zu beziehen¹⁶⁵, zumal da ohne Zweifel im gewöhnlichen Leben bisher schon das Wort Exheredation häufig auf Personen angewendet worden war, welche nicht förmlich enterbt zu werden brauchten, und nach dem neuen Gesetze bei allen, deren Einsetzung nun vorgeschrieben ist, füglich davon die Rede sein kann. Dieß deutet auch die Novelle selbst an, indem sie in cap. 3. in fin. sagt: nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, wo nicht daran zu denken ist, daß dieses nur auf eine Classe der Descendenten, die nach älterem Rechte förmlich exhereditirt werden mußten, zu beziehen sei¹⁶⁶. Dasselbe geht ferner hervor aus cap. 4. pr., wo in Beziehung auf Eltern unterschieden wird: praeterire aut quolibet modo eos rebus propriis alienare (*ἀλλοτριούς ποιῆσθαι*)¹⁶⁷. Es mag sein, daß man den letzten Ausdruck wählte, weil exhereditatio im Sinne des bisherigen Rechtes bei Eltern nicht vorkam; gleichwohl entspricht er dem exheredes facere in cap. 3. und bezeichnet im Sinne der Novelle wesentlich dasselbe, im Gegensatze von praeterire¹⁶⁸; es muß daher

¹⁶⁵ Ebenso unzulässig ist dieß bei Julian's Uebertragung: Neque pater aut mater — — liberos suos praeteritos vel exheredatos faciant.

¹⁶⁶ Man hat zwar gerade in diesen Worten eine Stütze für die entgegengesetzte Meinung finden wollen, weil darnach offenbar eine sice gesetzene Exheredation vorausgesetzt werde, v. Wangerow a. a. O. S. 316; aber diese soll ja nur bei gewissen Descendenten vorkommen, also hätte es auch hier heißen müssen exheredatis vel praeteritis, damit sich der Satz auf alle Descendenten beziehen könne.

¹⁶⁷ In Julian's Epitome ist übersetzt: praeterire vel alieno a substantia sua quocumque modo facere. Der Ausdruck alieno esse oder haberi ab hereditate findet sich 3. B. auch in L. 22. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 3. pr. Th. Cod. ad leg. Cornel. de sicar. 9. 14. Cf. L. 3. Cod. de lib. praet. 6. 28.

¹⁶⁸ Darum übersetzt auch Harmenopolus, nicht ungenau, sondern ganz richtig, ἀποκλήρους καταλιμπάνειν, im Gegensatze von ἀμνημονεύτου; καταλιμπάνειν, d. i. praeterire.

jenes in cap. 3. cit. nothwendig auf alle Descendenten bezogen werden, denn sonst hätte der Gesetzgeber dort sagen müssen: vel exheredes facere (sc. suos heredes et emancipatos) vel praeterire aut quolibet modo alienos facere (sc. ceteros liberos), wie in cap. 4. Damit stimmt ferner überein, daß der Kaiser in cap. 5. pr. als Zweck seines Gesetzes bezeichnet, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre, oder wie es nach dem Urtexte lauten sollte: iniuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollere (*τὴν ὑβρίων τῆς praeteritionος καὶ exheredatioνος τῶν γονέων καὶ τῶν παιδῶν ἀνεχεῖν*), wo unmöglich exheredatio nur auf eine Classe der Descendenten, praeteritio nur auf die übrigen Descendenten und auf die Ascendenten bezogen werden kann, um so weniger, als bald nachher von der Exheredation einer Tochter im Testamente der Mutter gesprochen wird¹⁶⁹. Diese Enterbung der schönen Dame (Pulcheria), welche dem Kaiser zu seiner Neuerung den Anstoß gegeben, war keine Exheredation im Sinne des älteren Rechtes; er gibt also hier auf das unzweideutigste zu erkennen, daß er nicht von Begriffen und Unterscheidungen des letzten ausgeht, sondern vielmehr Exheredation und Präterition gleichmäßig auf alle genannten Personen bezieht. Dazu kommt nun noch als das entscheidendste Moment hinzu die Bestimmung in cap. 3. a. E. über die Wirkung, die mit den neuen Vorschriften verknüpft wird. Justinian setzt hier nicht nur, ohne irgend eine Unterscheidung anzudeuten, die Folgen der Nichtbeobachtung jener Vorschriften fest, sondern sagt auch vorher ausdrücklich: wenn wenigstens einer von den gesetzlich gebilligten Enterbungsgründen im Testament angegeben sei und von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werde, so solle das Testament seine Kraft haben; er macht also nur davon die volle Giltigkeit des Testaments abhängig. Das sogen. Correctionsystem schränkt dieses durch unnöthiges Herbeiziehen des älteren Rechtes gegen den nächstliegenden Sinn der Worte ein, indem ihm für gewisse Descendenten die Angabe und Bewahrheitung eines Enterbungsgrundes nicht genügt, wenn nicht zugleich eine Exheredation nach den Erfordernissen des bisherigen Rechtes vorliegt, und knüpft an einen Mangel in dieser Beziehung eine umfassendere Wirkung, als das Gesetz allgemein mit der Verletzung seiner Vorschrift verbindet, nämlich bald völlige Ungiltigkeit aller testamentarischen Verfügungen, bald wenigstens Vereitelung eines

¹⁶⁹ Cap. 5. pr. Invenimus Pulcheriam filiam gratam quidem a sua genitrice fuisse dictam, exheredatam aut in testamento nominatam tam in paternis quam in maternis facultatibus. Vorher: Enterbung also war so unterb. verboten.

großen Theiles der Vermächtnisse, obgleich in cap. 4. a. E. gerade, was diese betrifft, noch ausdrücklich alle diesem neuen Gesetze widerstreitenden Bestimmungen des älteren Rechtes abrogirt werden.

Hieraus ergibt sich nicht nur, daß es an genügendem Grunde gebracht, neben der Novelle noch das ganze alte Recht der *sui* und *emancipati*, ungeachtet aller dagegen sprechenden inneren Gründe, festzuhalten, sondern zugleich auch widerlegt sich durch das Obige die Ansicht, nach welcher zwar die Folgen einer ungesetzlichen Ausschließung in allen Fällen keine anderen sein sollen, als welche die Novelle festsetzt, die Erfordernisse einer gesetzlichen Ausschließung aber für *sui* und *emancipati* nicht allein, wie bei anderen Descendenten, nach den besonderen Vorschriften des neuen Gesetzes, sondern zugleich auch nach den formellen Vorschriften des älteren Rechtes zu beurtheilen wären ¹⁷⁰. Beifallswürdiger möchte die entgegengesetzte Ansicht scheinen, nach welcher nunmehr nicht bloß für *sui* und *Emancipirte*, sondern für alle pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten die im älteren Rechte für jene aufgestellten Erfordernisse einer gültigen Einsetzung oder Enterbung, außer den durch die Novelle hinzugefügten, zu beobachten sein sollen ¹⁷¹. Zur Begründung dieser Ansicht könnte man anführen, daß nun alle jene Personen Notherben im formellen Sinne geworden seien, eingesetzt oder enterbt werden müssen, die näheren Bestimmungen über die Erfordernisse einer gültigen Einsetzung oder Enterbung daher, so weit die Novelle nichts darüber festsetze, aus dem älteren Rechte in Betreff derjenigen Personen, bei welchen damals schon die Nothwendigkeit einer Einsetzung oder Enterbung bestand, zu entlehnen seien. Und eine Bestätigung dafür könnte man darin finden, daß die Novelle auch in Beziehung auf alle jene Personen von *Exheredation* spricht. Allein dieselbe legt das entscheidende Gewicht nur auf die Ausschließung mit Angabe eines wahren Enterbungsgrundes und erkennt dabei stillschweigend auch die Möglichkeit einer solchen Ausschließung an, die doch nach den Begriffen des bisherigen Rechtes nur *Präterition* wäre, indem sie *Präterition* und *Exheredation* mehrmals neben einander nennt. Auch passen die formellen Vorschriften des älteren Rechtes zum Theil so wenig mehr zu dem Geiste des neueren Rechtes, daß man sie eher zu beseitigen als auszudehnen geneigt sein möchte,

¹⁷⁰ Diese Ansicht wird ausführlich vertheidigt von Mühlensbruch a. a. O. Bd. 37. S. 190—212, 222—230., der sich scharf zum Derogationssystem bekennt; und in dieser Art scheint auch das letzte in der Praxis vorherrschend Anerkennung gefunden zu haben. Vgl. Mühlensbruch a. a. O. S. 208 flg., 337 flg. Mayer a. a. O. §. 101. Anm. 7. 11. * Ueber die betreffende neuere Literatur vgl. das Lehrb. 7. Aufl. §. 598. Anm. a. E. §. 599. Anm.

¹⁷¹ Puchta a. a. O. §. 493. Note e. f. Vgl. auch darüber Mayer a. a. O. Anm. 7.

zum Theil sind sie durch die materiell bedeutenderen neuen Vorschriften werthlos geworden. Daher sind wir nicht berechtigt, jene im Ganzen in das Recht der Novelle zu übertragen¹⁷². Aber allerdings müssen wir, sofern dieses einer näheren Bestimmung im Einzelnen bedarf, für die Entscheidung der sich ergebenden Fragen im älteren Rechte nöthigenfalls die Anhaltspunkte suchen und dessen Bestimmungen zur Richtschnur nehmen, soweit dieselben mit dem Inhalte und Zwecke des neuen Gesetzes wohl zusammenstimmen.

Keine Rede ist in der Novelle von dem bisherigen besonderen Rechte des Ascendenten, welcher den Erblasser emancipirt hatte, des *parens manumissor*. Man könnte daher dieses noch als besonderes Recht dieses Ascendenten für fortdauernd gültig ansehen. Allein wenn man auch annehmen müßte, daß dasselbe durch die Nov. 115. so wenig wie durch Nov. 118. aufgehoben sei, so ist doch kein Zweifel darüber, daß es nach heutigem Rechte unpraktisch sei¹⁷³. Dagegen ist ebenso unzweifelhaft, daß das besondere Recht der Geschwister und der dürftigen Wittve sowie des Arrogirten, durch die Novelle nicht beseitigt worden und auch im geltenden Rechte noch anzuerkennen ist.

Nach diesen Vorbereitungen wollen wir nunmehr versuchen

III. Das praktische Notherbenrecht

im Zusammenhange darzustellen. Wir unterscheiden dabei nach Verschiedenheit der berechtigten Personen A. das Recht der Kinder und Eltern (Descendenten und Ascendenten), B. das Recht der Geschwister, C. das Recht der dürftigen Wittve, D. das Recht des unmündig Arrogirten.

A. Das Recht der Kinder und Eltern.

Kinder und Eltern haben gegenseitig Anspruch auf einen Pflichttheil und auf Berücksichtigung bei der Erbeinsetzung. Beide Rechte sind stets mit einander verbunden; nur pflichttheilsberechtignte Descendenten oder Ascendenten können verlangen, zu Erben eingesetzt zu werden¹⁷⁴, und wo das eine dieser Rechte ausgeschlossen ist, findet auch das andere nicht statt. Es steht aber

1) Dieses Notherbenrecht Kindern und Eltern nur unter der Voraussetzung zu, daß sie als solche, also nach Nov. 118. in der ersten beziehungsweise in der zweiten Classe, Intestaterben des Erblassers sein könnten¹⁷⁵. Es findet also nicht statt zwischen dem unehelichen Kinde

¹⁷² Vgl. Kluntzschli a. a. D. S. 245—252. Franke a. a. D. S. 361. 397 fg. Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 63.

¹⁷³ Vgl. Rechtslexikon Bb. II. S. 343.; Bb. V. S. 681 fg. (oben S. 45.) Mühlenthal a. a. D. Bb. 37. S. 356—359. * Darüber jetzt vorzüglich H. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor. Heidelberg. 1869.

¹⁷⁴ Nov. 115. cap. 3. pr. cap. 5. pr.

¹⁷⁵ L. 6. pr. D. de inoff. test. 5. 2. Vgl. Rechtslexikon Bb. V. S. 683—690. (oben S. 47. fg.)

und dessen Erzeuger ¹⁷⁶, wohl aber zwischen jenem und dessen Mutter oder mütterlichen Ascendenten ¹⁷⁷. Aber nicht alle, welchen jenes Intestaterbrecht zusteht, haben zugleich auch Notherbenrecht. Der vollkommen Adoptirte, so lange er der Adoptivfamilie angehört, hat es nicht gegen den natürlichen Vater, und der unvollkommen Adoptirte nicht gegen den Adoptirenden ¹⁷⁸, während es jenem gegen den Adoptivvater ¹⁷⁹, sowie auch dem von einer Frau adoptirten Kinde gegen diese Adoptivmutter ¹⁸⁰ allerdings zusteht. Von der anderen Seite muß man es consequent auch gegen das vollkommen adoptirte Kind dem Adoptivvater zugestehen, dem natürlichen Vater abprechen ¹⁸¹, so lange das Adoptivverhältniß dauert ¹⁸².

2) Diejenigen, welche im einzelnen Falle ein Notherbenrecht in Anspruch nehmen, müssen auch wirklich zu den nächsten Intestaterben des Verstorbenen gehören; ihr Notherbenrecht findet nicht statt, wenn sie durch andere obgleich nicht pflichttheilsberechtigzte Personen von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sein würden, z. B. Ascendenten durch einen unvollkommen Adoptirten. Es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher an der Erbschaft doch keinen Theil haben würde, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre, sich nicht darüber beschweren könne, in diesem übergangen zu sein. Ihm würde ja auch die Rejection des Testaments nichts nützen, durch welche nur Anderen die Intestaterbfolge eröffnet würde ¹⁸³; er würde, wenn die Erbeinsetzungen auch nach Nov. 115. beseitigt wären, doch nicht ab intestato erben ¹⁸⁴, und einen Pflichttheil kann er nicht fordern, weil dieser nur ein Theil desjenigen ist, was er als Intestaterbe erhalten würde, d. i. = nichts ¹⁸⁵. Hieraus ergibt sich nun von selbst, daß Ascendenten nicht zu berücksichtigen sind, wenn erberechtigte Descendenten vorhanden sind, sowie, daß das Notherbenrecht von Descendenten entfernteren Grades

¹⁷⁶ Wie Cuiac. ad nov. 43., opp. II. p. 1066. behauptete. Vgl. dagegen Franke a. a. D. S. 178.

¹⁷⁷ L. 29. §. 1. D. I. c.

¹⁷⁸ L. 10. pr. §. 1. 2. Cod. de adopt. 8. 48.

¹⁷⁹ L. 10. pr. §. 5. Cod. I. c.; ob auch der impubes arrogatus? Vgl. unten Note 361—368.

¹⁸⁰ L. 29. §. 3. D. I. c. L. 5. Cod. I. c.

¹⁸¹ Arg. L. 10. pr. Cod. I. c.: et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit.

¹⁸² L. 10. pr. in f. §. 2. Cod. I. c. L. 30. pr. D. I. c. In dieser Stelle hat man den Beweis finden wollen, daß der natürliche Vater gegen den noch der Adoptivfamilie angehörenden Sohn Pflichttheilsrecht habe, s. B. Franke a. a. D. S. 187 flg. v. Bangerow, Band. II. S. 259; sie setzen ohne Grund voraus, daß das Adoptivverhältniß als noch fortdauernd gedacht werde.

¹⁸³ L. 6. §. 1. D. I. c. Doch gründet gerade auf diese Stelle Buchta a. a. D. §. 488. Note f. seine Behauptung, es komme nur darauf an, daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden sei, der ein näheres Intestaterbrecht habe. Vgl. dagegen Mühlenthal a. a. D. Bd. 35. S. 140—146.

¹⁸⁴ Vgl. Nov. 115. cap. 3. 4. in f. und oben Note 156 flg.

¹⁸⁵ Vgl. unten Note 191—200.

durch das Dasein näherer Erben desselben Stammes, das Notherbenrecht entfernterer Ascendenten durch das Recht der Ascendenten näheren Grades schlechthin ausgeschlossen wird. Dagegen haben mehrere Pflichttheilsberechtigte, welche gleiches Intestaterbrecht haben, auch gleiches Notherbenrecht, und dieses besteht nicht minder, wenn auch andere nicht pflichttheilsberechtigzte Personen als Intestaterben gleiches Recht haben.

3) Das Notherbenrecht findet statt, der Erblasser mag als homo sui oder alieni iuris ein Testament errichtet haben. Das besondere Recht des *filiiusfamilias* in Betreff seines *castrensischen* und *quasicastrensischen* Vermögens¹⁸⁶ ist aufgehoben¹⁸⁷. Dagegen ist jenes auch jetzt noch ausgeschlossen gegen ein Pupillartestament und gegen ein Soldatentestament¹⁸⁸.

4) Das Recht der Kinder und Eltern kann ausgeschlossen werden durch einen gesetzlich gebilligten Enterbungsgrund¹⁸⁹. Dieser aber muß im Testamente ausdrücklich angegeben sein und von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werden. Zwar ist dieß in Nov. 115. ausdrücklich nur vorgeschrieben als Bedingung gültiger Ausschließung des Notherben von der Erbeinsetzung. Man könnte demnach glauben, wenn derselbe nur zum Erben eingesetzt sei, so könne ihm doch der Pflichttheil auch ohne Beobachtung jener Vorschriften durch ausdrückliche Verfügung verkürzt werden, wenn nur dieses durch einen nach dem älteren Rechte genügenden Grund gerechtfertigt werden könne. Allein dieß wäre der Absicht des Gesetzes offenbar zuwider; es will, daß ohne Angabe und Bewahrheitung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes ein Notherbe nicht nur von der Erbeinsetzung nicht ausgeschlossen werde, sondern auch jedenfalls seinen ganzen Pflichttheil erhalte¹⁹⁰.

5) Der Pflichttheil der Kinder und Eltern besteht in einer Quote des Vermögensbetrages, welchen sie als Intestaterben erhalten würden, und zwar in einem Dritttheile oder in der Hälfte desselben, je nachdem die Intestaterbfolge höchstens in vier oder in mehr als vier Theile sich spalten würde. So hat Justinian verordnet¹⁹¹, während bis dahin der Pflichttheil ohne Unterschied der Fälle nur ein Viertheil des Intestaterbtheiles betragen hatte¹⁹². Der Grund dieser Unterscheidung ist klar;

¹⁸⁶ Vgl. oben Note 78.

¹⁸⁷ Durch Nov. 115. cap. 4. pr., wie in Beziehung auf das *peculium quasi castrense* der Geistlichen ausdrücklich anerkannt ist in Nov. 123. cap. 19. Vgl. Grande a. a. D. S. 450 fig. Mühlensbruch a. a. D. Bd. 35. S. 216—219.

¹⁸⁸ Vgl. oben Note 9. 76. 77. Cap. 1. in l. de testamentis in Gto.

¹⁸⁹ Vgl. Rechtslegiten Bd. III. S. 895—900. (unten Nr. 56.)

¹⁹⁰ Nov. 115. cap. 5. pr. Vgl. jedoch Grande a. a. D. S. 340. 341.

¹⁹¹ Durch Nov. 18. cap. 1.

¹⁹² §. 3. J. de iust. test. 2. 18. L. 8. §. 8. D. eod. L. 31. Cod. eod.

wenn der Intestaterbtheil durch die Zahl der Concurrenten ohnehin schon klein ausfällt, so soll dieß durch Erhöhung der Quote einigermaßen aufgewogen werden. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob diese Abänderung auch auf den Pflichttheil der Eltern zu beziehen sei? Das Gesetz spricht nämlich zunächst nur von Kindern des ersten Grades, und erklärt erst am Ende, daß dasselbe in Ansehung aller Personen gelten solle, welchen bisher der Anspruch auf die quarta legitima zugestanden ¹⁹³. Darin hat man nun nur eine Ausdehnung auf alle Descendenten finden wollen ¹⁹⁴, deren Vortheil der Gesetzgeber nach der Einleitung des Gesetzes allein im Auge habe, nicht auch auf die Ascendenten und andere Pflichttheilsberechtigzte ¹⁹⁵. Allein mit Recht wird diese Erklärung als unbefugte Einschränkung der klaren und bestimmten Worte des Gesetzes von den Meisten verworfen ¹⁹⁶, zumal da Justinian selbst anderwärts anzudeuten scheint, daß er seine Bestimmung allerdings auch auf den Pflichttheil der Ascendenten beziehe ¹⁹⁷. Auch das ist bestritten worden, daß der Pflichttheil jetzt noch in einer Quote des Intestaterbtheiles (portio portionis ab intestato) bestehe; Einige haben angenommen, derselbe betrage jetzt für alle Pflichttheilsberechtigzte insgesamt jedenfalls ein Dritteltheil, beziehungsweise die Hälfte des ganzen Vermögens des Erblassers, ohne Rücksicht auf die Zahl der concurrirenden Intestaterben. Aber auch diese Ansicht, welche, nur auf strengwörtliche Auslegung des Gesetzes sich gründend ¹⁹⁸, zu ganz ungereimten Ergebnissen führt ¹⁹⁹, wird mit Recht von den Meisten verworfen ²⁰⁰.

¹⁹³ Cap. 1. cit. in f. Hoc observando in omnibus personis, quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. So lautet wunderbarlich genug der Schlußsatz in der versio vulgata.

¹⁹⁴ So hat schon Julian das Gesetz verstanden in der epit. nov. 34. Anders andere byzantinische Juristen: vgl. Heimbach, in der Zeitschr. für Civill. und Proc. XIII. S. 407—415.

¹⁹⁵ Ausführlich und scharfsinnig hat diese Meinung vertheidigt Marejoll, in ders. Zeitschr. I. 11. V. 12.

¹⁹⁶ Vgl. Franke a. a. D. S. 208 flg. Mühlentruch a. a. D. Bd. 35. S. 238—253. Glück a. a. D. Bd. 7. S. 27 flg.

¹⁹⁷ Nov. 89. cap. 12 §. 3. Si vero habuerint aliquos ascendentium, legitimam eis relinquunt partem, quam lex et nos constituimus.

¹⁹⁸ Nov. 89. cap. 1. Si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quatuor, non triuncium eis relinquitur solum, sed etiam propriae substantiae partem; si vero ultra quatuor habuerit filios mediam eis totius substantiae relinquitur partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo. Offenbar rechnet Justinian hier nur deshalb auf diese Weise, weil er sich die Söhne als einzige Intestaterben denkt, und in diesem Falle das Resultat richtig ist. Ebenso macht er's schon in §. 7. J. de inoff. test. 2. 18. rücksichtlich der quarta, die entschieden nur quarta portio ab intestato debita portionis war, und gibt anderwärts zu erkennen, daß er nur diese bisherige quarta zur tercia oder dimidia pars erheben wollte. Nov. 18. cap. 2. Nov. 22. cap. 48. Nov. 39. cap. 1.

¹⁹⁹ Der Pflichttheil eines Ascendenten z. B., der mit mehr als zwei Brüdern der nächste Intestaterbe wäre, würde darnach mehr betragen, als sein Intestaterbtheil.

²⁰⁰ Vgl. Glück a. a. D. Bd. 7. S. 37—52. Franke a. a. D. S. 211 flg. Mühlentruch a. a. D. Bd. 35. S. 256—263.

6) Besteht der Pflichttheil in einer Quote des Intestaterbtheiles, welchen der Pflichttheilsberechtigte bekommen würde, so muß, um die Größe desselben im einzelnen Falle zu bestimmen, vor allem die Größe des Intestaterbtheils ermittelt werden. Zu diesem Zwecke aber muß man alle Personen berücksichtigen, welche den Pflichttheilsberechtigten als Concurrenten bei der Intestaterbfolge beschränken würden, wenn gleich dieselben nicht auch pflichttheilsberechtigt sind. So muß namentlich der rechtmäßig Enterbte in dieser Beziehung mitgezählt werden, obgleich er für sich keinen Pflichttheil in Anspruch nehmen kann²⁰¹; denn er würde bei der Intestaterbfolge durch seine Concurrenten den Erbtheil der pflichttheilsberechtigten Miterben verkleinern, und ganz ohne Grund wollen Manche hier auf den Enterbten gar keine Rücksicht nehmen, weil er in ganz anderer Beziehung pro mortuo habetur²⁰². Ebenso müssen auch Andere, welche gleiches Intestaterbrecht, aber kein Pflichttheilsrecht haben, mitgezählt werden, z. B. der minus plene adoptatus neben anderen Kindern, Geschwister neben den Eltern; nicht minder derjenige, welchem wegen Unwürdigkeit die Erbschaft entzogen würde, ausgenommen, wenn dieß zum Vortheile der Miterben der Fall wäre, in welchem Falle der Erbtheil der letzten durch das Miterbrecht des ersten in der That keine Schmälerung erleidet²⁰³. Auch die dürftige Wittve ist mitzuzählen, als welche nicht nur zur Intestaterbfolge mitberufen wird, sondern ihren gesetzlichen Erbtheil sogar als Pflichttheil trotz dem Testamente in Anspruch nehmen kann, wenngleich ihr derselbe auch durch Vermächtniß zugewendet werden darf²⁰⁴. Dagegen kann derjenige, welcher schon bei Lebzeiten des Erblassers, nicht erst nach dessen Tode²⁰⁵, auf sein künftiges Erbrecht gültig Verzicht geleistet hat, was freilich nach römischem Rechte nicht stattfindet²⁰⁶, gar nicht mehr in Betracht kommen, da er durch jenen Verzicht aus der Reihe der Intestaterben völlig ausgeschieden ist²⁰⁷.

²⁰¹ Exheredatus partem facit. L. 8. §. 8. D. de inoff. test.

²⁰² L. 5. §. 2. D. de coniung. cum emanc. lib. 37. 8. Cf. L. 10. §. 4. D. de h. p. c. t. 37. 4. Hier wird dem enterbten Sohne die Theilnahme an der bonorum possessio contra tabulas abgesprochen. Vgl. Glüd a. a. D. S. 125—129. Grande a. a. D. S. 212—215.

²⁰³ Mühlbruch a. a. D. S. 263—265.

²⁰⁴ B. V. S. 697. (oben S. 61. fg.) Inconsequent ist es, wenn Manche auf diese Concurrenten der Wittve gar keine Rücksicht nehmen wollen, indem darnach der Intestaterbtheil der Pflichttheilsberechtigten offenbar zu hoch angenommen wird. Wenn dagegen Andere den der Ehegattin gebührenden Erbtheil als Schulds von der Masse abziehen, so führt dieß in der hier in Frage stehenden Beziehung zu demselben Resultate. Uebrigens ist dasselbe, was von dem Erbrecht der dürftigen Wittve gilt, auch auf die deutschrechtliche statistaria portio der überlebenden Ehegattin anzuwenden. Vgl. Glüd a. a. D. S. 100 fg. Mühlbruch a. a. D. S. 170 fg. und unten Note 209. 358—360.

²⁰⁵ Glüd a. a. D. S. 137—139.

²⁰⁶ L. 16. D. de suis et legit. 38. 16. L. 3. Cod. de collat. 6. 20. Cf. L. 35. §. 1. Cod. de inoff. test. 3. 28. Vgl. jedoch L. 1. §. 3. D. si quis a parente manum. 37. 12.

²⁰⁷ Grande a. a. D. S. 217—219. Mühlbruch a. a. D. S. 265—270. Jedoch sind Viele anderer Meinung, Glüd a. a. D. S. 130—137.

7) Dieselben Personen, welche als concurrirende Intestaterben in Betracht kommen, um die Verhältnißzahl für den Intestaterbtheil des Pflichttheilsberechtigten zu bestimmen, müssen auch mitgezählt werden, wenn sich fragt, ob nun der Pflichttheil ein Drittheil oder die Hälfte dieses Intestaterbtheils ausmache? Daher die Regel: *exheredatus partem facit ad minuendam legitimam, numerum facit ad augendam legitimam*²⁰⁸. Einige Schwierigkeit macht hier freilich das Erbrecht der dürftigen Wittve. Der Erbtheil derselben soll nämlich höchstens 100 Pfund Goldes betragen, kann also möglicher Weise viel weniger betragen, als ein Kopf- oder Stammtheil der übrigen Intestaterben, und man könnte nun Anstoß daran nehmen, daß der Zutritt einer fünften Intestaterbin, die doch nur einen kleineren Intestaterbtheil in Anspruch nehmen kann, dieselbe Wirkung zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten haben solle, als wenn noch ein völlig gleichberechtigter Concurrent vorhanden wäre. Allein diese Incongruenz der Zahlenverhältnisse kann uns nicht berechtigen, daß wir nun umgekehrt einen solchen Concurrenten zum Nachtheile des Pflichttheilsberechtigten für keinen ansehen, und diesem nur Anspruch auf ein Drittheil geben, als ob nur drei andere mit ihm concurrirten, während doch mehr als drei Concurrenten vorhanden sind²⁰⁹.

8) Schwierig ist die Anwendung des in Nov. 118. aufgestellten Berechnungsprincips, wenn Enkel oder Urenkel u. s. w. allein oder mit Kindern des ersten Grades zusammen die nächsten Intestaterben wären. Es ist offenbar verkehrt, hier allein auf die Zahl sämmtlicher Concurrenten Rücksicht zu nehmen, um zu entscheiden, ob der Pflichttheil ein Drittheil oder die Hälfte des Intestaterbtheiles sei; denn wenn z. B. ein Sohn mit den Kindern eines anderen Sohnes zusammentrifft, so ist es für jenen ganz gleichgiltig, ob die Zahl der letzten größer oder geringer ist, da sein Intestaterbtheil jedenfalls die Hälfte befaßt; also fehlt es an jedem Grunde, ihm eine höhere Quote desselben als Pflichttheil zuzupprechen, wenn vier oder mehr Neffen mit ihm zusammentreffen, die doch ihm gegenüber nur einen Stamm bilden. Daher haben die Meisten angenommen, es komme nur auf die Zahl der Stämme an, deren jeder einen Sohn oder eine Tochter repräsentire²¹⁰, und nur in dem Falle, wenn bloß Enkel eines Stammes vorhanden sind, haben Viele dennoch die Zahl der Enkel für entscheidend gehalten²¹¹. Das

²⁰⁸ Bgl. Note 201. 202.

²⁰⁹ Bgl. Mühlbruch a. a. D. S. 271.

²¹⁰ Bgl. Glüd a. a. D. S. 60—63. Möller, vom Pflichttheil II. S. 56 ff. Valet, Nothbenrecht §. 46. Thibaut, Band. §. 811. Seuffert, Band. §. 653.

²¹¹ S. Glüd a. a. D. S. 64 65.

Letzte ist offenbar inconsequent und führt zu dem absurden Resultate, daß fünf Enkel, wenn sie ganz allein sind, die Hälfte ihres Intestaterbtheiles als Pflichttheil fordern können, wenn aber noch drei Söhne außer ihnen vorhanden sind, die ihren Intestaterbtheil schon um $\frac{3}{4}$ verkleinern, nur ein Dritteltheil desselben. Das erste dagegen scheint ganz angemessen. Sowie die Enkel von einem Sohne zusammen den Intestaterbtheil ihres verstorbenen Vaters bekommen, so haben sie auch zusammen Anspruch auf den Pflichttheil, welcher diesem gebührt hätte, wovon dann für jeden derselben sein Antheil zu berechnen ist; mehr könnten sie ja auch als Erben ihres Vaters nicht in Anspruch nehmen. Auch schließt sich diese Meinung ganz leicht an die Bestimmung des Gesetzes selbst an, indem sie nur den Pflichttheil, der sich nach diesem für je ein Kind des ersten Grades ergibt, auf die von diesem abstammenden Kinder entfernteren Grades herunterfallen läßt. Allein Andere finden es dem Geiste des Gesetzes zuwider, daß auf die Zahl der Enkel eines Stammes nichts ankomme, daß also der Pflichttheil der fünf Enkel von fünf Söhnen die Hälfte, der Pflichttheil der zwölf Enkel von einem Sohne nur ein Dritteltheil des Intestaterbtheiles sein soll, während doch hier der letzte schon für jeden viel kleiner ist wie dort. Vielmehr, behauptet man, sei, was für das Ganze festgesetzt ist, analog auch wieder auf jeden Stammtheil anzuwenden, also, wenn dieser für sich wieder in mehr als vier Theile sich spalte, ebenfalls der Pflichttheil der Descendenten dieses Stammes auf die Hälfte zu erhöhen, wenngleich der Stämme oder Haupttheile nicht mehr als vier sind²¹². Demnach würde der Pflichttheil der vier Enkel eines Stammes nur $\frac{1}{3}$ ihres Intestaterbtheiles ausmachen, d. i. $\frac{1}{24}$ der Erbschaft für jeden, der Pflichttheil der fünf Enkel des anderen Stammes aber $\frac{1}{2}$ ihres Intestaterbtheiles, also $\frac{1}{20}$ der Erbschaft für jeden derselben, und wenn vier Enkel von einem Sohne mit drei anderen Söhnen zusammenträfen, so würde jeder von jenen auch nur $\frac{1}{3}$ seines Intestaterbtheiles, der nur $\frac{1}{16}$ der Erbschaft beträgt, also $\frac{1}{48}$ verlangen können; wenn aber mit einem Sohne fünf Enkel von einem anderen Sohne concurrirten, so würde jedem von diesen $\frac{1}{2}$ seines Intestaterbtheiles, der doch $\frac{1}{10}$, also mehr als dort, beträgt, d. i. $\frac{1}{20}$ der Erbschaft als Pflichttheil gebühren. Befriedigender ist daher die Meinung derjenigen, welche annehmen, daß der Pflichttheil allemal auf die Hälfte des Intestaterbtheiles steige, wenn dieser selbst weniger als $\frac{1}{4}$ der ganzen Erbschaft ausmache, wornach denn schon bei der Concurrentz von drei Enkeln eines Stammes mit

²¹² Mühltenbruch a. a. O. S. 272—276.

einem Sohne der Pflichttheil der ersten in der Hälfte ihres Intestat-erbttheiles (= $\frac{1}{12}$ der Erbschaft) bestände, während der Sohn nur $\frac{1}{3}$ seines Intestaterbttheiles (= $\frac{1}{6}$ der Erbschaft) begehren könnte²¹³. Dasselbe Princip muß übrigens auch bei der Berechnung des Pflichttheils der Ascendenten zur Anwendung kommen, sei es daß sie in lineas oder in Concurrrenz mit Geschwistern und Geschwisterkindern in capita (beziehungsweise in stirpes) theilen würden²¹⁴.

9) Um den Vermögensbetrag des Pflichttheils im einzelnen Falle festzustellen, muß der Gesamtwertb des Vermögens, von welchem derselbe zu gewähren ist, nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes des Erblassers ausgemittelt werden²¹⁵; durch eine später erst eintretende Vermehrung oder Verminderung des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens des Erblassers wird der Vermögensbetrag des Pflichttheils an sich nicht erhöht oder vermindert. Jenes aber muß in derselben Weise geschehen, wie es zum Zwecke der Berechnung des falcidischen Viertheils geschieht²¹⁶, wobei es ja auch auf den Zeitpunkt des Todes ankommt²¹⁷. Es müssen also auch hier, nachdem man den Gesamtbetrag der Activa des Vermögens aufgefunden hat, davon vor allem die Schulden und die Kosten der Leichenbestattung abgezogen werden²¹⁸. Die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse aber werden natürlich nicht abgezogen, da sie noch zum Vermögen, das der Erblasser zur Todeszeit hinterläßt, gehören und durch sie eben der Pflichttheil beeinträchtigt werden kann; vielmehr muß gleich dem Gegenstande der eigentlichen Vermächtnisse auch alles dasjenige noch bei Berechnung des Gesamtvermögens mit in Anschlag kommen, was erst durch den Tod des Erblassers unwiderruflich einem Anderen aus dessen Vermögen erworben wird, wie die Schenkung auf den Todesfall oder Schenkung an den Ehegatten²¹⁹. Uebrigens kann der Pflichttheilsberechtigte verlangen, daß zur Feststellung des Vermögensbetrages ein ordnungsmäßiges Inventar aufgenommen werde, und dieses Recht kann ihm auch durch eine im Testamente enthaltene eidliche

²¹³ Schömann, Handb. II. S. 75 fg., Franke a. a. D. S. 221 fg. (welche jedoch Mühlenbruch für übereinstimmend mit seiner Meinung hält), Weber zu Höpfer S. 473 b, am bestimmtesten v. Vangerow, Pand. §. 475.

²¹⁴ Ueber verschiedene Meinungen Anderer vgl. Glüd a. a. D. S. 51—60.

²¹⁵ L. 6. Cod. de inoff. test. 3. 28. Quum quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur. Cf. L. 44. §. 2. D. de bonis libert. 38. 2.

²¹⁶ Vgl. Rechtslegikon Vb. VI. S. 313. 314. (oben S. 453.) Note 278—290.

²¹⁷ §. 2. J. de lege Falcid. 3. 22.

²¹⁸ L. 8. §. 9. D. de inoff. test. Cf. §. 3. J. l. c. Nach römischem Rechte wurde auch hier der Werth der freigelassenen Sklaven bei Abschätzung des Vermögens nicht mit in Anschlag gebracht. L. 8. §. 9. cit. Vgl. Rechtslegikon Vb. VI. S. 314. (oben S. 451.) Note 293. Mühlenbruch a. a. D. Vb. 35. S. 288.

²¹⁹ L. 5. 12. Cod. ad leg. falcid. 6. 50.

Schätzung des Vermögens nicht benommen werden. Zwar verordnet Justinian, daß die Erben unter sich eine solche Angabe anerkennen sollen²²⁰; aber so wenig die Gläubiger der Erbschaft dieser Angabe Glauben zu schenken gehalten sind²²¹, ebensovienig können die Pflichttheilsberechtigten als solche daran gebunden sein, indem sie ein von der Willkür des Erblassers unabhängiges Recht in Anspruch nehmen, welches auf jene Weise absichtlich oder unabsichtlich leicht geschmälert werden könnte.

10) Der Pflichttheil kann dem Berechtigten sowohl durch Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall als durch Erbeinsetzung, und so denn auch zum Theil durch diese, zum Theil durch jene zugewendet werden²²². Alles was demselben auf den Todesfall aus dem Vermögen des Erblassers zugewendet wird, muß er sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen, wenn dieß auch in der betreffenden Verfügung nicht ausgesprochen ist. Aber auch nur das, was ihm aus dem Vermögen des Erblassers zukommt, kann ihm angerechnet werden, also z. B. nicht, was ihm conditionis implendae causa von einem Anderen gegeben wird²²³, oder was er durch Pupillarsubstitution als Erbe des Kindes, nicht des Vaters, erhält, und nur das, was er durch eine ihn bedenkende Zuwendung des Erblassers, also z. B. nicht, was er zufällig als Erbe des Erben erlangt²²⁴. Wenn nun die Frage entsteht, ob dasjenige, was dem Berechtigten zugewendet ist, dem Betrage des Pflichttheiles gleichkomme oder wie weit es denselben decke, so muß auch dieses nach seinem Werthe zur Zeit des Todes geschätzt werden, ebenso wie bei Berechnung der Falcidia auch der Werth der Legate nach der Todeszeit zu schätzen ist; der Pflichttheilsberechtigte muß zufrieden sein, wenn er zur Todeszeit mit der gesetzlichen Quote von dem jetzt vorhandenen Vermögen bedacht ist. Ob der Werth der ihm zugedachten Vermögensobjecte durch spätere zufällige Umstände zu- oder abnimmt, das kann auf die Entscheidung darüber, ob und wie weit sein Pflichttheil dadurch gedeckt sei, ebensovienig Einfluß haben, als die Berechnung seines Betrages durch spätere Mehrung oder Minderung des ganzen erbchaftlichen Vermögens verändert wird. Hieraus ergibt sich nun von selbst, daß es einer Berechnung des Pflichttheiles gar nicht bedarf, wenn dem Berechtigten der ganze Pflichttheil unbeschwert durch Erbeinsetzung zugewendet ist, wenn er ohne andere Belastung ausdrücklich auf ein Drittheil beziehungsweise

²²⁰ Nov. 48. cap. 1.

²²¹ Nov. 48. cap. 2.

²²² §. 6. J. de inoff. test. L. 8. §. 6. D. eod. L. 33. pr. Cf. L. 36. pr. Cod. eod.

²²³ Arg. L. 36. 38. D. de m. c. donat. 39. 6. Nicht entgegen L. 8. §. 10. D. de inoff. test.

²²⁴ Arg. L. 36. pr. Cod. l. c.

die Hälfte seines Intestaterbtheils oder auch schlechthin auf seinen Pflichttheil zum Erben eingesetzt ist. Denn alsdann ist es durch das bloße Zahlverhältniß seines testamentarischen Erbtheiles entschieden, daß er mit dem gehörigen Theile des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens wirklich bedacht worden sei, und wenn ihn auch als Miterben zu seinem Theile die später eintretende Vermögensminderung der Erbschaft mitbetrifft, so kann er deswegen nicht behaupten, daß ihm nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen worden sei, sowie andererseits nicht behauptet werden kann, daß er mehr als den Pflichttheil erhalten habe, wenn das erbchaftliche Vermögen, und somit auch sein Erbtheil später einen Zuwachs erhalten hat²²⁵. Wenn dagegen dem Pflichttheilsberechtigten bestimmte Vermögensgegenstände vermacht worden sind, so müssen diese nach ihrem Werthe zur Todeszeit geschätzt werden, um zu erkennen, inwieweit dadurch seinen Pflichttheilsansprüchen Genüge geleistet sei, und auch hier kann er dann nicht mehr, als nach dem dormaligen Werthe am Pflichttheil noch fehlte, fordern, wenn jener Werth später eine Minderung erleidet; es kann ihm aber auch nicht angerechnet werden, wenn derselbe durch irgend einen Zuwachs, z. B. Früchte oder Alluvion und ähnliche Accessionen oder auch durch Preisveränderung später erhöht wird, so wenig, wie es seinen Anspruch ändert, wenn das Werthverhältniß jener Gegenstände zu dem Gesamtbetrage des Vermögens durch eine später eintretende Mehrung oder Minderung des letzten geändert wird. Aber natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß ihm die fraglichen Vermögensgegenstände auch rechtsgiltig und unentziehbar wirklich erworben seien. Wenn ihm daher das Gegebene später evincirt wird, so kann er allerdings Ersatz dafür fordern, so weit ihm nur an dem Pflichttheile etwas fehlt, indem er nur scheinbar das Gebührende erhalten hat²²⁶; und auch dabei kann ihm als Ersatz nicht angerechnet werden, was er etwa durch Zuwachs des

²²⁵ Franke a. a. D. S. 226 fig. Gänzlich verfehlt ist, was Mühlenthal a. a. D. S. 277—282. dagegen bemerkt. Er behauptet, der ausdrücklich auf den Pflichttheil Eingesezte gewinne nicht durch den Zuwachs der Erbschaft, und verliere nicht durch den Abgang, der auf die Pflichttheilsquote, ohne diese als solche zu bezeichnen, Eingesezte aber nehme zwar an der Vermögensvermehrung Theil, werde aber von der Verminderung nicht betroffen. Aber er vergißt uns zu sagen, auf welchen Zeitpunkt es denn hier ankomme? auf den der Erbschaftsantretung? warum? Der Eingesezte kann ihn ja willkürlich verschieben; oder auf den der Erbtheilung? Die Erben können ja willkürlich lange in Gemeinschaft bleiben; oder soll der Eingesezte für alle Zeit, wenn das Erbschaftsgut eine Minderung erleidet, dafür Ersatz von den Miterben fordern können? Mühlenthal stützt sich auf L. 44. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2., aber diese Stelle beweist nach richtiger Erklärung nicht für, sondern gegen ihn. Non potest, sagt sie, patronus propterea queri, quod minus habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus; also war der Patron nicht auf den (ganzen) Pflichttheil eingesetzt; und wenn er sich nur beschwert, daß er minus habeat in servo, so muß er doch einigen Antheil an dem Sklaven haben, nämlich nach Maßgabe des geringeren Erbtheiles, zu dem er wirklich eingesetzt ist.

²²⁶ L. 36. pr. Cod. de inoff. test.

wirklich Erworbenen (*iure adventitio*) mehr gewonnen hat, als dieses ursprünglich werth war²²⁷. Aus demselben Gesichtspunkte erklärt sich wohl auch, daß dem Pflichttheilsberechtigten auch das nicht angerechnet werden soll, was er hinterher durch Substitution, namentlich wechselseitige, oder Anwachsungsrecht zu dem ursprünglich ihm angewiesenen Erbtheil oder Vermächtniß hinzu erworben hat; denn dieses ist nur als eine durch zufällige Umstände herbeigeführte Accession des letzten anzusehen, welche zur Zeit des Todes als etwas ganz Ungewisses nicht in Anschlag kommen konnte, wenn nicht schon damals der Fall der Substitution oder Anwachsung eingetreten war²²⁸.

11, Was dem Notherben schon bei Lebzeiten des Erblassers, nicht *mortis causa*, aus dessen Vermögen zugewendet ist, wird ihm regelmäßig in den Pflichttheil nicht eingerechnet. Diese Regel leidet jedoch eine Ausnahme in Ansehung der Schenkung unter Lebenden, wenn dieselbe mit dieser Bestimmung gegeben worden ist²²⁹, in Ansehung der *dos* und *propter nuptias donatio*, welche der Notherbe von dem Erblasser als seinem Ascendenten früher erhalten hat²³⁰, und in Ansehung des Werthes der *militia*, welche der Erblasser dem Notherben gekauft oder zu deren Ankauf er ihm das Geld gegeben hatte²³¹. Einige wollen außerdem alle Schenkungen anrechnen, wenn einem anderen Pflichttheilsberechtigten *dos* oder *donatio propter nuptias* angerechnet werde²³²; aber diese Meinung beruht lediglich auf einem nicht nur an sich unzulässigen, sondern auch von Justinian ausdrücklich für verwerflich erklärten

²²⁷ L. 36. pr. cit.: *repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris non si quid ex aliis causis lucratus est.*

²²⁸ L. 36. pr. cit.; *vel ex substitutione vel ex iure accrescendi, utputa ususfructus; humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi iure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri.* Ueber diese Stelle vgl. besonders Donell. comment. lib. XIX. cap. 4. §. 35. *Frande a. a. D. S. 230—235.* Mühlenthal a. a. D. S. 295—301. Der erste will sie lediglich auf den Fall fideicommissarischer Substitution bei Vermächtnissen und auf das *ius accrescendi* beim Nießbrauch beziehen, also auf Fälle, wo der Pflichttheilsberechtigte nur mittelbar das einem Anderen zuvor Erworbene erhalte. Die beiden anderen verstehen sie bloß von eigentlicher Substitution (*substitutio vulgaris*) und dem Anwachsungsrechte überhaupt, aber beides nur mit Beschränkung auf Vermächtnisse. Einen genügenden inneren Grund für diese Beschränkung führen sie nicht an, und Mühlenthal räumt sogar ein, daß es keinen gebe; denn wer könnte Justinian's Anordnung wohl mit Recht als eine unverständige tabeln, wenn seine Meinung in der That ganz unbedingt darauf gegangen wäre, daß der Notherbe nichts von dem einrechnen dürfe, dessen Erwerb für ihn von bloßen Zufälligkeiten abhängt?

²²⁹ §. 6. J. de inoff. test. L. 25. pr. D. h. t. L. 35. §. 2. Cod. h. t.

²³⁰ L. 29. Cod. h. t. von Geno. Anders nach älterem Rechte: L. 4. Cod. Gregor. h. t.

²³¹ L. 30. §. 2. Cod. h. t. von Justinian. Vgl. Rechtslegikon Bd. III. S. 846. (oben S. 274.) Note 201. Ohne Grund hat man dieß allgemein anwenden wollen, wenn überhaupt etwas zum Ankauf einer künftigen Sache gegeben sei. Schweppé, Privatrecht §. 960.

²³² Glück a. a. D. S. 95., in Uebereinstimmung mit Westphal, von Testamenten §. 394 b—396. Vgl. auch Cuicé. ad §. 6. J. l. c. not. 15. opp. I. p. 120.

Schlusse von der Collationsverbindlichkeit auf das Pflichttheilsrecht²³³. Ebenso ist es denn auch ungegründet, in den Pflichttheil einzurechnen, was ein Ascendent dem Notherben zu seiner Ausstattung oder zur Einrichtung einer gesonderten Wirthschaft hergegeben hat, oder den Enkeln anzurechnen, was ihrem vorverstorbenen parens könnte auf dessen Pflichttheil angerechnet werden oder von diesem zu conferiren wäre²³⁴. Von selbst übrigens versteht es sich, daß, wenn eine bei Lebzeiten geschehene Zuwendung dem Notherben in seinen Pflichttheil eingerechnet wird, der Betrag derselben auch bei der Vermögensschätzung mit in Anschlag kommen muß, um die Größe des Pflichttheiles zu bestimmen, indem es in der einen Beziehung sowohl wie in der anderen so anzusehen ist, als ob dieser Vermögensbetrag noch zur Zeit des Todes in der Erbschaft sich vorfände.

12) Dasjenige, was nach den bisherigen Bestimmungen dem Notherben zur Befriedigung seiner Pflichttheilsansprüche zur Todeszeit noch gebührt, muß demselben vollständig, ohne Beschränkung durch Zeitfristen und Bedingungen und ohne Belastung mit anderen Auflagen, sofort gewährt werden. Nach älterem Rechte hatte die Schmälerung des Pflichttheils durch dergleichen Nebenbestimmungen und Auflagen die Folge, daß der Notherbe, ebenso wie wegen jeder anderen Schmälerung das Testament durch *inofficiosi querela* anfechten konnte. Nachdem aber Justinian verordnet hatte, daß überhaupt wegen bloßer Schmälerung, nicht völliger Vorenthaltung, des Pflichttheiles jene Klage nicht mehr stattfinden, sondern nur Ergänzung des Pflichttheils gefordert werden sollte²³⁵, so wollte er consequent auch wegen einer Schmälerung der oben bezeichneten Art nicht mehr Ungiltigkeit des Testaments eintreten lassen, und da nun hier der Mangel sich auf keine andere Art leichter beseitigen ließ, so bestimmte er, daß jede solche Nebenbestimmung einer zu Gunsten des Notherben getroffenen Verfügung, so weit dadurch die Entrichtung des Pflichttheils ins Ungewisse gestellt oder verzögert oder in ihrer

²³³ L. 20. pr. Cod. de collat. 6. 20. Regula ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur, minime e contrario stenebit, ut possit quis dicere etiam illa, quae conferuntur, omnimodo in quartam partem bis computari, qui ad *inofficiosi querelam* vocantur. Ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est. Erst in L. 20. §. 1. l. c. folgt dann die Bestimmung über Collation der Schenkungen unter der gegebenen Voraussetzung; es ist aber nirgendwo, insbesondere auch nicht im mindesten in §. 6. J. cit., specialiter expressum, daß dieselben im ähnlichen Falle in den Pflichttheil einzurechnen seien, und dieß ist daher um so weniger anzunehmen, da der letzte Fall dem ersten in der That gar nicht einmal analog ist. Vgl. Grande a. a. D. S. 239 bis 242. Mühlbruch a. a. D. S. 305—315.

²³⁴ Grande a. a. D. S. 242 ff.

²³⁵ L. 30. 31. Cod. h. t.

Wirkung verkürzt würde, schlechthin ungiltig sein sollte²³⁶. Der ganze Pflichttheil soll sofort und unverkürzt entrichtet werden, und die Beschränkung gilt nur in Ansehung des Uebrigen, sofern die Verfügung mehr als den Pflichttheil begreift. Wenn daher z. B. einem Erben die künftige Restitution der Erbschaft an den Notherben auferlegt ist, so muß diesem der Pflichttheil sofort übergeben werden und nur in Betreff des übrigen Theiles der Erbschaft tritt die fideicommissarische Restitution erst später ein²³⁷; oder wenn der Notherbe zum Erben eingesetzt, der Wittve des Erblassers aber der Nießbrauch der Erbschaft hinterlassen ist, so erhält jener den Pflichttheil frei vom Nießbrauche, dieser beschränkt sich auf die übrigen Erbtheile²³⁸, und wenn dem eingesetzten Notherben ein Universal-fideicommiss auferlegt ist, vermöge dessen er die Erbschaft später, etwa zur Zeit seines Todes, einem Anderen restituiren soll, so hat er das Recht, die Pflichttheilsquote der Erbschaft jedenfalls rein und unbeschwert für sich zu behalten, wenngleich er durch den Fruchtgenuß der ganzen Erbschaft bis zu deren Restitution so viel gewinnen könnte, daß es dem Pflichttheile und dessen Früchten gleichkommt²³⁹. Aus der Vorschrift der L. 32. Cod. h. t. ergibt sich ferner von selbst, daß jede Bedingung der Erbeinsetzung des Notherben ungiltig und für nicht hinzugefügt zu achten sei, insofern durch diese Erbeinsetzung demselben der Pflichttheil zugewendet wird²⁴⁰. Dieß kann jedoch auf eine Vulgarsubstitution des Notherben keine Anwendung finden, so daß man etwa diese als eine gewöhnliche bedingte Erbeinsetzung ansehen und nun die Bedingung als nicht

²³⁶ L. 32. Cod. h. t. Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento aditum esset.

²³⁷ L. 36. §. 4. Cod. h. t.

²³⁸ Nov. 18. cap. 3.

²³⁹ Nach L. 8. §. 11. D. h. t. sollte in diesem Falle die Querele ausgeschlossen sein, quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere; aber im Zusammenhange des Justinianischen Rechtes muß man dieß buchstäblich dahin verstehen, daß nur die querela nicht stattfindet; cf. L. 6. pr. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. und ebenso muß denn auch in dem Falle, wenn mehreren eingesetzten Notherben wechselseitig solche Fideicommissie auferlegt sind, was übrigens zulässig ist, der Pflichttheil jedes einzelnen von der fideicommissarischen Restitution ausgenommen werden. Vgl. L. 12. Cod. h. t. und darüber Glück a. a. D. S. 76—79. Mühlensbruch a. a. D. S. 323—328.

²⁴⁰ Es wird hierbei an diesem Orte noch gar nicht in Betracht gezogen, inwiefern eine bedingte Einsetzung der Vorschriften der Nov. 115. genüge. Obige Bemerkung betrifft nur die Erbeinsetzung als Mittel der Hinterlassung des Pflichttheiles. Es ist ja möglich, daß der Vorschrift der Nov. 115. durch eine unbedingte Erbeinsetzung auf einen kleinen Theil oder auf irgend eine einzelne Sache schon vollkommen genügt sei, und zudem noch eine andere bedingte Erbeinsetzung desselben Notherben angeordnet werde, deren es bedarf, um den ganzen Pflichttheil ihm zu verschaffen. Hier ist die letzte, so weit sie den Pflichttheil erfüllen muß, nach L. 32. cit. als unbedingte giltig, rückständig des Ueberrestes als bedingte. Vgl. übrigens Glück a. a. D. S. 74 flg. Mühlensbruch a. a. D. S. 330—333. und besonders Buchholz, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proc. XIII. S. 339—351.

hinzugefügt behandeln könnte, wodurch der Substitut in die Reihe der instituti hinaufgerückt würde. Vielmehr kommt diese Vulgarsubstitution, wenn nicht der institutus schon zur Todeszeit weggefallen ist, als Mittel der Hinterlassung des Pflichttheiles gar nicht in Betracht; demjenigen, der nur als Substitut eingesetzt und sonst gar nicht bedacht ist, ist noch kein Theil des Pflichttheiles hinterlassen und daher ist es ihm auch auf den Pflichttheil nicht anzurechnen, wenn er hinterher als Substitut noch einen Erbtheil erlangt²⁴¹. — Uebrigens ist es eine ganz grundlose Meinung, wenn Manche auch darin schon eine Pflichttheilsbeschwerung, die sich der Berechtigte nicht gefallen zu lassen brauche, finden wollen, wenn dieser auf bestimmte Sachen angewiesen werde, indem ihm an den sämtlichen Gütern des Erblassers ein dem Pflichttheil gemäßer Antheil gebühre²⁴². Diese Meinung geht von der Ansicht aus, daß der Pflichttheil nicht in einer Quote des Vermögensbetrages der Erbschaft bestehe, sondern ein durch die Gesetze bestimmter und gegebener Erbtheil sei, der mit den sämtlichen Bestandtheilen der Verlassenschaft in einer verhältnißmäßigen Verbindung stehe und sich nach der Proportion seines Betrages auf alle Stücke des Nachlasses erstrecke: eine Ansicht, die so augenscheinlich falsch ist, mit den klarsten gesetzlichen Bestimmungen vom Pflichttheile in so grellem Widerspruche steht, daß man kaum begreift, wie sie entstehen konnte, und kaum weiß, wie man sie widerlegen soll, wenn sie Jemand im Angesichte der entscheidendsten Aussprüche der Gesetze²⁴³ noch zu behaupten versucht²⁴⁴.

13) Wenn nun auch Beschränkungen und Auflagen des Pflichttheils an sich ungiltig sind, so kann doch der Erblasser indirekt bewirken, daß der Berechtigte sich dieselben gefallen lassen muß, wenn er nicht auf die Aussicht größeren Vortheiles verzichten will. Es kann nämlich zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten eine Verfügung getroffen werden, welche denselben unmittelbar mehr gewährt oder die Aussicht auf mehr eröffnet, als an sich zur Befriedigung seiner Pflichttheilsansprüche erforderlich wäre, und zwar unter einer das Ganze betreffenden Beschränkung oder Auflage, mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß er, wenn er sich dieser An-

²⁴¹ Vgl. oben Note 228.

²⁴² S. Glück a. a. D. S. 117—119. und die dort angeführten Schriftsteller.

²⁴³ J. B. L. 33. pr. Cod. h. t. Si quis relinquat — legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso etc. L. 36. pr. ibid.: emendari vitium et vel aliam rem vel pecunias restitui vel repletionem fieri; §. 3. J. h. t. Si vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, etc.; und besonders Nov. 115. cap. 5. pr., welche man ganz willkürlich deutet.

²⁴⁴ Vgl. dagegen Müllersbruch a. a. D. S. 328—330. Eine andere Frage ist, ob der Pflichttheilsberechtigter, der gegen die Erben Ergänzung des Pflichttheils in Anspruch nimmt, genöthigt sei, bestimmte Sachen, die ihm nicht der Erblasser angewiesen hat, dazu anzunehmen. Dieß ist zu verneinen.

ordnung nicht unterwerfen wolle, bloß auf den Pflichttheil eingeschränkt sein solle, oder auch umgekehrt, es kann ihm der Pflichttheil vollständig und unbeschwert hinterlassen, dann aber noch sonst ein Vortheil zugewendet werden unter der Bedingung, daß er sich eine den Pflichttheil betreffende Beschwerde gefallen lasse. Dieß ist die sogen. *Cautela Socini*, so genannt nach dem Namen des Juristen Marianus Socinus des Jüngern aus Siena († 1556), der aber mit Unrecht oft für den Entdecker dieses Ausweges angesehen worden ist, sondern nur die Zulässigkeit desselben in einem Gutachten über ein Testament, worin eine solche Verfügung enthalten war, ausführlich vertheidigt hat²⁴⁵. Die Gültigkeit der Clausel ist denn auch nicht zu bestreiten. Der Rotherbe hat ein Recht, den Pflichttheil frei und unbeschwert zu verlangen; dieses Recht wird ihm durchaus nicht verkümmert, er kann denselben sofort in Anspruch nehmen. Aber er kann darauf auch nach Belieben verzichten, und wenn ihm nun unter der Bedingung solchen Verzichtes etwas hinterlassen wird, worauf er keinen Anspruch machen kann, so ist dieß eine Verfügung unter einer erlaubten möglichen Bedingung, deren Gültigkeit nichts im Wege steht, nachdem durch die unbeschwerte Hinterlassung des Pflichttheiles dem gesetzlichen Ansprüche des Berechtigten an sich Genüge geschehen ist. Will er sich der Anordnung des Erblassers nicht unterwerfen, so erhält er vollständig und sofort was ihm gesetzlich gebührt, aber nicht mehr; erkennt er dagegen jene freiwillig an, so gilt nunmehr diese nach ihrem ganzen Inhalte, ebenso als wenn sonst irgend eine letztwillige Verfügung von der Verzichtleistung des Bedachten auf ein anderes ihm zustehendes Recht abhängig gemacht ist. Es ist auch kein genügender Grund vorhanden, davon eine Ausnahme zu machen in dem Falle, wenn die dem Pflichttheilsberechtigten auferlegte Beschränkung darin besteht, daß er nicht auf Errichtung eines Inventars oder eidliche Specificirung der Erbschaft bestehen, widrigenfalls auf den Pflichttheil beschränkt sein solle²⁴⁶. Allerdings muß der Pflichttheil dem Berechtigten, wenn dieser will, in jeder Beziehung ungeschmälert gegeben sein; aber das ist hier wirklich der Fall, er braucht nur zu wollen, so bekommt er den Pflichttheil ungeschmälert, nur nicht mehr. Und allerdings kann die *Cautel* keine Auflage rechtfertigen, welche augenscheinlich das Pflichttheilsrecht kränkt; aber das ist hier auch gar nicht der Fall, da es nur von ihm abhängt, den ganzen Pflichttheil sofort zu erhalten. Zwar kann Gefahr vorhanden sein, daß

²⁴⁵ Runde, progr. de usu longaevo cautelaе quam vocant Socini ante ipsum Socinum. Cassel 1776. Koch, über die Socinische Cautel. Gießen 1786. Glück a. a. D. S. 86—92. Franke a. a. D. S. 247—250.

²⁴⁶ So nehmen mit Anderen an Glück a. a. D. S. 89. 90. Franke a. a. D. S. 249.

der Berechtigte durch die ihm angewiesene Sache nicht den vollen Betrag seines ihm gebührenden Pflichttheils erhalte; aber wenn er diese Gefahr fürchtet, so kann er das Sichere vorziehen und mit dem Pflichttheile nach vorzulegendem Inventar sich begnügen. Zudem kann man nicht einmal behaupten, daß jenes zu beurtheilen immer nur durch ein Inventarium der Erbschaft möglich gemacht werde, und wenn es wahr ist, so kann doch immer nur behauptet werden, daß die Disposition, welche diese Beurtheilung unmöglich machen würde, den Pflichttheilsberechtigten, der sein Pflichttheilsrecht geltend machen will, nicht binde, wenn er sich nicht, in der Hoffnung, daß es ihm vortheilhafter sei, freiwillig ihr unterwerfen mag. Nur wenn die Bedingung an sich eine unerlaubte oder rechtswidrige wäre, z. B. als betrügerische, könnte man sie *pro non adiecta* halten; es ist aber sehr wohl möglich, daß ein Erblasser gute Gründe hat, seinem Erben die förmliche Inventarisirung zu ersparen, und in dieser Absicht dem Pflichttheilsberechtigten wirklich ansehnlich mehr als seinen Pflichttheil unter jener Bedingung hinterläßt²⁴⁷. Uebrigens ist die Cautel nicht zu suppliren, wenn sie nicht vom Erblasser ausgesprochen ist, doch kann dieß auch in einem Codicill geschehen, insofern deren Anordnung nicht unmittelbar mit einer Erbeinsetzung oder der Zurücknahme einer solchen in Verbindung steht.

14) Wegen einer Kränkung, die nur ihr Pflichttheilsrecht betrifft, können Kinder und Eltern nach neuestem Rechte in keinem Falle mehr das Testament selbst oder die Erbeinsetzungen anfechten; die *querela inofficiosi testamenti* können sie niemals mehr anstellen. Nur wenn sie weder zu Erben eingesetzt, noch rechtmäßig enterbt sind, tritt Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen ein, und zwar ohne *querela inofficiosi testamenti*²⁴⁸; sind sie rechtmäßig enterbt, so können sie sich auch über keine Pflichttheilsverletzung beschweren; sind sie aber eingesetzt, jedoch in ihrem Pflichttheile verkürzt, und zwar nicht bloß durch beschränkende Nebenbestimmungen, die nach 12 nichtig sind, so können sie jedenfalls nur Ergänzung ihres Pflichttheils in Anspruch nehmen. Zwar hat man behauptet, wenn sie auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt und in Ansehung des Uebrigen ausdrücklich ausgeschlossen (enterbt) seien, ohne Angabe einer wahren Enterbungsursache, so könne auch wegen dieser theilweisen Ausschließung das Testament nach Nov. 115. angefochten werden²⁴⁹, ebenso wie nach dem Rechte vor der Novelle in solchem Falle

²⁴⁷ Vgl. auch Hommel, *rhapsod.* I. obs. 31.

²⁴⁸ Vgl. unten Nr. 27 fg.

²⁴⁹ Buchta, *Pand.* §. 493 Note n. *Schund's Jahrb.* XIX. S. 260. 261.

noch die querela inofficiosi testamenti statthaft gewesen sei²⁵⁰. Allein diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Denn nicht nur sagt Nov. 115. cap. 5. ausdrücklich, daß dem Notherben, was ihm weniger als sein Pflichttheil zugewendet worden, von den Erben ergänzt werden und das Testament gültig bleiben solle, wenn der eingefetzte Notherbe mit bestimmten Sachen sich zu begnügen angewiesen werde, sondern es kann ja auch, wenn derselbe eingefetzt ist, auf keinen Fall gesagt werden, daß ihm die gebührende Ehre der Erbeinsetzung vorenthalten, daß er ungesetzlich präterirt oder exhereditet sei; dieses aber ist die Voraussetzung, unter welcher allein die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen nach der Novelle eintreten soll²⁵¹.

15) Als das Rechtsmittel, durch welches der Pflichttheilsberechtigte die Ergänzung des Pflichttheiles erwirken könne, nimmt man gewöhnlich eine eigene Ergänzungsklage an, die man actio suppletoria oder expletoria oder auch wohl conditio ex L. 30. Cod. de inoff. test. nennt. Jedoch wollen Manche diese Klage als ein eigenthümliches Rechtsmittel gar nicht anerkennen, sondern von der Ansicht ausgehend, daß das Gesetz nur den vermuthlichen Willen des Erblassers, der die Ergänzung des Pflichttheils nöthigenfalls gewollt, aber ausdrücklich anzuordnen versäumt habe, ergänze, also die Vervollständigung des Pflichttheiles nur nach dem präsumirten Willen des Erblassers gefordert werde, behaupten sie, daß sich immer nur die Klage, mit welcher das ausdrücklich Hinterlassene zu fordern wäre, von selbst auch auf diese gesetzliche Ergänzung erstrecke, also nach Verschiedenheit der Umstände z. B. durch hereditatis petitio oder actio familiae erciscundae oder durch Vermächtnißklage die Ergänzung zu erstreiten sei²⁵². Allein diese Meinung ist unhaltbar. Es kann ja der Pflichttheil zum Theil auf die eine, zum Theil auf die andere Weise hinterlassen werden; der Berechtigte kann eingefetzt und zugleich noch mit Vermächtnissen bedacht werden, und diese Vermächtnisse können in Geldsummen oder in bestimmten anderen Sachen bestehen und können diesem oder jenem Erben oder Legatar speciell auferlegt sein; wenn nun doch noch etwas fehlt am Pflichttheile, mit welcher Klage soll es dann gefordert werden? Wenn etwa einem nur auf $\frac{1}{12}$ eingefetzten Miterben noch ein Vermächtniß von 1000 Thlr. an den Pflichttheils-

²⁵⁰ Vgl. oben Note 131.

²⁵¹ Puchta sagt: „Wenn sogar die Hinterlassung des ganzen Pflichttheiles neben der Enterbung die Anfechtung des Testamentes nicht ausschließt, so kann es um so weniger die theilweise Hinterlassung“. Ganz richtig. Aber daraus folgt nicht, daß die theilweise Ausschließung vom Pflichttheile neben einer Erbeinsetzung die Anfechtung des Testamentes begründe. Vgl. Mühlenthal a. a. D. Bd. 37. S. 365. Note 30.

²⁵² So unter den Neueren Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 171. Puchta, Pand. §. 489 a. G. Vgl. die Citate bei Mühlenthal a. a. D. Bd. 36. S. 23. Note 46.

erben auferlegt wäre, wie kann man annehmen, daß gegen diesen allein nun noch eine Vermächtnißforderung von 10,000 Thlr. begründet sei, weil so viel am Pflichttheile fehle²⁵³? Gründet sich auch die gesetzliche Ergänzung nach L. 30. pr. Cod. de inoff. test. auf den präsumtiven Willen des Erblassers, so geht diese Präsumtion doch nicht weiter, als daß der Pflichttheil viri boni arbitrato ergänzt werden solle²⁵⁴; diese Verfügung aber würde nur eine Belastung der ganzen Erbschaft, ein Vermächtniß, das allen Erben pro rata parte zur Last fiel, begründen, wenn es nicht ausdrücklich einer bestimmten Person auferlegt wäre, und nach der Nov. 115. kann zudem jene Präsumtion jedenfalls nicht mehr in Betracht kommen. Demnach entspricht die herrschende Ansicht aufs beste der Natur des Verhältnisses; man kann die Vollzahlung des Pflichttheils als ein durch das Gesetz, weil der Erblasser nicht seine Pflicht gethan, auf die Erbschaft gelegtes Vermächtniß betrachten, und zwar ein Vermächtniß, welches keinen Abzug erleiden darf und daher allen anderen Vermächtnissen unbedingt vorgeht oder, wenn man will, als eine Schuld der Erbschaft, die aber, weil ihr Betrag nur nach dem wirklichen Betrage des Vermögens zur Todeszeit sich bestimmt, nur insofern bestehen kann, als die Erbschaft zur Bezahlung aller anderen Schulden des Verstorbenen hinreicht. Daher ist es ganz richtig, wenn man zur Geltendmachung dieses Anspruches eine persönliche Klage ex lege gibt, gleich der personalis actio ex testamento, wodurch das wirklich angeordnete Vermächtniß des Pflichttheils einzufordern wäre, und ganz grundlos ist es, wenn Manche daraus eine actio in rem scripta machen wollten, die gegen jeden Besizer von Erbschaftsvermögen stattfinden könne²⁵⁵, da die Ergänzung des Pflichttheiles zwar aus dem Vermögen des Erblassers (ex substantia patris), aber nicht in bestimmten dazu gehörenden Vermögensobjecten, sondern nur in dem entsprechenden Geldbetrage gewährt werden muß. Das aber kann man allerdings zugeben, daß der Pflichttheilsberechtigter als Miterbe seinen Anspruch auf Ergänzung auch im Erbtheilungsstreite geltend machen könne, wie dasselbe auch in Betreff eines Prälegates zulässig erscheint²⁵⁶. Wenn dagegen derselbe der einzige ein-

²⁵³ Daher sagen auch Binnius und Bachov ad §. 3. J. de inoff. test., obwohl sie obige Meinung zuerst billigen, am Ende doch: um alle Zweifel zu beseitigen, sei es tutius fortassis admittere simpliciter conditionem ex lege.

²⁵⁴ §. 3. J. h. t.: quod iis deest usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adiectum boni viri arbitrato debere eam compleri. Cf. L. 30. pr. Cod. h. t. Liceat — id quod minus portione legitima relictum est, ad implendam eam — exigere; und L. 36. pr. ibid.: etsi non adiciatur viri boni arbitrato repleri, attamen ipso iure inesse eandem repletionem.

²⁵⁵ Vgl. darüber und dagegen Glück a. a. D. S. 146. Mühlensbruch a. a. D. S. 21 flg.

²⁵⁶ Vgl. Rechtslexikon Bd. VI. S. 288. (oben S. 427.)

gesetzte Erbe ist oder auch nur sein Erbtheil an sich dem Pflichttheile gleichkommt oder diesen übersteigt, so bedarf er der Ergänzungsklage gar nicht; denn alsdann kann die Schmälerung des Pflichttheiles nur durch Beschränkungen und Auflagen bewirkt sein, die er nach 12, 13 als ungiltig behandeln darf.

16) Die Ergänzungsklage geht gegen die Erben, beziehungsweise Miterben²⁵⁷, und zwar gegen mehrere nach Verhältniß ihrer Erbtheile, natürlich auch gegen die Erben der Erben und ebenso unzweifelhaft gegen denjenigen, welchem die Erbschaft als Universalfideicommiß restituirt worden ist. Sind die Erben mit Vermächtnissen beschwert, so können sie das zur Ergänzung des Pflichttheils Erforderliche vorerst als Schuld von dem Betrage ihres Erbtheils in Abzug bringen, und wenn ihnen darnach nicht genug übrig bleibt, den Vermächtnissen nach der *lex Falcidia* den gebührenden Abzug machen²⁵⁸. Sind aber unter den Erben selbst Pflichttheilsberechtigte, so muß diesen natürlich ihr Pflichttheil ebenfalls ungeschmälert bleiben, und wenn daher ein solcher nur auf seinen Pflichttheil eingesetzt ist, während andere auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt sind oder gar kein Pflichttheilsrecht haben, so kann die Ergänzungsklage nur gegen diese, nicht auch gegen jenen eingerichtet werden; denn dieser würde ja dann selbst wieder in den Fall gesetzt sein, Ergänzung seines geschmälerten Pflichttheiles zu fordern. Wenn man aber zudem behauptet²⁵⁹, daß ein anderer Pflichttheilsberechtigter nur, sofern er auf mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt sei, wegen der Ergänzung in Anspruch genommen werden könne, so scheint es dafür an genügendem Grunde zu fehlen. Man beruft sich darauf, daß die *querela inofficiosi* nur gegen den eingesetzten Fremden gegeben werde, wenn mit diesem ein Intestaterbe auf nicht mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt ist²⁶⁰; dasselbe also wohl auch bei der die Stelle der *querela inofficiosi* vertretenden Ergänzungsklage anzunehmen sei. Aber dieser Schluß ist unberechtigt, weil die beiden Klagen von durchaus verschiedener Natur sind. Bei der *querela inofficiosi testamenti* war jenes angemessen, weil sie Rescission des Testaments und dadurch Intestaterbfolge herbeizuführen bezweckte,

²⁵⁷ Nov. 145. cap. 5. pr.: ab heredibus expleatur.

²⁵⁸ Bd. VI. S. 314. (oben S. 454.) Note 292. Vgl. Mühlensbruch a. a. D. S. 31 flg.

²⁵⁹ Frände a. a. D. S. 334. Mühlensbruch a. a. D. S. 29. Note 63. S. 33. Note 67. Beide stimmen jedoch nicht ganz überein, indem der letzte nur gegen denjenigen, der selbst Notherbe und auf nicht mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt ist, die Klage ausschließt, während der erste consequenter dasselbe in Beziehung auf alle Intestaterben behauptet. Damit stimmt auch Glüd überein, welcher die Klage nur gegen den Miterben gibt, durch dessen Einsetzung der Kläger im Pflichttheile verlegt worden ist.

²⁶⁰ L. 19. D. de inoff. test. 5. 2.

wodurch dann der eingesezte Notherbe wieder denselben Erbtheil bekommen würde, auf den er eingesezt ist. Die Ergänzungsklage aber bezweckt nur Vervollständigung des Pflichttheils in gleicher Weise, als wenn diese ausdrücklich im Testamente angeordnet wäre; diese ist eine Last der Erbschaft, die jeder Erbe nach Verhältniß seines Erbtheils anerkennen muß, soweit dadurch nicht geschmälert wird, was ihm der Erblasser nicht schmälern darf.

17) Die besonderen Bestimmungen, welche von der *querela inofficiosi testamenti* gelten, finden auf die Ergänzungsklage keine Anwendung. So verjährt diese nach der allgemeinen Regel in dreißig Jahren, nicht wie die Querel in fünf Jahren²⁶¹; sie geht auch unvorbereitet auf die Erben des Pflichttheilsberechtigten über, wie die Klage aus einem Vermächtniß *post diem legati cedentem*²⁶², und sie wird nicht ausgeschlossen durch die Anerkennung der Gültigkeit des Testaments, insbesondere durch Annahme des darin Hinterlassenen, indem ja der Notherbe auf dieses sowohl wie auf die noch erforderliche Ergänzung ein Recht hat, also durch die Annahme des einen keineswegs auf das andere verzichtet. Nur wenn er es deutlich erklärt hat, daß er keine Ansprüche mehr machen wolle, z. B. in einem Vergleiche, fällt die Ergänzungsforderung weg²⁶³.

18) Mag nun aber auch der Pflichttheil den Kindern oder Eltern vollständig, ja mehr als dieser, hinterlassen sein, so ist damit allein den Erbansprüchen derselben noch nicht genügt; sie müssen auch zu Erben eingesezt sein, wenn nicht ihre Ausschließung ausdrücklich durch einen gesetzlichen Enterbungsgrund gerechtfertigt wird; denn widrigenfalls können sie als Intestaterben eintreten, und dieses ist nach neuestem Rechte der einzige Fall, in welchem noch eine eigentliche Erbfolge derselben gegen das Testament stattfindet. Aber die Erbeinsezung kann auch bloß auf bestimmte einzelne Sachen eingeschränkt werden²⁶⁴ oder auf eine Forderung oder Summe Geldes²⁶⁵, obwohl dadurch der Eingesezte, wenn noch andere nicht mit gleicher Beschränkung zu Erben ernannt sind, in der

²⁶¹ Einige haben das Gegentheil behaupten wollen wegen L. 34. Cod. h. t. a. E.; aber vgl. dagegen Glüc a. a. D. S. 147—152. Franke a. a. D. S. 335 flg.

²⁶² L. 34. Cod. cit.

²⁶³ L. 35. §. 2. Cod. h. t.

²⁶⁴ Nov. 115. cap. 5. pr. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

²⁶⁵ Es ist kein Grund vorhanden, daß certis rebus in cap. 5. cit. gerade nur von bestimmten körperlichen Sachen zu verstehen, nicht überhaupt von einzelnen Vermögensobjecten, die Gegenstand testamentarischer Zuwendung sein können. Franke a. a. D. S. 392.

That nur ein Vermächtniß unter dem Namen eines Erben erhält²⁶⁶. Aber man kann deshalb nicht behaupten, daß jedes Vermächtniß einzelner Sachen an den Notherben von selbst als Erbeinsetzung desselben auf diese Sachen anzusehen sei, was mit Justinian's Vorschrift geradezu im Widerspruche stände²⁶⁷. Andererseits ist klar, daß nicht der bloße Name des Erben allein genügen kann; eine Erbeinsetzung auf nichts ist nicht besser wie gar keine²⁶⁸ und kann daher das Testament nicht gegen Anfechtung schützen²⁶⁹. Dasselbe muß von einer Erbeinsetzung auf Etwas, was dem Eingesezten selbst gehört, gelten, daher insbesondere von der Erbeinsetzung auf dasjenige, was der Notherbe bereits bei Lebzeiten des Erblassers von demselben erhalten hatte, und zwar auch dann, wenn dieses in den Pflichttheil einzurechnen wäre²⁷⁰.

19) Es fragt sich aber, ob auch eine bedingte Erbeinsetzung genüge. Das Gesetz spricht sich darüber nicht aus. Aber wenn der Gesetzgeber die Erbeinsetzung gewisser Personen befiehlt, so ist es natürlich nicht seine Meinung, daß es dennoch gestattet sein solle, diese willkürlich von allen möglichen, sei es auch höchst unwahrscheinlichen Umständen abhängig zu machen, wodurch die gesetzliche Vorschrift fast ganz vereitelt werden könnte²⁷¹. Daher ist kein Zweifel, daß nicht jede bedingte Erbeinsetzung als solche gültig und genügend sein könne. Da es jedoch nur darauf ankommt, daß zur Zeit des Todes des Erblassers der Notherbe sich gehörig eingesetzt

²⁶⁶ Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 923—925. (oben S. 81. fg.) Die Behauptung, daß der so eingesetzte Notherbe gleichwohl einen aliquoten Theil an allen Sachen der Erbschaft in Anspruch nehmen könne, ist völlig grundlos. Vgl. oben Note 243. 244. und Franke a. a. D. S. 393.

²⁶⁷ Nov. 115. cap. 3. pr. Non licere praeterire vel exheredes facere, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum . . . eis dederint legibus debitam portionem.

²⁶⁸ L. 47. §. 3. D. de hered. instit. 28. §.

²⁶⁹ Zimmern, im Arch. für civ. Prag. VIII. S. 165. glaubte, es sei dadurch der Vorschrift der Nov. 115. Genüge geleistet, und hielt daher hier noch die querela inofficiosi für notwendig und anwendbar, weil von einer Ergänzung hier doch nicht die Rede sein könne; Willow, Abhandl. I. 10., wollte auch hier die Ergänzungsklage zulassen; beides ist unrichtig. Vgl. Bluntschli a. a. D. S. 239. Franke a. a. D. S. 394 fg. Mühlenbruch a. a. D. Bd. 35. S. 322. Bd. 37. S. 366 fg.

²⁷⁰ Für diesen Fall macht eine Ausnahme Franke a. a. D. S. 395., indem er das Pflichttheilsrecht mit dem Rechte auf Erbeinsetzung vermischt; diese muß eine wirkliche sein, sonst wirkt sie nichts; die Einsetzung auf das dem Eingesezten selbst Gehörende ist aber etwas ganz Nichtiges und Unwirksames. Anders freilich wäre es, wenn das bei Lebzeiten Gegebene dem Empfänger noch wieder entzogen und also auch durch letztwillige Anordnung noch anders darüber verfügt werden könnte. Vgl. übrigens auch Mühlenbruch a. a. D. Bd. 36. S. 19.

²⁷¹ Mayer, Erbr. I. §. 102. ist gleichwohl anderer Meinung; er sagt, die Einsetzung könne auch unter einer Bedingung geschehen (vorausgesetzt, daß den besonderen formellen Vorschriften über Einsetzung der sui heredes genügt sei) und werde nur, so weit der Pflichttheil geht, als unbedingte behandelt. Da nun der Pflichttheil schon durch Vermächtnisse oder Schenkungen unter Lebenden u. s. w. erfüllt sein kann, so müßte man sich unter Umständen als vollkommen genügend gefallen lassen z. B. eine Erbeinsetzung wie folgende: Zudem setze ich den A zum Erben ein auf 100 Thaler, wenn binnen 14 Tagen nach meinem Tode ein Meteorstein von wenigstens 10 Pfund Gewicht gerade auf meine Grabstätte niederfällt.

oder enterbt finde²⁷², so müssen wir ebenso bestimmt behaupten, daß die Erbeinsetzung vollkommen gültig sei, wenn zur Zeit des Todes die Bedingung bereits erfüllt ist, weil sie nun in Wahrheit eine unbedingte ist. Ferner ist, wenn auch die bedingte Erbeinsetzung der Vorschrift der Nov. 115. genügt, doch jedenfalls zu behaupten, daß die Bedingung für nicht hinzugefügt gelten müsse, sofern durch diese Erbeinsetzung dem Eingesezten der Pflichttheil zugewendet wird, und zwar kann in dieser Beziehung auch nichts darauf ankommen, ob die Bedingung eine potestative oder eine andere ist, weil der Pflichttheil durch keine Beschränkung beschwert werden soll²⁷³; aber freilich könnte aus diesem Gesichtspunkte die Bedingung auch nur insoweit als nicht beigelegt angesehen werden, als dieselbe das Pflichttheilsrecht beeinträchtigt, und müßte daher wirksam sein, sofern der Notherbe auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt ist. Die Frage ist also nur, ganz abgesehen vom Pflichttheil, der ja zugleich auf andere Weise vollständig hinterlassen sein kann, welche Wirkung es habe, wenn der Notherbe nicht anders als bedingt eingesetzt und die Bedingung zur Zeit des Todes noch nicht erfüllt ist? Nach einer Meinung soll in jedem Falle die Bedingung als nicht beigelegt gelten²⁷⁴, nach einer anderen soll dieß nur, wenn die Bedingung eine zufällige oder gemischte, nicht auch wenn sie eine rein potestative ist, der Fall sein²⁷⁵; nach einer dritten Meinung soll die bedingte Erbeinsetzung, wenigstens wenn die Bedingung nicht eine potestative ist, als ungenügend nichts wirken und daher das Testament ungültig sein, als wenn der Notherbe gar nicht eingesetzt wäre²⁷⁶. Erwägt man, daß das ältere Recht, wo es am strengsten Erbeinsetzung forderte, bei dem Haussohne, dennoch mit einer potestativ bedingten Erbeinsetzung sich begnügte, so sind wir wohl berechtigt anzunehmen, daß eine solche in der fraglichen Beziehung einer unbedingten gleichzuachten sei; die Vorschrift der L. 32. Cod. 3. 28. darauf anzuwenden, sind wir, sofern nicht der Pflichttheil dadurch beschränkt ist, nicht berechtigt, da dieses Gesetz eben nur, sofern dieses der

²⁷² Vgl. oben Note 153 fig.

²⁷³ Vgl. oben Note 240.

²⁷⁴ Heumann, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proc. XVII. S. 232—239.

²⁷⁵ v. Bangerow, Pand. II. §. 484. Mühlbruch a. a. D. Bd. 37. S. 213—217. Der letzte drückt sich freilich etwas sonderbar aus, die Hinzufügung einer Bedingung sei nicht verboten, sondern diese werde nur, wenn sie nicht wegfällt, als nicht hinzugefügt angesehen. Da hiernach jedenfalls die Erbeinsetzung besteht, die Bedingung mag erfüllt werden oder nicht, so kann man sie auch schlechthin als unbedingte behandeln. Daß übrigens die genannten Schriftsteller für sui heredes und emancipati oder für den suus filius noch besonderes Recht annehmen, kommt für uns nicht weiter in Betracht.

²⁷⁶ Grande a. a. D. S. 385. Derselben Meinung sind natürlich auch diejenigen, welche überhaupt die formellen Vorschriften des älteren Rechtes auf sämtliche Notherben der Nov. 115. übertragen. Vgl. Note 171. 172.

Fall ist, nicht *schlechthin*, die Bedingung für unwirksam erklärt. Was aber andere Arten von Bedingungen betrifft, so dürfen wir nach der Natur der Sache behaupten, daß eine so bedingte Erbeinsetzung keine solche sei, wie sie Justinian durch Nov. 115. dem Erblasser zur Pflicht macht, daß also dadurch seiner Vorschrift nicht Genüge geleistet werde und deshalb auch die Folge eintrete, welche die Nichtbeachtung derselben nach sich zieht. Wir haben keinen gesetzlichen Grund, sie durch Beseitigung der Bedingung in eine dieser Vorschriften genügende Erbeinsetzung, die der Erblasser nicht gewollt hat, zu verwandeln und so jene Folgen abzuwehren²⁷⁷. Wenn übrigens ein gesetzlicher wahrer Enterbungsgrund angegeben ist, so ist auch die bedingte Erbeinsetzung für vollkommen genügend zu halten, da in diesem Falle selbst die völlige unbedingte Ausschließung des Eingesezten von der Erbschaft gerechtfertigt wäre.

20) Nicht gleich einer anderen bedingten Erbeinsetzung wirkt es, wenn der Notherbe nur vulgariter substituirt ist. In diesem Falle werden nur die vorhergehenden Grade der Erbeinsetzung, in Ansehung deren jener nicht eingesetzt oder gesetzlich enterbt ist, beseitigt und der Notherbe erbt mit den in gleichem Grade eingesetzten Erben als testamentarischer Erbe. Dieß ist der Analogie des älteren Rechtes gemäß, welches die verschiedenen Grade der Erbeinsetzung als mehrmalige selbständige Vergabungen der ganzen Erbschaft betrachtete und daher nur bei jedem insbesondere fragte, ob in Ansehung desselben der Notherbe eingesetzt oder enterbt sei²⁷⁸; und die Befolgung dieser Analogie ist hier ganz unbedenklich²⁷⁹.

21) Was die Enterbung betrifft, so ist vor allem gewiß, daß wenigstens ein gesetzlicher Enterbungsgrund im Testamente ausdrücklich angegeben sein muß, dessen Wahrheit alsdann die eingesetzten Erben zu

²⁷⁷ Dafür spricht denn auch die Analogie der Rechtsätze über Präterition der sui heredes, nur mit dem Unterschiede, daß nach Nov. 115. nicht anfängliche und absolute Nichtigkeit stattfindet. Vgl. oben Note 12—24. Man könnte zwar auch die Analogie der b. p. c. t. hierher ziehen (Note 26.) und demnach annehmen, daß der Eingesezte einstimmen s. t. b. p. erlangen könne, wenn aber die Bedingung vertritt werde, nunmehr die Intestaterbfolge eintrete. Aber diese Analogie ist weniger passend, weil nach der Novelle nur civilrechtliche Testaments- und Intestat-Erbfolge in Frage steht.

²⁷⁸ Vgl. oben Note 32.

²⁷⁹ Franke a. a. D. S. 397. Heumann a. a. D. S. 239—245. Anderer Meinung ist Mühlensbruch a. a. D. S. 218—222; er behandelt die Vulgarsubstitution wie jede andere bedingte Erbeinsetzung, weshalb denn nach seiner Ansicht (§. 20.) die Bedingung als nicht beigefügt anzusehen wäre, während nach unserer Ansicht, wenn nicht zur Todeszeit bereits der Substitutionsfall eingetreten war, Intestaterbfolge eintreten müßte. Aber er begeht in der Bestimmung der Folgen ein offenes Versehen, indem er gleichwohl annimmt, daß nun die Substituten an die Stelle der instituti treten. Wenn die Substitutionsbedingung (si heres non erit institutus) unbeachtet bleibt, so ist die Folge, daß nun der Notherbe allein, nicht auch seine Mitsubstituten, Miterbe der instituti wird, nicht diese ausschließt. Vgl. v. Bangerow a. a. D.

erweisen haben²⁸⁰. Er muß im Testamente selbst angegeben sein, nicht bloß in einem Codicill oder sonst irgendwie. Er muß ferner namentlich oder speciell angegeben sein; es genügt also nicht die allgemeine Angabe, daß der Notherbe die Enterbung verdient oder eines dieselbe rechtfertigenden Betragens sich schuldig gemacht habe; aber es ist zudem auch erforderlich, daß durch die Anführung des Enterbungsgrundes sich bestimmt der Wille des Erblassers, aus diesem Grunde bestimmte Notherben als Schuldige von der Erbschaft auszuschließen, kund gebe, wengleich es nicht mehr auf den Gebrauch irgend einer Enterbungsformel oder das Wort „Enterben“ ankommen kann. Die Enterbung muß insofern auch nach der Novelle eine namentliche sein. Da nach dem bisherigen Rechte, wo sie überhaupt nothwendig war, namentliche Enterbung vorgeschrieben war, diese Vorschrift auch nicht als eine rein formelle, sondern der Bestimmtheit des Willens wegen an sich zweckmäßig erscheint, so ist es eine willkürlich beschränkende Interpretation, wenn man die Worte des Gesetzes: *nominatim ingratitudinis causas inserere* oder *specialiter nominare* so deutet, daß nur speciell dieser oder jener im Gesetze aufgeführter Enterbungsgrund genannt sein müsse; sie sagen vielmehr, es müsse in concreto ausdrücklich das Vergehen angegeben werden, wegen dessen ein Notherbe als *ingratus* ausgeschlossen werde, wobei sich von selbst versteht, daß auch die Personen, welche sich dessen schuldig gemacht haben sollen, genau bezeichnet sind. Daher möchte eine stillschweigende Ausschließung, wie in dem Beispiele: Ich setze den N. N. zu meinem Erben ein, weil er der Einzige meiner Angehörigen war, der sich in meiner Gemüthskrankheit meiner angenommen hat, wohl nicht für genügend zu halten sein, um so weniger, da dieses Motiv der Erbeinsetzung des N. N. wahr sein kann und dennoch einen Notherben der Vorwurf liebloser Vernachlässigung des Erblassers vielleicht nicht trifft²⁸¹.

22) Die Enterbung kann, wenn nur ein wahrer Enterbungsgrund angegeben ist, auch unter einer Bedingung angeordnet werden, ebenso wie der Notherbe in jenem Falle auch unter einer Bedingung eingesetzt werden kann. Unzweifelhaft ist dieses, wenn der Notherbe unter einer Bedingung enterbt und unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzt ist; denn dieses war auch nach dem älteren Rechte in Ansehung der *sui*

²⁸⁰ Nov. 115. cap. 3. pr.: *nisi forsas probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Cap. 4. pr.: nisi causas, quos enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.*

²⁸¹ Vgl. über die verschiedenen Meinungen Brande a. a. D. S. 399. Mühlbruch a. a. D. S. 230 fig. v. Bangerow a. a. D. II. S. 302. Heumann a. a. D. S. 245 fig.

heredes giltig²⁸². Aber auch ohne dieses muß die bedingte Ausschließung für giltig und genügend angesehen werden, wenn die Bedingung zur Zeit des Todes schon erfüllt ist; denn alsdann findet sich der Notherbe zur Zeit des Todes, und nur darauf kommt es an, rechtmäßig enterbt; die Vorschrift des älteren Rechtes, wornach die bedingte Enterbung schlechthin nichtig war, kommt nicht mehr in Betracht, weder bei sui heredes und Emancipirten²⁸³, noch bei anderen Notherben²⁸⁴, wo es sich nicht mehr um die bloß förmliche Erheredation, sondern um eine durch schlechtes Betragen verdiente Ausschließung handelt, die der Erblasser nur zu Gunsten des Schuldigen noch mildert, indem er sie noch von einer Bedingung abhängig macht, z. B. meinen Sohn N., der mich mit Schlägen mißhandelt hat, enterbe ich, wenn er mich nicht persönlich um Verzeihung bittet. Bedenklicher scheint der Fall, wenn zur Zeit des Todes die Bedingung noch schwebt, und der Enterbte nicht unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzt ist. Aber auch dieses muß man consequent für giltig erklären. Denn das Gesetz verbietet nur die Ausschließung ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes, verwehrt aber nicht, denjenigen, den man deshalb völlig ausschließen könnte, milderen Sinnes nur unter einer Bedingung auszuschließen²⁸⁵. Daß dann die Giltigkeit des Testamentes noch nach dem Tode des Erblassers einer Ungewißheit unterworfen sein kann, steht nicht im Wege²⁸⁶; denn der bedingt Enterbte hat kein Recht, sofort den Zutritt zur Erbschaft zu verlangen, weil er ganz enterbt werden könnte, und die eingesetzten Erben als solche haben hier so wenig, als wenn sie unter Bedingung eingesetzt sind, ein Recht, über den Aufschub sich zu beschweren, können aber einstweilen s. t. b. p. agnosciren. Indeffen fragt es sich noch, welche Wirkung dann eintrete, wenn die Bedingung der Enterbung deficirt; eine Frage, die ebenso auch dann entsteht, wenn dieses schon vor dem Tode des Erblassers entschieden ist. Man könnte in der bedingten Enterbung immer eine stillschweigende Erbeinsetzung unter der entgegengesetzten Bedingung finden²⁸⁷, wornach denn in jedem Falle das Testament bestehen bliebe, nur mit oder ohne Miterbschaft des bedingt ausgeschlossenen Notherben, je nachdem die Bedingung der Enterbung deficirt oder erfüllt wird. Allein jene Annahme ist ungegründet. Eine solche stillschweigende Erb-

²⁸² Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 891. (unten Nr. 56. Note 46 flg.)

²⁸³ H. M. consequent v. Bangerow u. A., vgl. Note 162; aber auch Mühlbruch, vgl. Note 170.

²⁸⁴ H. M. Puchta a. a. D. §. 293. Heumann a. a. D. S. 247 flg. Vgl. Note 171.

²⁸⁵ Vgl. v. Bangerow a. a. D. S. 362.

²⁸⁶ Aus diesem Grunde will Franke a. a. D. S. 401 flg. hier den Notherben als präterit ansehen und daher die Erbeinsetzungen als giltig. Vgl. auch Mayer a. a. D. I. S. 282.

²⁸⁷ Mühlbruch a. a. D. S. 227, 228.

einsetzung anzunehmen ist überhaupt bedenklich²⁸⁸; es könnte auch mit den übrigen Anordnungen unvereinbar sein und man könnte nicht bestimmen, auf welchen Erbtheil denn der bedingt Enterbte eingesetzt sein solle. Es scheint also richtiger, sich nur daran zu halten, daß keine vom Erblasser gewollte Ausschließung, als welche er *deficiente conditione* wirklich nicht gewollt hat, aber auch keine Einsetzung des Notherben vorliege, also das Testament rücksichtlich der Erbeinsetzungen wegsfallen müsse.

23) Eine andere Frage ist es, inwiefern auch der Enterbungsgrund selbst bedingungsweise ausgedrückt werden könne²⁸⁹. Dagegen ist wohl nichts einzuwenden, daß der Erblasser den bereits vorliegenden Enterbungsgrund nur bedingungsweise, etwa noch zweifelnd, ob es damit seine Richtigkeit habe, ausspreche: z. B. wenn es wahr ist, daß mein Sohn vom Glauben abgefallen ist, so soll er enterbt sein²⁹⁰. Unbedenklich ist ferner in solchen Fällen, wo das Gesetz selbst, wenn eine Enterbungsursache erst nach Errichtung des Testaments sich ergibt, den schuldigen Notherben für erbunwürdig erklärt²⁹¹, auch die im voraus erklärte Enterbung auf diesen Fall für zulässig zu halten; wenn dann diese Bedingung der Enterbung nicht eintritt, so kann freilich wieder das Testament nicht bestehen, wofern nicht der bedingt enterbte Notherbe auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt ist. Aber auch in anderen Fällen scheint es ebenfalls mit gleicher Wirkung zulässig, im voraus für den Fall, daß sich ein Notherbe bis zum Tode des Erblassers eines die Enterbung rechtfertigenden Betragens schuldig mache, die Enterbung auszusprechen²⁹², da es ja wesentlich nur auf die Todeszeit ankommt und es daher genügen muß, wenn in diesem Zeitpunkte der angegebene Enterbungsgrund wirklich eingetreten ist²⁹³. Dagegen kann es an sich nicht für wirksam gehalten werden, den Notherben zu enterben für den Fall, daß erst nach dem Tode des Erblassers ein rechtmäßiger Enterbungsgrund eintrete. Denn offenbar setzt das Gesetz bei Aufzählung der Enterbungsgründe diese als bereits bestehend voraus, wenn sich, zur Todeszeit, fragt, ob Jemand rechtmäßig enterbt sei. Allein da es zulässig ist, den Notherben unter einer Potestativbedingung einzusetzen, die Vermeidung einer Enterbungsursache aber allemal eine Potestativbedingung ist, so kann der Erblasser denselben Zweck erreichen, wenn er jenen unter der Bedingung

²⁸⁸ Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 918. (oben Nr. 37. S. 76.)

²⁸⁹ Mit der vorhergehenden verwechselt diese Frage Mühlenbruch a. a. D. S. 231 ff.

²⁹⁰ Buchholz, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proc. XIII. S. 352 ff. Heumann, das. XVII.

S. 248.

²⁹¹ Nov. 115. cap. 3. §. 12. 13.

²⁹² Vnd. Meinung v. Vangerow und Heumann a. a. D.

²⁹³ Mühlenbruch a. a. D. S. 231—235. Mayer a. a. D. I. S. 282. Buchholz a. a. D. S. 353.

einsetzt, daß er sich auch später nicht einer die Enterbung rechtfertigenden Handlung schuldig mache²⁹⁴, und dabei ist es nicht einmal nothwendig, obgleich unschädlich, daß er denselben für den entgegengesetzten Fall enterbe²⁹⁵. Der Erfolg besteht dann darin, daß der Eingesezte vermöge der Mucianischen Caution sofort den Besitz des ihm zugegedachten Erbtheils erlangen kann, diesen aber wieder verliert, wenn hinterher die Bedingung seiner Erbeinsetzung deficirt. Es ist aber dabei immer festzuhalten, daß er sich eine solche Beschränkung nicht braucht gefallen zu lassen, sofern dadurch sein Pflichttheilsrecht beeinträchtigt wird.

24) Die übrigen Erfordernisse einer giltigen Exheredation nach älterem Rechte²⁹⁶ können bei der Enterbung der Kinder und Eltern nach der Novelle 115 nicht mehr in Betracht kommen. Sie beziehen sich nur auf die bloß formelle willkürliche Exheredation und beruhen auf Subtilitäten, die zu den Bestimmungen der Novelle nicht mehr passen. Es kann nur darauf ankommen, ob der Erblasser den Willen, daß der Notherbe wegen eines bestimmten Enterbungsgrundes von der Erbfolge ausgeschlossen sein solle, deutlich an den Tag gelegt habe²⁹⁷.

25) Die Enterbungsurache muß von den eingesezten Erben als wahr erwiesen werden. Sind mehrere Enterbungsgründe im Testamente angegeben, so genügt es, wenn sie die Wahrheit des einen oder des anderen erweisen; aber es hilft ihnen nichts, wenn sie einen nicht angegebenen darthun, während sie die angegebenen zu beweisen nicht im Stande sind.

26) Wenn nun Kinder oder Eltern nicht eingesezt und auch nicht unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes ausgeschlossen sind oder der angegebene Enterbungsgrund nicht als wahr erwiesen wird, so ist zwar gleichwohl das Testament nicht von Anfang an nichtig, hebt daher ein älteres Testament auf, und kann möglicher Weise immer noch eine testamentarische Erbfolge der darin eingesezten Erben begründen. Aber die übergangenen Kinder oder Eltern, vorausgesetzt, daß sie im vorliegenden Falle auch die nächsten Intestaterben sind und daher Notherbenrecht haben, können durch ihre Erklärung, von diesem Rechte Gebrauch machen zu wollen, die Erbeinsetzungen beseitigen und die Intestaterbfolge herbeiführen. Es genügt dazu jede Erklärung des Willens, Erbe zu

²⁹⁴ Mayer a. a. D. Nr. 9.

²⁹⁵ Im Resultate übereinstimmend ist Mühlendruck a. a. D. S. 238. 239., obwohl von andern Gesichtspunkte ausgehend, und immer mit dem Unterschiebe, daß er für sui und Emancipirte die Erfordernisse einer giltigen Exheredation nach älterem Rechte voraussetzt.

²⁹⁶ Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 892—894. Nr. 3—6. (unten Nr. 56. Note 39 ff.)

²⁹⁷ Franke a. a. D. S. 400. 401.

werden, welche überhaupt eine Antretung der Erbschaft enthält; denn sie können eben ohneweiters die Erbeinsetzung als ungiltig betrachten und die Intestaterbfolge antreten, und daher auch sofort mit der *hereditatis petitio* als Intestaterben ihr Recht geltend machen. Man mag diese Klage immerhin Nullitätsquerel nennen, *querela nullitatis ex iure novo* oder *ex nov.* 115., weil sie sich darauf gründet, daß die testamentarischen Erbeinsetzungen ungiltig seien, aber man darf sie nur für nichts anderes ansehen, als eine gewöhnliche Erbschaftsklage der Intestaterben; der Kläger braucht auch gar nicht auf Richtigkeitserklärung anzutragen, sondern kann einfach sein Intestaterbrecht behaupten, und erst, wenn der Gegner auf das Testament sich beruft, dasselbe als unwirksam wegen Verletzung des Notherbenrechtes zurückweisen, worauf dann der Richter nicht erst durch sein Urtheil das Testament rescindirt, sondern nur, weil es ungiltig sei, das Intestaterbrecht des übergegangenen Notherben anerkennt²⁹⁸.

27) Die eingesetzten Erben können wohl einstweilen den Besitz der Erbschaft erlangen durch das sogen. *remedium ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo*; aber wenn der übergegangene Notherbe als *Contradictor* dagegen auftritt und seine Eigenschaft als Notherbe wenigstens vorläufig bescheinigt, auch ein Enterbungsgrund im Testamente nicht angegeben ist, so wird jenen die Inmischung mit Recht verweigert; ungegründet aber ist es, in jedem Falle, auch wenn ein Enterbungsgrund angegeben oder die Thatsache, daß ein Notherbe übergegangen sei, noch gar nicht dargethan ist, dem angeblich Verletzten den einstweiligen Besitz einzuräumen, bis die Gültigkeit des Testamentes ausgemacht sei²⁹⁹.

28) Die sogen. Nullitätsquerel verjährt nach der allgemeinen Regel in dreißig Jahren, nicht wie die *querela inofficiosi* in fünf Jahren. Auch hat sie nicht, wie diese, die Folge, daß der Kläger, wenn er unterliegt, nun dasjenige, was ihm im Testamente sonst zugewendet ist, einbüßt³⁰⁰. Andererseits hat auch die Annahme eines Vermächtnisses nicht die Folge, daß der Notherbe nun von der Anfechtung des Testamentes ausgeschlossen wird³⁰¹; einen Verzicht auf diese kann man darin um so weniger erkennen, weil die Vermächtnisse ungeachtet der Beseitigung der Erbeinsetzungen bestehen bleiben³⁰². Jedoch kann man dann unbedenklich einen Verzicht annehmen, wenn der Notherbe mit Kenntniß seines Rechtes

²⁹⁸ Bluntschli a. a. D. S. 240—242. Franke a. a. D. S. 379.

²⁹⁹ L. 2. 3. Cod. de edicto D. Hadriani toll. 6. 33. Franke a. a. D. S. 381. 382.

³⁰⁰ Arg. L. 5. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9.

³⁰¹ Arg. L. 5. §. 1. cit. L. 43. 44. D. de hered. pet. 5. 3.

³⁰² Vgl. unten §. 32.

von den eingesetzten Erben ein Vermächtniß sich auszahlen ließ, das nicht in Sachen der Erbschaft besteht, das also von jenen, wenn sie von der Erbschaft verdrängt werden, als *indebitum* könnte zurückgefordert werden.

29) Stirbt der übergangene Notherbe, ohne sein Recht geltend zu machen, so können seine Erben an seiner Statt es in Anspruch nehmen. Es bedarf nicht einer besonderen Vorbereitung, um die Nullitätsklage auf die Erben zu übertragen. Allein da diese eben nichts anderes ist, als die Erbschaftsklage, also die Erwerbung der Erbschaft voraussetzt, diese aber regelmäßig nicht erst in der Person der Erben des berufenen Erben eintreten kann, so wird freilich erforderlich sein, daß diesem selbst schon die Erbschaft erworben sei, wosern nicht eine Transmision des Erwerbrechtes auf die Erben begründet ist. Demnach wird also regelmäßig, damit die Erben des Notherben mit Erfolg klagen können, vorauszusetzen sein, daß der letzte bereits irgendwie den Willen, Erbe zu sein, an den Tag gelegt, d. h. die ihm kraft des Gesetzes angebotene Intestaterbfolge angetreten habe³⁰³.

30) Werden die Erbeinsetzungen durch einen Notherben beseitigt, so wird überhaupt Intestaterbfolge eröffnet; es gelangen also als Miterben des übergangenen Notherben auch alle diejenigen, welche mit diesem gleiches Intestaterbrecht haben, zur Erbfolge, als ob kein Testament vorhanden wäre; sie mögen selbst Notherbenrecht haben oder nicht, und mögen im Testamente eingesetzt oder übergangen sein³⁰⁴. Wenn von diesen Intestaterben der eine oder andere die Erbschaft nicht erwirbt, so accrescirt deren Erbtheil den übrigen nach der allgemeinen Regel, der wegfallende möge selbst auch ein Notherbe sein oder ein anderer Intestaterbe³⁰⁵; ein Verzicht zu Gunsten der eingesetzten Erben kann nur insofern wirksam sein, als der Verzichtende selbst erst das deserirte Erbrecht erwirbt und die erworbene Erbschaft für seinen Theil den eingesetzten Erben überläßt³⁰⁶. Wenn aber gar kein Notherbenrecht gegen das Testament geltend gemacht wird, wenn z. B. der einzige übergangene Notherbe auf sein Recht verzichtet, so sind die übrigen Intestaterben, die sich nicht über verletztes Notherbenrecht beschweren können, nicht berechtigt, das Testament anzufechten. Ebenso muß diesen denn auch das Urtheil, welches gegen jenen in dem Rechtsstreite über die Gültigkeit des Testamentes ergangen ist, entgegenstehen, während sie dagegen auch auf das Urtheil, welches die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen ausgesprochen hat,

³⁰³ Mühlenbruch a. a. D. S. 261—264.

³⁰⁴ Vgl. oben Note 160. Ob auch die rechtmäßig enterbten? Vgl. unten Note 316—320.

³⁰⁵ Vgl. Rechtslexikon Bd. I. Art. Unwachsungsrecht.

³⁰⁶ Vgl. Mühlenbruch a. a. D. S. 268—270.

sich berufen können, um ihr Intestaterbrecht zu behaupten³⁰⁷. Von selbst versteht sich hiernach, daß diejenigen, welche nach dem Notherben die nächsten Intestaterben sind, bloß als solche in keinem Falle gegen das Testament die Erbfolge behaupten können; denn entweder macht jener sein Recht geltend, dann schließt er sie als der nähere Intestaterbe aus; oder nicht, dann können sie noch weniger als gleichberechtigte das Testament anfechten.

31) Eine andere Frage ist aber, ob nicht derjenige, welcher zunächst Notherbenrecht nach dem übergangenen Notherben hat, zur Anfechtung des Testamentes berechtigt sei, wenn dieser von seinem Rechte keinen Gebrauch macht oder auch mit Recht ausgeschlossen ist? Obgleich in Ansehung der *querela inofficiosi testamenti* eine solche *successio in querelam* stattfand, deren nähere Bestimmung jedoch sehr streitig ist, so fehlt es doch an genügendem Grunde, dieselbe auch nach dem Rechte der Nov. 115. zuzulassen, da andererseits nach dem älteren Rechte der *sui heredes* und *Emancipirten* entschieden nur der nächste eingesetzt oder enterbt zu werden brauchte³⁰⁸ und derjenige, der ohnehin nicht erbt, wenn gar kein Testament errichtet ist, sich nicht über Verletzung seiner Erbsprüche beschweren kann, wenn er in dem errichteten Testamente nicht berücksichtigt ist³⁰⁹.

32) Die Ungiltigkeit des Testamentes, welche in Folge der Verletzung des Notherbenrechts nach der Novelle 115. eintritt, beschränkt sich nur auf die Erbeinsetzungen, worunter natürlich auch die *Vulgarsubstitutionen* mitbegriffen sind. In Ansehung seines übrigen Inhaltes soll das Testament gültig bleiben, *tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Testament eben aus keinem anderen Grunde angefochten wird, als wegen Verletzung der Vorschriften jenes Gesetzes. Wenn daher z. B. das Testament nicht in der erforderlichen Form errichtet ist oder die eingesetzten Erben schon vor dem Tode des Testators weggefallen sind oder die Bedingung der Erbeinsetzungen nicht erfüllt wird, so können auch die übrigen Verfügungen des Testamentes keine Wirkung mehr haben, ebensowenig, als wenn dasselbe nicht zudem noch den Verstoß gegen das Notherbenrecht enthielte. Diese Regel muß jedoch nothwendig durch eine Ausnahme beschränkt

³⁰⁷ Franke a. a. D. S. 386.

³⁰⁸ L. 9. §. 2. D. de lib. et postum. 28. 2.

³⁰⁹ Franke a. a. D. S. 387—389. nimmt eine *successio in querelam* in dem Falle an, wenn der vorgehende Notherbe aus rechtmäßigem Grunde enterbt ist. Dagegen Mühlenthal a. a. D. S. 264 ff. Wie sollte man denn nach Franke's Ansicht in dem Falle entscheiden, wenn der nächste Notherbe zwar auf eine Kleinigkeit eingesetzt, aber durch Angabe eines wahren Enterbungsgrundes von der Geltendmachung des Pflichttheilsrechtes ausgeschlossen wäre?

werden. Wenn nämlich die eingesetzten Erben die Erbschaft ausschlagen, so müssen nichtsdestoweniger die übrigen Bestimmungen des Testaments wirksam bleiben, obgleich sonst die Destitution desselben regelmäßig Ungültigkeit seines ganzen Inhaltes zur Folge hat. Denn die eingesetzten Erben werden die Erbschaft gewöhnlich eben deswegen ausschlagen, weil sie doch vorhersehen, daß ihnen dieselbe durch die Notherben wieder entzogen wird, und sie können sie gar nicht einmal wirksam antreten, sobald die Notherben erklärt haben, daß sie von ihrem Rechte Gebrauch machen, weil dieselbe dann jenen in der That nicht deferirt ist. Diese Ausnahme wird auch durch die Analogie ähnlicher Bestimmungen des älteren Rechtes bestätigt; denn bei der *honorum possessio contra tabulas* mußten ebenso die Vermächtnisse an die bevorzugten Verwandten entrichtet werden, wenn gleich die eingesetzten Erben die Erbschaft abgelehnt hatten³¹⁰, und nicht minder muß derjenige, welcher an die Stelle eines Unwürdigen tritt, die diesem auferlegten Vermächtnisse anerkennen, wenn gleich derselbe die Erbschaft ausgeschlagen hat³¹¹. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn die Eingesetzten eine Bedingung, deren Erfüllung nur von ihrem Willen abhängt, nicht erfüllen, was der Ablehnung der Erbschaft gleichzuachten ist³¹². Vorausgesetzt wird ferner, wie sich von selbst versteht, daß die fraglichen Verfügungen an sich, abgesehen von der mangelhaften Beschaffenheit des Testaments, gültig wären; sie erlangen keine andere Kraft, als welche sie haben würden, wenn das Testament zu Recht bestünde³¹³; diese aber muß ihnen auch ebensowohl, wenn sie in gültigen Codicillen, als wenn sie im Testamente selbst angeordnet sind, beigelegt werden.

33) Als einzelne Arten von Verfügungen, welche hiernach bestehen bleiben, nennt das Gesetz ausdrücklich Vermächtnisse (*legata vel fideicommissa*), Freilassung von Sklaven und Ernennung von Vormündern, setzt aber dann noch hinzu, daß dasselbe auch für andere Verfügungen (*quaelibet alia capitula concessa legibus*) gelte. Unzweifelhaft muß darnach auch die Pupillarsubstitution, ebenso wie bei der *honorum possessio contra tabulas*³¹⁴, aufrecht erhalten werden, was mit Unrecht von Einigen bestritten worden ist; denn obgleich sie auch eine Erbernennung ist, so ist sie doch keine Erbeinsetzung für den Nachlaß des Testators

³¹⁰ L. 4. 11. D. de legat. praest. 37. 5.

³¹¹ L. 16. §. 2. D. de h's quae ut indign. 34. 9. L. 3. §. 5. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 3. §. 4. D. de iure fisci. 39. 14.

³¹² L. 12. D. de legat. praest. 37. 5. Cf. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5.

³¹³ Arg. L. 3. §. 7. D. de legat. praest. 37. 5.: *Ea legata sola praestant, qui contra tabulas h. p. accipiunt, quae utiliter data sunt.*

³¹⁴ L. 34. §. 2. D. de vulg. subst. 28. 6.

selbst; nur auf diese aber bezieht sich offenbar die gesetzliche Ungiltigkeitserklärung, welche nur den Zweck hat, der pflichtwidrigen Ausschließung der Notherben von der Erbschaft des Testators zu begegnen³¹⁵. Streitiger ist es, ob auch die rechtmäßige Enterbung anderer Notherben unter den *quaelibet alia capitula* mitbegriffen sei? Dieß würde die Folge haben, daß der rechtmäßig Enterbte, wenn durch einen anderen Notherben die Intestaterbfolge herbeigeführt wird, an dieser gleichwohl keinen Theil nehmen könnte. Von Anhängern des Inofficiositätssystems, welche zugleich der Ansicht sind, daß auch in Folge der *querela inofficiosi* der rechtmäßig Enterbte von der Erbfolge ausgeschlossen bliebe, wird dieß consequent behauptet, und sie finden darin zugleich ein Argument mehr für die Richtigkeit jenes Systems³¹⁶; aber auch von denjenigen wird es angenommen, welche überhaupt die Rescission des Testaments nicht zu Gunsten aller Intestaterben, sondern nur der nicht rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben wirken lassen³¹⁷, nach Analogie der *b. p. c. t.*, welche ebenfalls den gültig enterbten nicht zugestanden habe³¹⁸. Nach der hier gewonnenen Ansicht aber ist es consequent anzunehmen, daß die enterbten sowohl wie andere Intestaterben zu der durch die Rescission der Erbeinsetzung eröffneten Intestaterbfolge berufen werden³¹⁹, wie es nach der richtigen Ansicht auch in Folge der *querela inofficiosi* der Fall war, und dieser consequenteren Annahme steht auch das Gesetz nicht im Wege, da es in *cap. 3. u. 4. a. G.* zuerst schlechthin Intestaterbfolge anerkennt und dann bei der Schlußbestimmung, betreffend den sonstigen Inhalt des Testaments, offenbar nur solche Verfügungen im Auge hat, welche die eigentliche (unmittelbare) Erbfolge in das Vermögen des Testators nicht angehen³²⁰.

34) Streitig ist auch, ob die dem Notherben, welcher das Testament angefochten hat, selbst zugedachten Vermächtnisse gültig bleiben. Man hat es geleugnet, nach Analogie der *bonorum possessio contra*

³¹⁵ Vgl. Glück a. a. D. Bd. 7. S. 322. 452. Mühlenbruch a. a. D. Bd. 37. S. 286—288.

³¹⁶ Mayer, Erbr. I. S. 284. 287. Dieser zählt nicht nur die Enterbung, sondern auch die Erbeinsetzung anderer Notherben zu den *alia capitula legibus concessa*, obgleich das Gesetz schlechthin sagt: *quantum ad institutionem heredum solle das Testament keine Kraft haben.*

³¹⁷ Fuchta, Pand. §. 493. Note k. l.

³¹⁸ L. 8. pr. D. de *b. p. c. t.* 37. 4.

³¹⁹ Vgl. oben nach Note 158 u. 304.

³²⁰ Mühlenbruch a. a. D. S. 288. Note 64a. Mayer a. a. D. bemerkt, unter den *alia quaecunque capitula* müßte doch noch etwas mehr als Pupillarsubstitutionen verstanden sein, alles andere außer Enterbungen sei aber schon vorher besonders genannt. Dieß ist nicht richtig. Es können noch mancherlei Anordnungen im Testamente vorkommen, die nicht zu den Vermächtnissen gehören, z. B. über Begräbniß, Errichtung von Denkmälern und andere dergleichen Auflagen, die kein Vermächtniß enthalten, Legitimation von Kindern, auch Zurücknahme von Vermächtnissen, Verbot des Abzuges der *Falcidia* u. dgl.

tabulas³²¹; der Notherbe könne nur die Wahl haben, entweder das ihm durch den Willen des Erblassers Zugedachte oder das ihm gesetzlich gegen dessen Willen Gebührende zu fordern, er könne nicht Vortheile aus einem Testamente in Anspruch nehmen, das er doch selbst anfechte³²². Aber es fehlt an einem hinreichenden Grunde für diese Meinung, da das Gesetz allgemein und ohne Einschränkung die Vermächtnisse aufrecht erhält³²³. Dieß kann wohl im einzelnen Falle zu unbilligen Resultaten führen, wenn andere eingesezte Notherben nur mit ihrem Intestaterbtheile sich begnügen müssen; aber es kann auch der Fall sein, daß der Notherbe erst durch jene Vermächtnisse seinen Pflichttheil vollaus bekommt und daß dieselben zudem ganz oder theilweise anderen als gleichfalls notherbberechtigten Personen zur Last fallen, z. B. Legatarien oder solchen Intestaterben, die überhaupt kein Notherbrecht haben.

35) Zur Geltendmachung der Vermächtnisse dienen die gewöhnlichen Rechtsmittel, wie sie bei voller Gültigkeit des Testamentes gegen die eingesezten Erben stattfinden würden, denen die Intestaterben gewissermaßen gesetzlich substituirt sind. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich von selbst daraus, daß das Gesetz die Vermächtnisse ausdrücklich für gültig erklärt, als ob das Testament nicht rescindirt wäre, und es ist daher unnöthig und unzulässig, auch hier zu einer *condictio ex lege* seine Zuflucht zu nehmen³²⁴. Wollte man sie auch als Intestatsfideicommissie betrachten, so würde das Resultat gleichwohl dasselbe sein. Sind die Vermächtnisse übermäßig, so haben die Erben wie gewöhnlich das Recht, die *falcidische* Quart, beziehungsweise als Notherben ihren Pflichttheil vorab zu fordern.

36) Vermöge der *Codicillarclausel* können nach der herrschenden, auch wohl begründeten, Meinung auch die Erbeinsetzungen als *Universal-fideicommissie* aufrecht erhalten werden, wenn gleich das Recht der Notherben verletzt ist³²⁵. Jedoch kann dieß nicht gegen die offenbare Willensmeinung des Erblassers zugelassen werden, und wird daher mit Recht dann nicht angenommen, wenn derselbe erwiesenermaßen nur aus Irrthum einen Notherben übergangen und andere zu Erben eingesezt hat.

³²¹ L. 5. § 2. D. de legat. praest. 37. 5.

³²² *Grande a. a. D. S.* 389. *Bluntschli a. a. D. S.* 263.

³²³ *Mühlenbruch a. a. D. S.* 284—286.

³²⁴ *Derselbe S.* 289.

³²⁵ *Arg. L. 24. § 11. D. de fideicommiss. libert. 40. 5.* Nicht entgegen sind *L. 13. D. de inoff. test. 5. 2. L. 36. D. de legat. 111.*, weil sie auf der *fiction des Wahnsinnes* bei der *querela inofficiosi* beruhen, wornach diese auch die Ungültigkeit aller Vermächtnisse nach sich zog. — Die herrschende Meinung vertheidigt auch *Grande a. a. D. S.* 416—421. Verfehlt ist die Gegenargumentation von *Mühlenbruch a. a. D. Bd. 37. S.* 368—373. Vgl. dagegen v. *Wangerow, Pand. II. S.* 457—460.]

Es ist aber die Frage, ob in diesem Falle nicht überhaupt die Bestimmungen der Novelle 115 unanwendbar sind; ob nicht wegen jenes Irrthums das Testament seinem ganzen Inhalte nach für ungiltig zu erklären sei? Allein da schon nach älterem Rechte in Fällen dieser Art, selbst wo die absichtliche Uebergabung Ungiltigkeit des ganzen Inhaltes des Testaments zur Folge gehabt hätte, doch nur die Erbeinsetzungen mit Aufrechthaltung der Vermächtnisse beseitigt wurden³²⁶, so kann nun um so weniger jenem Irrthum eine weitergreifende Wirkung beigelegt werden, nachdem durch das neue Gesetz allgemein nur Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen als Folge absichtlicher Verletzung des Nothherbenrechts der Kinder oder Eltern anerkannt worden ist³²⁷.

37) Noch ist insbesondere die Frage zu berühren, ob auch in Ansehung der Postumi die Vorschriften der Novelle 115 unbedingt zur Anwendung kommen? Viele behaupten, daß für diese das ältere Recht durch dieses neue Gesetz nicht abgeändert worden sei³²⁸, und nehmen daher auch noch an, daß ein giltiges Testament, wie früher, durch agnatio postumi rumpirt werde. Allein es fehlt an jedem Grunde, das Gesetz, welches allgemein von Descendenten und Ascendenten spricht, nicht auch auf Postumi zu beziehen. Sollte auch eine rechtmäßige Enterbung derselben undenkbar sein, so ist nichtsdestoweniger die Vorschrift, daß der Erblasser seine Descendenten, wenn deren Ausschließung nicht durch einen rechtmäßigen Enterbungsgrund gerechtfertigt ist, zu Erben einsetzen, widrigenfalls das Testament rücksichtlich der Erberbennungen unwirksam sein soll, auch auf sie vollkommen anwendbar, so gut wie nach älterem Rechte die Vorschrift der Einsetzung oder Enterbung der sui heredes. Zudem aber ist vorerst in Ansehung der quasi postumi eine Enterbung offenbar sehr wohl denkbar, da sie schon zur Zeit der Testamenterrichtung eines enterbenden Vergehens sich schuldig gemacht haben können, und zwar kann man von solchen quasi postumi jetzt auch in der Classe der Ascendenten reden, indem der Sohn z. B. den Vater enterbt für den Fall, daß sein Kind ihn nicht überlebe. Aber auch in Ansehung wahrer Postumi, sofern sie zwar erst nach der Testamenterrichtung, aber doch noch bei Lebzeiten des Testators geboren werden, ist eine wirksame Enterbung nicht unmöglich, wenn die oben (23) über bedingte Enterbung aufgestellten Rechtsätze richtig sind³²⁹, während eben darnach die directe

³²⁶ L. 27. §. 4. L. 28. D. de inoff. test. 5. 2. Cf. L. 92. D. de hered. instit. 28. 5. L. 3. Cod. de inoff. test. 3. 28.

³²⁷ Vgl. Mühlenthal a. a. D. Bd. 37. S. 349—352. Bd. 35. S. 380—387.

³²⁸ Vgl. Glück a. a. D. Bd. 7. S. 372.

³²⁹ J. B. wenn das Kind meines Sohnes A. gleich seinem Vater sich zu der Secte der Wieder-täufer bekennt. Vgl. übrigen Rechtslexikon Bd. 3. S. 899. (unten Nr. 56. Note 89a.)

Enterbung eines solchen, der erst nach dem Tode des Erblassers geboren wird, freilich nicht stattfinden kann. Wenn also die Vorschriften der Novelle auch auf Postumi und Quasipostumi anzuwenden sind, so ergibt sich aus der bisherigen Entwicklung des Rechtes der Novelle 115 von selbst, daß durch agnatio oder quasi agnatio postumi das Testament nicht mehr, wie nach älterem Rechte, rumpirt wird. Es kommt nur darauf an, ob zur Zeit des Todes des Erblassers ein Descendent vorhanden, der nicht eingesezt und nicht rechtmäßig enterbt ist; alsdann werden die Erbeinsezungen, und nur diese, ungiltig; nur ist dabei, wie überhaupt in Beziehung auf gesetzliche Erbrechte die Regel zu beachten, daß der in jenem Zeitpunkte bereits Empfangene aber noch nicht Geborene pro iam nato habetur, falls er nachher wirklich rechtsfähig geboren wird.

38) Endlich ist noch daran zu erinnern, daß eine Enterbung in guter Absicht auch nach der Novelle 115 der Giltigkeit des Testamentes nicht im Wege steht³³⁰.

B. Das Recht der Geschwister.

Ueber dieses hat die Novelle 115 nichts verordnet; es sind daher die Bestimmungen darüber aus dem älteren Rechte zu entnehmen. Darnach aber haben

1) nicht alle erbfähigen Geschwister ein Notherbenrecht, sondern nur consanguinei im römischen Sinne, nämlich vollbürtige (germani) und halbbürtige von der Vaterseite (consanguinei im heutigen Sinne), jedoch ohne Rücksicht darauf, ob sie noch zu den Agnaten des Erblassers gehören oder nicht; Halbgeschwister von der Mutter her (uterini) haben nicht dasselbe Recht. So bestimmt die Hauptstelle hierüber in klaren Worten³³¹. Zwar haben Manche behaupten wollen, daß nach neuestem

³³⁰ Vgl. Rechtslexikon Bb. III. S. 901. (Nr. 56. Note 98 flg.)

³³¹ L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. Imp. Constantinus. — Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; consanguinei autem durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspargantur, vel liberti qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. Diese Constitution ist durch Combination von zwei Constitutionen des Theodosischen Codex gebildet worden, nicht ohne erhebliche Aenderungen: L. 1. Th. Cod. h. t. 2. 19. Fratres uterini ab inofficiosi actionibus arceantur et germanis tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio praetoris, petitionis aditus reseretur. — L. 3. ibid. Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium quam infamiam consequi videtur. Unde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum infamiae adspargitur vitii is qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione praeposita praevalent in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.

Rechte auch den Halbgeschwistern von der Mutterseite gleiches Recht zukomme, da sie nun auch gleiches Intestaterbrecht haben, wie die consanguinei; allein das letzte war ihnen auch schon in dem revidirten Coder beigelegt³³², sogar vortheilhafter als nach der Nov. 118., und gleichwohl wurde darin die angeführte ausdrückliche Vorschrift noch aufgenommen. Ein gleiches, ja selbst ein besseres Intestaterbrecht begründet eben keinen Schluß auf ein gleiches Pflichttheilsrecht, und daher kann das letzte auch den Kindern verstorbener Geschwister nicht zugestanden werden³³³, obgleich diese nach Nov. 118. mit den noch lebenden Geschwistern zusammen erben und die Kinder vollbürtiger Geschwister sogar den halbbürtigen Geschwistern selbst vorgehen³³⁴.

2) Die Geschwister, vollbürtige wie halbbürtige, haben nur ein bedingtes Notherbenrecht; sie können sich nämlich nur dann über Ausschließung von der Erbschaft beschweren, wenn unehrenhafte Personen zu Erben eingesetzt sind³³⁵. Darunter sind nicht bloß Infame (im juristischen Sinne) zu verstehen, sondern überhaupt solche, die durch ihre Handlungen oder Lebensweise und sonstige Verhältnisse einer gewissen Geringschätzung unterliegen und deren Einsetzung eben daher für die übergangenen Geschwister eine besonders kränkende Zurücksetzung enthält, wobei aber natürlich auch auf die persönlichen Eigenschaften der letzten Rücksicht zu nehmen, und im einzelnen Falle überhaupt dem Ermessen des Richters keine feste Schranke gesetzt ist³³⁶.

3) Unter der angegebenen Voraussetzung haben Geschwister ein Recht des Pflichttheiles und der Querel, wie es sonst Kindern und Eltern zustand. Zwar ist in neuerer Zeit wieder die Meinung vertheidigt worden, daß hier eigentlich nur von Entziehung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit der eingesetzten Erben zu Gunsten der Geschwister die Rede sein könne, nur mit der Eigenthümlichkeit, daß dieses Recht der Geschwister durch die querela inofficiosi testamenti geltend gemacht werde, wornach denn auch die hinreichend bedachten Geschwister nichtsdestoweniger jene Erbeinsetzung anfechten könnten³³⁷. Allein diese Meinung wird mit Recht fast von Allen als unbegründet verworfen³³⁸, da die Geschwister als

332 L. 15. §. 2. Cod. de legit. hered. 6. 58. v. §. 531.

333 L. 1. D. de inoff. test. 5. 2. L. 21. Cod. eod.

334 Bgl. Glüd a. a. D. Bd. 7. S. 12—17. Grande a. a. D. S. 190—193.

335 L. 27. Cod. cit. Note 331. §. 1. J. de inoff. test. 2. 18. Soror autem et frater turpidus personis scriptis heredibus praclati sunt. Cf. Theophil. ad h. l.

336 Grande a. a. D. S. 194—198. Bgl. Savigny, System Bd. 2. S. 222 ff.

337 Marezoll, in der Zeitschr. für Civillr. und Proc. I. S. 185—219.

338 Bgl. Grande a. a. D. S. 198—201. Glüd a. a. D. Bd. 35. S. 89—119. und die Fortsetzung von Rüpfenbruch a. a. D. S. 119—139. v. Bangerow, Pand. II. S. 261.

berechtigt zur Querel neben den Ascendenten und Descendenten genannt werden³³⁹, also auch, sofern nichts Abweichendes besonders ausgesprochen ist, dieselben näheren Bestimmungen dabei hinzuzudenken sind, und zudem in einer Stelle die Geschwister nach jenen Personen auch geradezu als solche genannt werden, denen (interdum) ein gewisser Theil des Vermögens, ein Pflichttheil, hinterlassen werden müsse³⁴⁰.

4) Anspruch auf Erbeinsetzung haben die Geschwister nicht; ist ihnen der Pflichttheil auf andere Weise zugewendet, so können sie das Testament nicht anfechten, wenn gleich unehrenhafte Personen zu Erben eingesetzt sind, ebenso wie vor der Nov. 115. auch Descendenten und Ascendenten in solchem Falle die querela inofficiosi testamenti nicht anstellen konnten. Aber auch, wenn ihnen nur ein Theil des Pflichttheils hinterlassen ist, können sie nicht das Testament anfechten, sondern nur Ergänzung des Pflichttheiles fordern, und es finden in dieser Beziehung die oben unter A. 12—16 aufgestellten Bestimmungen auch auf sie Anwendung, was zum Theil in den Gesetzen klar ausgesprochen ist³⁴¹, zum Theil aus dem Zusammenhange als Consequenz sich ergibt.

5) Die Größe des Pflichttheils ist für Geschwister ebenso zu bestimmen, wie für Descendenten und Ascendenten nach A. 5—11, und sie müssen sich auch in gleichem Maße, wie diese, andere Zuwendungen in den Pflichttheil einrechnen lassen³⁴²; nur findet die Bestimmung über Einrechnung der dos und donatio ante nuptias auf sie ebensowenig wie auf Ascendenten Anwendung. Man hat zwar in Zweifel ziehen wollen, ob die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18. cap. 1. auch den Geschwistern zu statten komme; allein wenn man ein wirkliches, wenn gleich besonders bedingtes Pflichttheilsrecht derselben anerkennt und den Schlußsatz dieses Gesetzes nicht bloß auf Descendenten bezieht, so ist kein Zweifel, daß er auch ebensowohl auf Geschwister wie auf Ascendenten zu beziehen sei.

6) Auch Geschwister können ein Pflichttheilsrecht nur in Anspruch nehmen, wenn sie überhaupt erbfähig und im einzelnen Falle zur Intestat-erbsfolge berechtigt wären (vgl. A. 1—3). Daher haben halbbürtige Geschwister kein Pflichttheilsrecht, wenn ihnen Kinder vollbürtiger Geschwister

³³⁹ §. 1. J. h. t. 2. 18. L. 1. D. h. t. 5. 2. L. 21. Cod. h. t. 3. 28. Cf. §. 6. J. ibid.

³⁴⁰ Nov. 1. praef. §. 2.

³⁴¹ L. 30. pr. Cod. h. t.: liberis vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat — — quae testamentum quasi inofficiosum queri poterant. L. 31. ibid.: ratione falcidiae minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus. L. 35. §. 2. ibid.: quae sanctio suas radices extendat — — ad omnes personas, quae de inofficioso querelam — — possunt movere. Cf. §. 1. 3. J. h. t.

³⁴² L. 35. §. 2. Cod. cit.

vorgehen, und vollbürtige Geschwister nicht, wenn z. B. ein *minus plene adoptatus* sie von der Intestaterbfolge ausschließen würde, obgleich dieser und jene nicht pflichttheilsberechtigt sind und daher ihrerseits das Testament, in welchem unehrenhafte Personen eingesetzt sind, nicht anfechten können. Eine andere Frage aber ist es, ob Geschwister auch, wenn sie mit Ascendenten als Intestaterben zusammentreffen, neben diesen, vorausgesetzt, daß *turpes personae* eingesetzt sind, ein Pflichttheilsrecht behaupten können. Viele leugnen dieses und nehmen an, daß die Geschwister, als welchen nur hypothetisch ein solches Recht beigelegt werde, den unbedingt berechtigten Ascendenten schlechthin nachstehen müssen, und nur, wenn solche nicht vorhanden sind, ein Pflichttheilsrecht haben³⁴³. Allein ein erheblicher Grund dafür ist nirgend angeführt worden³⁴⁴; die Natur der Sache, auf die man sich mit Nachdruck beruft³⁴⁵, spricht keineswegs dafür; denn kränkend für die Geschwister ist es nicht minder, wenn neben Ascendenten an ihrer Statt verächtliche Subjecte zu Erben eingesetzt sind, als wenn dieß geschehen ist, wo keine Ascendenten vorhanden waren. Wenn indessen zugleich Ascendenten gegen die Vorschrift der Nov. 115. im Testamente übergangen sind und von ihrem Rechte Gebrauch machen, so können die Geschwister das Testament nicht mit der Querel anfechten; denn durch jene wird auch für sie die Intestaterbfolge eröffnet, die Querel aber findet nur dann statt, wenn der Querelberechtigte nicht ohnehin auf andere Weise zur Erbfolge gelangt³⁴⁶.

7) Der Erbanspruch der Geschwister fällt weg, wenn sie aus besonderen Gründen von der Erbschaft ausgeschlossen zu werden verdienten³⁴⁷. Ohne Grund haben Manche angenommen, daß durch sie unehrenhafte Personen jedenfalls von der Erbschaft verdrängt werden könnten, woraus sich die Inconsequenz ergeben hätte, daß Kinder und Eltern solchen eingesetzten Erben gegenüber weniger Recht gehabt hätten als Geschwister³⁴⁸. Die Ausschließungsgründe für diese sind aber gesetzlich nicht näher bestimmt³⁴⁹. Die in Nov. 115. angegebenen Ausschließungs-

³⁴³ Glück a. a. D. Bd. 7. S. 11. Note 46—53. S. 377. Note 64—66. Bluntschli a. a. D. S. 260. 261. Puchta, Pand. §. 488. Note g.

³⁴⁴ Franke a. a. D. S. 202—206. Mühlensbruch a. a. D. Bd. 35. S. 232—236. v. Ranagerow a. a. D. S. 262.

³⁴⁵ Puchta a. a. D. bemerkt: die Aelteren haben dieses (den Vorzug der Ascendenten vor den Geschwistern) mit Einsicht in die Natur der Sache fast durchgängig angenommen, anders viele Neuere.

³⁴⁶ Unrichtig ist demnach, was Mühlensbruch a. a. D. Bd. 37. S. 374. 375. behauptet, daß in obigem Falle für den Theil des Ascendenten die dem Erben auferlegten Vermächtnisse aufrecht erhalten, so weit aber die Geschwister zu Klagen berechtigt sind, vernichtet werden.

³⁴⁷ L. 5. D. de inoff. test. Verbi de inofficioso vis illa est. docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum.

³⁴⁸ Franke a. a. D. S. 291.

³⁴⁹ Vgl. oben Note 74.

gründe können nur zur Analogie dienen. Nur zwei derselben sind unmittelbar auch auf Geschwister zu beziehen³⁵⁰. Außerdem sind drei Vergehen sehr bestimmt schon durch ein früheres Gesetz für Geschwister als Ausschließungsgründe anerkannt, wenn gleich zunächst nur in besonderer Beziehung auf *lucra nuptialia* angeführt³⁵¹. Ganz mit Unrecht aber haben Manche diese für die einzig zulässigen angesehen³⁵². Als gerechtfertigt ist die Ausschließung der Geschwister insbesondere auch immer dann anzusehen, wenn sie derselbe Tadel trifft, wie die eingesetzten Erben³⁵³.

8) Wenn nun Geschwister, während verächtliche Personen zu Erben eingesetzt sind, von der Erbschaft völlig ausgeschlossen sind (4), so können sie das Testament mit der *querela inofficiosi testamenti* anfechten und finden in dieser Beziehung denn noch die Bestimmungen des älteren Rechtes über Natur und Wirkung dieser Klage Anwendung³⁵⁴. Zwar haben Viele behauptet, daß nun auch diese Klage nicht mehr Ungiltigkeit des ganzen Inhaltes des Testaments, sondern nur der Erbeinsetzungen bewirken könne³⁵⁵, und allerdings ist nicht zu leugnen, daß es inconsequent erscheint, wenn nun nach Nov. 115. die völlige Uebergebung von Kindern oder Eltern, selbst wenn verächtliche Personen zu Erben eingesetzt sind, doch nur Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen, die Uebergebung von Geschwistern aber im gleichen Falle auch Ungiltigkeit der Vermächtnisse und des übrigen Testamentsinhaltes zur Folge haben soll. Allein da das neue Gesetz auf die Geschwister keine Rücksicht nimmt, für diese also nur das ältere Rechtsmittel gegeben ist, welches seiner Natur gemäß jene strengere Wirkung äußert, so kann man nur dem Gesetzgeber einen Vorwurf daraus machen, daß er auch diese Inconsequenz, leider nicht die einzige im Rotherbenrechte, hat bestehen lassen, aber als Interpret diese so wenig wie verschiedene andere beseitigen, daher denn auch von den Meisten das Gegentheil angenommen wird³⁵⁶. Zudem würde, wenn man es einmal mit verächtlichen Personen zu thun hat, die Consequenz der Sache denn doch wieder fordern, daß die Geschwister wenigstens die solchen Personen hinterlassenen Vermächtnisse nicht anzuerkennen brauchten.

³⁵⁰ Nov. 115. cap. 3. §. 12 13. Vgl. oben Note 291. und Rechtsleg. Bd. III. S. 896. Note 12. 13.

³⁵¹ Nov. 22. cap. 47. pr. Vgl. Nov. 115. cap. 3. §. 3. 5. cap. 4. §. 1. 2.

³⁵² Dagegen Glüd a. a. D. Bd. 7. S. 206. Franke a. a. D. S. 292. Mühlensbruch a. a. D. Bd. 37. S. 382—391.

³⁵³ Arg. L. 11. Cod. de inoff. test. Vgl. oben Note 336.

³⁵⁴ Vgl. oben Note 81—126.

³⁵⁵ Vgl. Glüd a. a. D. Bd. 7. S. 454. Note 63—72. Puchta, Pand. §. 491. Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 65.

³⁵⁶ Glüd a. a. D. S. 155—160. Bluntzschli a. a. D. S. 253 flg. Mühlensbruch a. a. D. Bd. 37. S. 374—379. Note 58.

Aber die Wirkung der Querel der Geschwister beschränkt sich in jedem Falle nur auf den Erbtheil derjenigen Personen, deren Einsetzung die rechtswidrige Kränkung für jene enthält. Wenn also eine verächtliche Person mit anderen ehrenhaften zusammen eingesetzt ist, so kann die Querel nur gegen jene allein gerichtet und so nur theilweise Intestaterbfolge herbeigeführt werden³⁵⁷, in welchem Falle dann auch die Vermächtnisse nur, soweit sie den Erbtheil des verdrängten Erben treffen, ungiltig werden. Hieraus ergibt sich zugleich, daß Geschwister nicht in jedem Falle, wenn verächtliche Personen zu Erben eingesetzt sind, ihren ganzen Pflichttheil erlangen können, nämlich dann nicht, wenn diese Personen selbst auf weniger, als der Pflichttheil der Geschwister beträgt, eingesetzt sind.

C. Das Recht der dürftigen Wittve.

Dieses ist schon an einem anderen Orte in diesem Werke näher bestimmt worden³⁵⁸. Es fragt sich nur, durch welches Rechtsmittel die Wittve ihren Anspruch geltend zu machen habe, wenn ihr der gebührende Erbtheil nicht hinterlassen worden ist? Ausdrücklich erklärt das Gesetz, daß, wenn der Mann ihr ein Vermächtniß von geringerem Betrage als jener Erbtheil hinterlassen habe, das Fehlende ergänzt werden solle³⁵⁹, wobei denn die Bestimmungen über die Ergänzungsklage der Kinder und Eltern analog anzuwenden sind. Aber auch wenn ihr nichts hinterlassen ist, kann die Wittve jedenfalls nicht das ganze Testament anfechten, sondern nur den ihr gebührenden Theil des Nachlasses in Anspruch nehmen, und da ihr nicht das Recht gegeben ist, diesen als Erbin zu begehren, so ist es consequent, daß man ihr auch in diesem Falle nur eine persönliche Klage gegen die eingesetzten Erben auf Auszahlung des ihrem gesetzlichen Erbtheile entsprechenden Vermögensbetrages, als eines durch das Gesetz ihr gewährten Vermächtnisses, beilege³⁶⁰. Wenn übrigens durch einen anderen Notherben die Intestaterbfolge herbeigeführt wird, so tritt alsdann die Wittve auch als gesetzliche Erbin ein, soweit sie nicht anderweitig befriedigt ist.

D. Das Recht des unmündig Arrogirten.

Auch dieses ist schon an einem andern Orte näher bestimmt worden³⁶¹. Es fragt sich aber noch, wie sich dieses Recht auf die sogen. Quarta

³⁵⁷ §. 1. J. de inoff. test. L. 24. D. de inoff. test. Cf. L. 15. §. 2. ibid.

³⁵⁸ Rechtslexikon Bd. V. S. 697—699. (oben S. 61. fg.)

³⁵⁹ Nov. 53. cap. 6.: Si autem legatum ei reliquerit vir, minus autem quarta parte, compleri hoc.

³⁶⁰ Grande a. a. D. S. 481—483.

³⁶¹ Rechtslexikon Bd. I. S. 157.

Divi Pii zu dem Notherbenrechte der Kinder verhalte, zu welchen ja der Arrogirte auch gehört. Diese Quarta besteht in einem Vierteltheile des Vermögens des Arrogators³⁶², kommt also, wenn der Arrogatus der einzige Intestaterbe wäre, dem Pflichttheile, welcher ihm nach älterem Rechte schon als Descendenten gebührte, gleich; aber es ist deßhalb keineswegs zu behaupten, daß nun durch Nov. 18. cap. 1. auch jene Quarta zu einem Dritteltheile oder gar zur Hälfte gesteigert worden sei; denn sie war durchaus nicht identisch mit dem Pflichttheile der Descendenten, welcher wesentlich nur als eine Quote ihres Intestaterbtheiles bestimmt ist, während jene nicht nur der enterbte, sondern auch der emancipirte Arrogatus, dem das Intestaterbrecht eines Descendenten gar nicht mehr zusteht, fordern kann, und zwar als eine Schuld der Erbschaft, also mit einer persönlichen Klage gegen die Erben, testamentarische oder Intestaterben³⁶³. Wenn nun aber der Arrogirte in der Gewalt des Arrogators geblieben ist, so kann eine Collision zwischen dem Rechte auf die Quarta Divi Pii und dem Notherbenrechte, was ihm als Descendenten des Erblassers zukommt, sich ergeben, und dasselbe ist auch dann möglich, wenn der Arrogirte, er sei emancipirt oder nicht, ohnehin schon nach der natürlichen Verwandtschaft zu den pflichttheilsberechtigten Descendenten gehört. Gewiß ist nun, daß in solchem Falle der Arrogirte nicht die genannte Quarta und außerdem noch von dem übrigen Vermögen seinen Pflichtheil als Descendent fordern kann³⁶⁴. Ungegründet aber ist es, wenn man ihn schlechthin nur auf das Recht der Quarta einschränken und ihm das Recht eines Descendenten, sofern es vortheilhafter für ihn wäre, nicht zugestehen will³⁶⁵. Nur die querela inofficiosi des älteren Rechtes wird ihm abgesprochen³⁶⁶, und zwar aus dem Grunde, weil durch die gesetzlich ihm gebührende Quarta jedenfalls sein Pflichttheilsanspruch vollkommen gedeckt war, also der Pflichtheil ihm nicht hinterlassen zu werden brauchte, um die nur subsidiär zulässige querela inofficiosi testamenti auszuschließen. Dagegen ist nicht zu bezweifeln, daß der Arrogirte als suus heres ebenso gut wie jedes andere vollgiltig adoptirte Kind entweder eingesetzt oder enterbt werden mußte, wie schon daraus hervorgeht, daß der Anspruch auf die Quarta Divi Pii eben dem exherediten, nicht dem präterirten Kinde beigelegt wird, weil

³⁶² §. 3. J. de adopt. 4. 11. L. 13. D. si quid in fraud. patroni. 38. 5.

³⁶³ §. 3. J. cit. L. 1. §. 21. D. de collat. 37. 6.

³⁶⁴ L. 8. §. 15. D. de inoff. test.

³⁶⁵ So behauptet noch mit Anderen Franke a. a. O. S. 476 flg. Puchta a. a. O. §. 488. Note d; vgl. §. 493.

³⁶⁶ L. 8. §. 15. cit.

das letzte wegen der Ungiltigkeit des Testamentes ohnehin ab intestato erbte³⁶⁷. Ebenso muß man dann behaupten, daß dasselbe nach Nov. 115. auch Anspruch auf Erbeinsetzung habe, wie andere Descendenten, und gleich diesen das Testament anfechten könne, wenn es ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes ausgeschlossen ist, und nicht minder ist es berechtigt, den ganzen Pflichttheil zu fordern, wie er sich nach Nov. 18. berechnet, wenn auch die Quarta Divi Pii weniger betragen sollte³⁶⁸.

Eine andere Frage ist, ob dem in der Unmündigkeit Arrogirten unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes auch die Quarta Divi Pii entzogen werden könne³⁶⁹. Dieß ist zu verneinen. Nur dem ex iusta causa Emancipirten wird das Recht darauf stillschweigend abgesprochen, dem Exhereditirten wird dasselbe schlechthin und ohne Beschränkung beigelegt³⁷⁰. Wenn der Arrogator den Undankbaren, obwohl ihm der Anlaß dazu gegeben war, nicht emancipirt und so seiner natürlichen Familie zurückgegeben hat, so kann dieser, um den letzten Willen des Arrogators sich nicht kümmernd, die Quarta Divi Pii als Schuld von der Erbschaft fordern³⁷¹.

Schließlich ist nun noch im allgemeinen zu bemerken, daß den Personen, welche Anspruch auf einen Pflichttheil haben, den letztwillige Verfügung nicht willkürlich schmälern kann, zugleich ein Schutz gewährt ist, gegen Beeinträchtigung dieses Anspruches durch Veräußerungen, insbesondere durch freigebige Zuwendungen, welche der Erblasser bei Lebzeiten vollzogen hatte. Dem unmündig Arrogirten dient zu diesem Zwecke, in Betreff der Quarta Divi Pii die Calvisiana und Faviana actio, die ursprünglich zum Schutze des Patrons gegen Verschleuderungen des Freigelassenen eingeführt ist³⁷², anderen Pflichttheilsberechtigten die querela inofficiosae donationis³⁷³ und inofficiosae dotis³⁷⁴.

Von Anfechtung einer Schenkung wegen Schmälderung des Pflichttheiles findet sich die erste Spur in einem Rescripte des Alexander

³⁶⁷ Grande sagt: es werde sich nimmer erweisen lassen, daß dieß die Ansicht des römischen Rechtes sei. Aber da er selbst nicht beweist, daß der impubes arrogatus suus heres des Arrogators ist, so läge ihm der Beweis ob, daß dieser suus heres gegen die Regel auch präterit werden dürfe, dieser Beweis aber wird durch L. 2. Cod. de adopt. 8. 47. wahrlich nicht geliefert.

³⁶⁸ Vgl. v. Bangerow, Pand. I. §. 252.

³⁶⁹ Auch dieß wird von Grande behauptet a. a. D. S. 474 flg.

³⁷⁰ §. 3. J. cit.: si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine iusta causa emancipaverit.

³⁷¹ v. Bangerow a. a. D. S. 391.

³⁷² L. 13. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. Vgl. darüber Rechtslegikon Bd. I. S. 56—58, 157.

Grande a. a. D. S. 486—498.

³⁷³ Cod. de inofficiosis donationibus. 3. 29.

³⁷⁴ Cod. de inofficiosis dotibus. 3. 30. Vgl. über beide Rechtsmittel Grande a. a. D. S. 498 bis 540. Mühlenbruch a. a. D. Bd. 36. S. 38—139.

Severus, welches der Jurist Paulus anführt³⁷⁵. Spätere Constitutionen haben Näheres darüber bestimmt, aber freilich zu vielen Streitfragen Raum gelassen. Schenkungen unter Lebenden (denn die auf den Todesfall sind auch in dieser Beziehung den Vermächtnissen gleichzustellen) können darnach durch eine Rescissionsklage, nach Analogie der querela inofficiosi testamenti³⁷⁶, nach dem Tode des Schenkers von denjenigen angefochten werden, deren Pflichttheil dadurch verletzt worden ist³⁷⁷. Jedoch wird nur Kindern und Eltern dieses Recht ausdrücklich beigelegt, und nicht ohne Grund hat man die Ausdehnung desselben auf Geschwister, die nur ein bedingtes Notherbenrecht haben, und auf die dürftige Wittve, welcher niemals eine querela inofficiosi testamenti zustand, als unzulässig angefochten³⁷⁸. Die herrschende Meinung ist aber dennoch für eine solche Ausdehnung³⁷⁹, wenigstens zu Gunsten der Geschwister, falls nämlich der Beschenkte eine Person ist, deren Erbeinsetzung jene zur querela inofficiosi testamenti berechtigen würde³⁸⁰.

Die Rückforderungsklage richtet sich gegen den Beschenkten oder dessen Erben. Die von Manchen vertheidigte Meinung, daß sie gleich einer qualificirten Erbschaftsklage auch gegen den dritten Besitzer stattfinde³⁸¹, wird mit Recht von den Meisten als völlig ungegründet verworfen³⁸². Ungegründet aber ist es auch, wenn man dabei von der Ansicht ausgeht, daß der Kläger Erbe des Schenkers sein müsse³⁸³. Dieß ist in den

³⁷⁵ L. 87. §. 3. D. de legat. III.

³⁷⁶ Juxta formam, ad similitudinem, ad iustar inofficiosi testamenti querelae. L. 1. 2. 4. 6. 9. Cod. h. t.

³⁷⁷ Daß auch der Schenker selbst die übermäßige Schenkung zurückfordern könne, behaupten Viele nach L. 5. Cod. h. t. für den Fall, wenn demselben nach der Schenkung noch rechtmäßige Kinder geboren werden. Vgl. Mühlenthal a. a. D. S. 56—70. v. Ranagerow, Pand. II. S. 292. Buchta, Pand. §. 491. Note c. Breidenbach, im Arch. für civ. Prag. XXVIII. S. 37 flg. Die Meisten sind dagegen. Vgl. Glück a. a. D. Bd. VII. S. 167—170. Mühlenthal a. a. D. S. 57. Note 22. Savigny, System IV. S. 226. Note c. Die Worte ad patrimonium tuum revertetur braucht man nicht so ängstlich buchstäblich zu nehmen; dem Zwecke aber: ut filii postea nati debitum honorum subsidium, sc. id, quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam liberis relinqui necesse est, consequantur, entspricht jene Meinung nicht zum besten; denn was der Vater selbst zurückhält, das kann er nicht nur selbst aufzehren, sondern braucht davon auch seinen Kindern wieder nur den Pflichttheil zu hinterlassen. Freilich spricht für die erste Meinung die Erklärung der byzantinischen Interpreten, welche den Inhalt der L. 5. cit. als eine singuläre Neuerung bezeichnen. Basilic. XLI. 4. ed. Heimbach vol. IV. p. 157.

³⁷⁸ Buchta a. a. D.

³⁷⁹ Grande a. a. D. S. 503. Mühlenthal a. a. D. S. 55. 56.

³⁸⁰ Mayer, Erbr. I. S. 298. Dieser beruft sich auf L. 4. Cod. h. t., wo er das Wort omnibus für absichtlich interpolirt hält, anstatt das in L. un. Th. Cod. h. t. vorkommenden omnis, und das selbe für den Dativ nimmt, als hieße es in commodum omnium, sc. qui de inofficioso agere possunt.

³⁸¹ Glück a. a. D. S. 171—176.

³⁸² Mühlenthal a. a. D. S. 70—74.

³⁸³ So Grande a. a. D. S. 501. 517. Mühlenthal a. a. D. S. 71.

Gesetzen nirgend ausgesprochen³⁸⁴, es folgt auch nicht aus der ohnehin nicht durchgreifenden Vergleichung mit der querela inofficiosi testamenti³⁸⁵, und dem Zwecke des Institutes ist es zuwider; denn müßte der Notherbe, um die pflichtwidrige Schenkung anzufechten, die Erbschaft annehmen, so könnte ihm der kaum gerettete Pflichttheil wieder entgehen, um die Gläubiger zu befriedigen; diesen würde die Rescission der Schenkung zu Gute kommen, wenn gleich die letzte nicht als alienatio in fraudem creditorum facta angefochten werden konnte³⁸⁶.

Sehr streitig ist auch die Frage, in welchem Maße die pflichtwidrige Schenkung rückgängig gemacht werden könne. Nach der herrschenden Meinung kann dieß nur insoweit geschehen, als durch die Schenkung der Pflichttheilsanspruch des Klägers beeinträchtigt worden ist³⁸⁷, und diese Meinung wird auch durch mehrere Stellen des Justinianischen Rechtes unterstützt³⁸⁸, wenn gleich zugegeben werden muß, daß nach dem oben angeführten Rescript von Alexander Sever eine weiter sich erstreckende Revocation der Schenkung anerkannt zu sein schien³⁸⁹, wie auch die querela inofficiosi testamenti nicht bloß auf den Pflichttheil sich beschränkte. Viele aber behaupten eben deswegen, jedoch mit mehrfältigen Unterscheidungen, daß die Schenkung ganz oder doch zu dem der Intestaterbportion des Klägers entsprechenden Theile zurückgefordert werden könne³⁹⁰; insbesondere ist in neuester Zeit wieder die Ansicht ausführlich vertheidigt worden, daß im Falle gänzlicher Ausschließung vom Pflichttheile der Kläger ganz nach Analogie der querela inofficiosi testamenti die Schenkung bis zu dem seiner Intestaterbportion entsprechenden Betrage zurückfordern, im Falle einer bloßen Verkürzung aber nach den Bestimmungen über actio suppletoria nur auf Ergänzung des Pflicht-

³⁸⁴ Wenn L. 3. Cod. h. t. den Fall setzt, daß die Eltern inane nomen heredis liberis reliquerunt, so will sie diesen gewiß nicht zumuthen, die bedeutliche Erbschaft anzutreten, um dann erst als Erben durch Rückforderung der Schenkung ihren Pflichttheil zu erobern.

³⁸⁵ Wer die querela inofficiosi testamenti anstellte, war nicht schon Erbe, sondern wollte es erst durch die Rescission des Testaments werden; wer die querela inofficiosae donationis anstellt, braucht nicht schon Erbe zu sein, will es aber auch nicht durch die Rescission der Schenkung werden.

³⁸⁶ Man könnte sich hiergegen auf das beneficium inventarii berufen wollen; allein dieses bestand noch nicht nach vorjustinianischem Rechte, und wenn der Notherbe den Gegenstand der revocirten Schenkung als Erbe besäße, so würde es auch die Gläubiger nicht hindern, den Betrag desselben zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen.

³⁸⁷ Glück a. a. D. Bd. VII. S. 158—173. Mühlenthal a. a. D. S. 97—117. v. Wangerow a. a. D. S. 292—295.

³⁸⁸ L. 2. 5. 7. 8. Cod. h. t. L. un. Cod. de inoff. dot. 3. 30. und besonders auch noch Nov. 92. cap. 1.

³⁸⁹ L. 87. §. 3. cit. Ratio deprecit id quod donatum est pro dimidia parte revocari, wobei man annimmt, daß mit dem beschenkten Enkel noch ein Intestaterbe concurrirte.

³⁹⁰ Vgl. über die verschiedenen Meinungen Glück und Mühlenthal a. a. D. mit Breibenbach im Arch. für civilist. Prag. Bd. XXVII. S. 339—344.

theiles klagen könne³⁹¹. Indessen kann eine gänzliche Ausschließung vom Pflichttheile bloß als Folge einer Schenkung eigentlich nicht stattfinden, indem diese nur über das gegenwärtige Vermögen verfügt und die Erbfolge in den Nachlaß des Schenkers nicht ausschließt³⁹².

Was die Voraussetzungen der querela inofficiosae donationis betrifft, so wird von Manchen behauptet, daß die Schenkung aus der bösslichen Absicht des Schenkers, den Pflichttheil zu verkürzen oder doch aus liebloser Gesinnung gegen die Notherben hervorgegangen sein und daher auch das Dasein dieser Absicht oder lieblosen Gesinnung vom Kläger bewiesen werden müsse, wobei sie jedoch zugeben, daß diese aus der Handlung selbst hervorleuchten könne, wenn Jemand so viel weg-schenkte, daß er sich die darin liegende Schmälerung des Pflichttheils ohne grobe Schuld nicht verhehlen konnte³⁹³. Auch scheinen mehrere Stellen auf eine solche Voraussetzung deutlich hinzuweisen³⁹⁴. Allein diese Stellen sind nur Rescripte, welche auf solche allerdings häufige Fälle Bezug nehmen; andere Stellen dagegen setzen nur ein den Pflichttheil verletzendes Mißverhältniß der Schenkungen zum Vermögen des Schenkenden voraus, ohne auf die Gesinnung des Letzten Rücksicht zu nehmen³⁹⁵, und auch bei der querela inofficiosi testamenti und actio suppletoria kommt es nur auf die objective Verletzung des Pflichttheils an. Daher verdient die herrschende Meinung, welche den Beweis jener lieblosen Absicht des Schenkers überall nicht erfordert, den Vorzug³⁹⁶.

Jedenfalls aber wird vorausgesetzt, daß die Schenkung ihrem Betrage nach als eine übermäßige (immodica) und daher pflichtwidrige (inofficiosa) erscheine. Dieß ist der Fall, wenn das Vermögen durch Schenkung in dem Maße verringert wird, daß das übrigbleibende nicht mehr so viel beträgt, als der Pflichttheil von dem ganzen Vermögen des Schenkers, wenn dieses nicht durch Schenkungen geschwächt worden wäre, betragen würde³⁹⁷. Es kommt also dabei zunächst auf das Ver-

³⁹¹ Breidenbach a. a. D. S. 338—369. und Bb. XXVIII. S. 28—33.

³⁹² Puchta, Pand. §. 491. Note f.

³⁹³ Unter den Neueren haben diese Ansicht vorzüglich vertheidigt Kriß, über die querela inoff. donat. in seinen Abhandlungen S. 125 fg. und Mühlenthal a. a. D. S. 74—97. Vgl. auch Mayer, Erbr. I. §. 108. Note 4. §. 110. Note 2.

³⁹⁴ L. 87. §. 3. D. cit. L. 1. 8. Cod. h. t. Cf. Fragm. Vat. 270.

³⁹⁵ L. 2. 3. 4. 6. 7. Cod. h. t. Cf. Fragm. Vat. §. 271. 282. Ob eine donatio oder liberalitas immensa, immodica, enormis und daher improbabilis sei, das bestimmt sich eben nur darnach, ob sie den Notherben ihren Pflichttheil übrig lasse.

³⁹⁶ Hille, de immodicar. donat. querela diss. (Marb. 1828.) p. 27—32. Franke a. a. D. S. 505—508. v. Bangerow a. a. D. S. 290 fg.

³⁹⁷ Ob die Größe des Pflichttheils hier ebenso zu bestimmen sei, wie nach Nov. 18. cap. 1. bei der querela inofficiosi testamenti, ist zwar in neuerer Zeit rüchichtlich der Ascendenten (und Geschwister) bestritten worden, weil nur rüchichtlich der Kinder Nov. 92. die Bestimmung der Nov. 18.

hältniß der Schenkung zu dem ganzen Vermögen des Schenkers im Zeitpunkt der Schenkung an. Ist dieselbe in diesem Zeitpunkt nicht übermäßig, so kann sie nicht als pflichtwidrig angefochten werden, wenn gleich das nicht verschenkte Vermögen späterhin durch andere Umstände so vermindert wird, daß nun den Nothherben nicht mehr der Pflichttheil von dem ursprünglichen Vermögen des Schenkers übrig bleibt. Wenn aber durch mehrere nicht gleichzeitige Schenkungen das Vermögen so weit herabgebracht ist, so können allerdings die späteren Schenkungen, obgleich sie für sich, nach dem dormaligen Stande des Vermögens, das Maß nicht überschreiten, als pflichtwidrig angefochten werden; das Vermögen soll im ganzen durch Schenkungen, gleichzeitige oder nicht gleichzeitige, nicht in dem Maße verringert werden, daß den Nothherben der Pflichttheil nicht übrig bleibt; es müssen also alle Schenkungen zusammengerechnet werden, um zu sehen, ob überhaupt übermäßig geschenkt worden sei³⁹⁸; aber, wenn dieß der Fall ist, so sind doch nur diejenigen Schenkungen als pflichtwidrige in Anspruch zu nehmen, welche wirklich an dem den Nothherben vorzubehaltenden Theile des Vermögens sich vergriffen, und nur in dem Maße, in welchem dieß der Fall war, nicht auch die früheren, welche noch nicht über jene gesetzliche Schranke der Freigebigkeit hinausreichten³⁹⁹.

Wenn jedoch auch die Schenkung wirklich pflichtwidrig war, so kann sie doch nur insofern angefochten werden, als sich beim Tode des Schenkers ergibt, daß der Notherbe aus dessen Nachlasse nicht so viel erhalte, als ihm derselbe pflichtmäßig hinterlassen sollte⁴⁰⁰. Wenn daher das Vermögen nach der Vornahme der pflichtwidrigen Schenkung durch neuen Erwerb wiederum solchen Zuwachs erhält, daß dem Nothherben nichtsdestoweniger sein voller Pflichttheil zukommt, so kann sich derselbe nicht beschweren. Nur muß hier bei der Berechnung der Größe des

auf pflichtwidrige Schenkungen ausgedehnt habe. Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Untersuchungen S. 75 fg. Aber mit Recht wird dieses Bedenken von Allen als ungegründet angesehen. Es hätte der Nov. 92. gar nicht bedurft, um auch in Betreff der Schenkungen die Erhöhung des Pflichttheiles nach Nov. 18. geltend zu machen. Vgl. Franke a. a. D. S. 503 fg. Mühlenbruch a. a. D. S. 115. fg. Eine Abweichung in der Berechnung des Pflichttheiles aber kommt darin vor, daß, wer Schenkungen an Andere als pflichtwidrig anfechten will, sich auch die Schenkungen, welche er selbst empfangen hat, in seinen Pflichttheil anrechnen muß. Arg. L. 6. 7. Cod. h. t. Nov. 92. Franke a. a. D. S. 516.

³⁹⁸ In mehreren Stellen ist ausdrücklich von einer Mehrheit von Schenkungen als Anlaß der Querel die Rede; L. 1. 3. 5. 6. 8. Cod. h. t. Es wäre willkürlich, sich diese als gleichzeitige zu denken; die gesetzliche Bestimmung würde aber auch, wenn dieß richtig wäre, durch die Leichtigkeit der Umgehung ganz vereitelt werden.

³⁹⁹ Gegen die Meinung, als ob alle Schenkungen pro rata parte rescindirt werden müßten, vgl. Franke a. a. D. S. 514. Dieß gilt nur von gleichzeitigen Schenkungen, in derselben Art wie von pflichttheilberlehenden Vermächtnissen, als welche immer dem Rechte nach gleichzeitige sind.

⁴⁰⁰ Arg. Nov. 92. cap. 1.

Pflichttheils auch der spätere Zuwachs des Vermögens mit in Anschlag gebracht werden; es genügt nicht, daß nun gerade die durch die Schenkung bewirkte Verkürzung des Pflichttheiles, nach dem Vermögensstande zur Zeit der Schenkung berechnet, durch die spätere Vermögensvermehrung wieder ausgeglichen werde; vielmehr können z. B. fünf Kinder, deren Vater von seinem 8000 betragenden Vermögen 5000 verschenkt und dann wieder 1000 dazu erworben hat, immer noch 500 von der Schenkung zur Ergänzung ihres Pflichttheiles zurückfordern, weil dieser nun nicht bloß von 8000, sondern von 9000 die Hälfte ausmacht⁴⁰¹. Die Consequenz aber erfordert weiter anzunehmen, daß, wenn einmal durch Vermögensvermehrung die Verletzung des Pflichttheiles wieder vollständig aufgewogen war, dann aber durch andere Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder consumirt wird und daher beim Tode des Schenkers die Notherben wirklich nicht mehr so viel vorfinden, als ihr Pflichttheil zur Zeit jener älteren Schenkung betragen hätte, nun dennoch diese nicht mehr angefochten werden könne; denn der Grund der Verkleinerung des Pflichttheiles liegt nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensvermehrung beseitigt war, sondern in der noch später eingetretenen zufälligen Vermögensminderung, welche nicht das Recht gibt, eine frühere Schenkung anzufechten. Unzweifelhaft ferner wird die Anfechtung der Schenkung ausgeschlossen, wenn durch eine Veränderung in der Person der Notherben die Verletzung des Pflichttheiles beseitigt wird. Wenn z. B. in dem eben erwähnten Falle eines der fünf Kinder vor dem Vater gestorben wäre, so könnten die überlebenden vier die Schenkung von 5000 nicht anfechten, weil ihr Pflichttheil nur ein Dritteltheil der Intestaterbportion beträgt, dieses aber in den übrig gebliebenen 3000 noch vollständig enthalten ist, obwohl nun jedes Kind weniger bekommt als wenn alle fünf am Leben geblieben wären. Ebenso ist es gewiß, daß der Notherbe, welchem durch letztwillige Verfügung so viel zugewendet wird, als sein Pflichttheil betrug, die Schenkung nicht anfechten kann. Wenn z. B. der Vater ein Kind übermäßig beschenkte, dann aber das andere zu einem größeren seinen Pflichttheil deckenden Erbtheil einsetzt⁴⁰², oder wenn der Vater von zwei Kindern $\frac{5}{6}$ seines Vermögens an Fremde

⁴⁰¹ Dies ist nicht berücksichtigt von Hommel, Rhapsod. V. p. 16. und Glück a. a. D. Bd. VII. S. 98. Vgl. dagegen Grande a. a. D. S. 510. Mühlenthal a. a. D. S. 119. 120.

⁴⁰² Auf diesen Fall bezieht sich Nov. 92. Dieses Gesetz berechtigt nicht nur, sondern verpflichtet sogar den Vater, welcher einige von seinen Kindern übermäßig beschenkt hat, dieses durch letztwillige Verfügung wieder auszugleichen, also den beschenkten Kindern weniger zu hinterlassen, als ihr Pflichttheil vom Nachlasse beträgt, obgleich sonst einfache Schenkungen unter Lebenden nicht in den Pflichttheil eingerechnet werden.

verschenkte, dann aber das eine gültig enterbt und das andere allein auf das übrig gebliebene $\frac{1}{6}$ einsetzt, oder wenn ein Sohn nach solcher Schenkung den Vater allein einsetzt mit Uebergehung eines noch lebenden Bruders, so muß die Schenkung unangefochten bleiben, weil der Notherbe in allen diesen Fällen so viel bekommt, als ihm gesetzlich gebührt. Was aber den letzten Fall betrifft, so dürfte man consequent behaupten, daß auch dann, wenn der Schenker ohne Testament stirbt, die Schenkung nicht angefochten werden könne. Da nämlich der Bruder weder auf Hinterlassung eines Pflichttheiles, noch auf Einsetzung Anspruch machen kann (falls nicht eine turpis persona bedacht wird), so ist die Schenkung, die den Pflichttheil des Vaters übrig läßt, noch gar keine pflichtwidrige Schenkung; pflichtwidrig ist nur die Unterlassung einer letztwilligen Verfügung, wodurch dem Intestaterbtheile des Vaters so viel zugelegt wird, daß er den Pflichttheil ungeschmälert erhalte. Der Anspruch auf den Pflichttheil ist ein gesetzlicher Anspruch, der vor allem zunächst aus dem wirklichen Nachlasse zu befriedigen ist, und nur eventuell, so weit dieser nicht ausreicht, kann eine Schenkung unter Lebenden deshalb angefochten werden; daher wird den nicht pflichttheilsberechtigten Miterben vorerst Alles entzogen, ehe eine Schenkung als pflichtwidrige angegriffen werden kann.

Eine andere Frage ist es, ob die Schenkung auch in subjectiver Beziehung schon im Zeitpunkte ihrer Vornahme als pflichtwidrige sich darstellen müsse, um später aus diesem Grunde angefochten werden zu können; ob also die in jenem Zeitpunkte noch nicht vorhandenen Notherben die Schenkung jedenfalls nicht anfechten können. Versteht man die L. 5. Cod. h. t. so, wie oben in Note 377 nach der herrschenden Meinung angenommen wurde, so ist diese Frage zugleich mit entschieden; alsdann sind die später erzeugten Kinder befugt, die früher vollzogene Schenkung anzufechten, um den Pflichttheil zu erlangen⁴⁰³. Aber auch wenn man jene Stelle zunächst auf ein Revocationsrecht des Vaters selbst deutet, scheint es angemessen, dasselbe den nachgeborenen Kindern einzuräumen, wenn der Vater keinen Gebrauch davon macht⁴⁰⁴. Dem der ausdrücklich erklärte Zweck des Gesetzes ist: ut filii postea nati debitum honorum subsidium consequantur. Zudem es somit den fraglichen Theil der Schenkung als debitum subsidium, d. i. als Pflicht-

⁴⁰³ Glück a. a. D. S. 167.

⁴⁰⁴ So nimmt auch Franke an a. a. D. S. 119. und Mayer, Erbr. §. 108. Note 1. 4, welcher schon in dem Nichtdenken an postumi eine zur Begründung der Quereel genügende Lieblosigkeit erkennt. Vnd. Meinung Mühlensbruch a. a. D. S. 69. 70. v. Vangerow a. a. D. S. 292., der erste jedoch einräumend, daß es dem Richter, der hier Willigkeit üben will, so wenig an Gründen als an Autoritäten dafür fehlen werde.

theil, bezeichnet, kann es nicht zugleich die Verwirklichung des betreffenden Anspruches dem bloßen Gutdünken des Schenkers Preis geben wollen oder die Vereitelung jenes Zweckes durch dessen Unthätigkeit gut heißen; vielmehr liegt in dieser Unterlassung dann eben eine Verletzung des Pflichttheilsrechtes der nachgeborenen Kinder, welche diese zur Rückforderung berechtigt ⁴⁰⁵. Wenn man umgekehrt eben darin, daß hier die querela inofficiosae donationis für die nachgeborenen Kinder nicht begründet sei, den Grund zu erkennen glaubt, warum iure singulari dem Schenker selbst die Rückforderung gestattet werde ⁴⁰⁶, so traut man dem Gesetzgeber ein seinem Zwecke schlecht entsprechendes Manoeuver zu, den er ohne stärkere Abweichung von der Consequenz sicher erreichen konnte ⁴⁰⁷. Minder bedenklich wird man sein, denjenigen die querela inofficiosae donationis einzuräumen, welche zur Zeit der pflichtwidrigen Schenkung zwar noch nicht unmittelbares Notherbenrecht hatten, z. B. Enkel oder Eltern, aber nachher in die Stelle der damaligen nächsten Notherben einrücken, da man ja auch bei der querela inofficiosi testamenti eine successio anerkennt.

In allen übrigen Beziehungen nun muß sich die querela inofficiosae donationis nach ihrem Vorbilde, der querela inofficiosi testamenti, richten. Daher findet sie wie diese nur in subsidium Anwendung, wenn kein anderes Rechtsmittel, z. B. in integrum restitutio, zu Gebote steht, um denselben Zweck zu erreichen ⁴⁰⁸. Daher ferner wird sie ausgeschlossen, wenn die Entziehung des Pflichttheiles durch einen gesetzlichen Enterbungsgrund gerechtfertigt wird, welchen der Beschenkte zu beweisen hat ⁴⁰⁹, und sie fällt weg durch den Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist, welche aber hier nicht von der Antretung der Erbschaft, sondern von dem Tode des Schenkers an zu berechnen ist, weil die Klage sofort mit diesem Zeitpunkte gegen den Beschenkten begründet ist ⁴¹⁰, sowie sie auch unvorbereitet nicht auf die Erben des verletzten Notherben übergeht ⁴¹¹.

⁴⁰⁵ Man kann dagegen nicht anführen, daß in anderen Fällen das Recht des Schenkungswiderrufes nicht auf die Erben übergehe; denn hier ist ja das Interesse der Erben allein das Motiv der Gestattung des Widerrufs.

⁴⁰⁶ v. Bangerow a. a. D.

⁴⁰⁷ Auch die Scholien zu den Basiliken (vgl. Note 377.), die ebenfalls von einem ius singulare reden, stimmen mit unserer Ansicht überein, indem sie dieses novum ius durch die Rücksicht rechtfertigen, daß sonst die Kinder durch die Schenkung Unrecht erlitten, ohne eine Hilfe dagegen zu haben, was ebenso auch der Fall wäre, wenn der Vater nicht widerrufen will, dabei aber nicht aussprechen, daß nur dem Vater selbst die Rückforderung zustehet.

⁴⁰⁸ L. 4. Cod. h. t. Cf. L. 2. ibid. Fragm. Vat. §. 281. und darüber Hille l. c. p. 49—54.

⁴⁰⁹ L. 9. Cod. h. t. Nov. 92. cap. 1. §. 1. vgl. mit Nov. 115. cap. 3. 4., welche letzte jetzt auch hier maßgebend ist.

⁴¹⁰ L. 20. Cod. de inoff. test. 3. 28. Cf. L. 5. Theod. Cod. eod. 2. 19. Gluc a. a. D. S. 176 fig. Grande a. a. D. S. 534.

⁴¹¹ Mühlbruch a. a. D. S. 127.

Ganz nach Analogie pflichtwidriger Schenkungen ist die Bestellung eines übermäßigen Heirathsgutes (dos inofficiosa) zu beurtheilen⁴¹²; sie wird nur deshalb besonders hervorgehoben, weil sie dem Manne gegenüber nicht als Schenkung zu betrachten ist⁴¹³. Die Rescissionsklage aber richtet sich hier zunächst gegen den Mann; nach Auflösung der Ehe aber muß sie gegen denjenigen stattfinden, welchem die dos restituirt worden ist. Hat der Besteller selbst sich den Rückfall der dos vorbehalten, so bildet zwar dieses eventuelle Rückforderungsrecht einen Bestandtheil seiner Erbschaft und könnte insofern der Pflichttheil noch ungeschmälert erscheinen; allein da dem Notherben der Pflichttheil sofort nach dem Tode des Erblassers ohne Aufschub und ohne Beschränkung durch Bedingungen verabsolgt werden soll, und auch dieses Recht der Erblasser durch keine willkürliche Verfügung beeinträchtigen darf, so kann man gleichwohl behaupten, daß er die Herausgabe des seinen Pflichttheil ergänzenden Theiles der dos sogleich nach dem Tode des Erblassers verlangen könne, vorbehaltlich des ihm als Erben zustehenden Anspruches auf künftige Restitution der ganzen dos⁴¹⁴.

Auch Vermögensveräußerungen unter onerosem Rechtstitel endlich können wegen Pflichttheilsverletzung angefochten werden, aber nur insofern in denselben eine versteckte Schenkung enthalten ist. Daher ist zu diesem Zwecke auch die querela inofficiosae donationis vollkommen ausreichend und es ist weder nöthig, noch auch im römischen Rechte gegründet, für diesen Fall eine actio Faviana und Calvisiana utilis aufzustellen⁴¹⁵. *

56.

Enterbung. **

Enterbung¹ ist die vom Testator absichtlich erklärte Ausschließung einer Person von der Erbfolge, auf welche dieselbe sonst Anspruch machen

⁴¹² L. un. Cod. h. t. 3. 30. Grande a. a. D. S. 536—540. Mühlensbruch a. a. D. S. 130—133.

⁴¹³ L. 19. D. de o. et a. 44. 7. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1.

⁴¹⁴ Arg. L. 32. 36. Cod. de inoff. test. 3. 28.

⁴¹⁵ Vgl. darüber Grande a. a. D. S. 540—544. Mühlensbruch a. a. D. S. 133—139. Mayer a. a. D. §. 110. S. 300—306.

* Rechtslexikon VIII. S. 79—170. (1851.)

** Lehrb. §. 601—603.

¹ Inst. de exheredatione liberorum. 2. 13. Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. 28. 2. Cod. de liberis praeteritis et exheredatis. 6. 28. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. 6. 29.

könnte. *Exheres esto* war den Römern der übliche Ausdruck dafür; daher *exheredatio*, das Gegentheil der *Erbeinsetzung heres esto*. Indem aber der Begriff nur auf die Erbfolge im eigentlichen Sinne bezogen wird, so verträgt sich damit wohl die Zuwendung von Vermögensvorteilen durch Vermächtniß². Verschieden von der Enterbung ist die Uebergehung, *Präterition*, d. i. stillschweigende Ausschließung durch Nichteinsetzung einer Person, während andere Personen zu Erben eingesetzt werden. Die Unterscheidung beider Begriffe hat jedoch nur insofern Bedeutung, als gewisse Personen nicht übergangen werden dürfen, sondern ausdrücklich ausgeschlossen werden müssen, wenn sie nicht zur Erbfolge gelangen sollen. Und nur in Beziehung auf solche Personen ist von Enterbung im wahren Sinne die Rede; bei anderen ist die ausdrückliche Erklärung, daß sie keinen Theil an der Erbschaft haben sollen, überflüssig, da die bloße Uebergehung eben so viel wirkt³.

Doch bedienten sich die Römer der Formel *exheres esto* auch, um einem eingesetzten Erben die durch diese Einsetzung gegebene Aussicht auf die Erbschaft unter bestimmten Voraussetzungen wieder zu nehmen, und sprachen daher auch in dieser Beziehung von *exheredatio*, obwohl dieß im Erfolg dasselbe war, als ob der *Erbeinsetzung* die entgegengesetzte Bedingung hinzugefügt wäre. So war es nach älterem Rechte bei der Einsetzung *cum cretione* üblich, ausdrücklich hinzuzusetzen: *quodni ita creveris, exheres esto*⁴, und dieß hatte eine stärkere Wirkung, als die *cretio sine exheredatione data*; denn im letzten Falle war der Eingesezte nicht von der Erbschaft ausgeschlossen, wenn gleich er nicht der Vorschrift gemäß *cernendo hereditatem adibat*, sondern der ihm für diesen Fall Substituirte trat nur als bedingt eingesetzter Miterbe neben ihn⁵. Ein gleicher Gebrauch in anderer Anwendung findet sich auch noch in einigen Stellen des Justinianischen Rechtes⁶, bei welchen die Annahme, daß die instituirten und auf einen gewissen Fall wieder *exhereditirten* Personen Hauskinder seien⁷, ganz ungegründet und unzulässig ist; denn es ist darin von *aditio hereditatis* die Rede, und dieses weist geradezu auf *extranei heredes* hin, zumal in der einen Stelle, in welcher wegen

² §. 1. in l. J. h. t. Ulp. XXII 21. L. 12. D. de inoff. test. 5. 2.

³ L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1.: »exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas«.

⁴ Gai. II 165. 174. Ulp. XXII. 27. 33.

⁵ Gai. l. c. §. 177. 178. Ulp. §. 34. Im späteren Rechte ist diese *cretionum scrupulosa solennitas* aufgegeben. L. 17. Cod. de iure delib. 6. 30.

⁶ L. 44. D. de hered. instit. 28. 5. L. 41. §. 8. D. de legat. III. L. 27. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

⁷ So Mühlenbruch in der Fortf. von Glück's C. säuter. der Pand. Bb. 36. S. 402.

Ungiltigkeit der *conditio fraudis causa adscripta* die Erbeinsetzung als unbedingte behandelt wird⁸. Aber auch um schlechtthin, ohne besondere Voraussetzung, eine vorhergehende Erbeinsetzung in demselben Testamente zurückzunehmen, gebrauchte man die Exheredationsformel, und wenigstens im Soldatentestament wurde dadurch die Erbeinsetzung auch wirklich vernichtet⁹. In derselben Stelle aber, welche dieses ausspricht, hat man freilich den Beweis finden wollen, daß in anderen, als Soldatentestamenten, jene *exhereditatio* überall unwirksam sei und ungeachtet derselben die Einsetzung bestehen bleibe¹⁰. Allein, wenn man die bewährte Lesart des Schlußsatzes dieser Stelle zum Grunde legt¹¹, so kann man jenen Beweis nur mittels einer sehr unbefriedigenden Erklärung darin finden¹². Mit besserem Rechte kann man sich darauf vielmehr gerade zum Beweise des Gegentheiles berufen. Der fragliche Satz kann, wenn man jedem Worte die ihm gebührende Bedeutung beilegt, nicht füglich anders verstanden werden, als entweder: im Testamente eines Paganus könne nicht die *hereditas* für sich allein durch *exhereditatio* genommen werden, sondern es müsse dann auch der gesammte übrige Inhalt des Testaments fallen¹³; oder: es könne nicht die einzige *hereditas*, d. i. die einzige im Testamente enthaltene Erbeinsetzung, durch *exhereditatio* aufgehoben werden, weil damit nothwendig das ganze Testament fallen müßte¹⁴.

⁸ L. 27. cit.: *Perinde a dire posse, ac si ea conditio . . . adscripta non esset*. Auch L. 44. cit. gibt gar keine Veranlassung, an Hauskinder zu denken, da es nach Note 4. 5. gewiß ist, daß eine *exhereditatio* in dieser Bedeutung auch bei eingesetzten fremden Erben üblich war.

⁹ L. 17. §. 2. D. de test. milit. 29. 1. Es konnte hierbei schon nach älterem Rechte auf die Exheredationsform nicht einmal ankommen, da in Soldatentestamenten überall die klare Absicht ohne Rücksicht auf Form entscheiden soll.

¹⁰ Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 403.

¹¹ *Quum in paganorum testamento sola hereditas exheredatione adimi non possit*. Mühlenbruch schreibt freilich: *sola exheredatione hereditas*, und macht S. 405. Note 99 a. gegen die Beziehung des Wortes *sola* auf *hereditas* die mißbilligende Bemerkung: „der ganze Zusammenhang bietet doch wahrlich nicht die geringste Veranlassung, dem Juristen eine so unnatürliche Construction Schuld zu geben“. Aber die bewährtesten Ausgaben haben alle *sola hereditas exheredatione* und erwähnen nicht einmal einer Variante; es scheint daher die Mühlenbruch'sche Lesart auf einem Versehen zu beruhen. Uebrigens fehlt auch in manchen Handschriften die *negatio* vor *possit*.

¹² Man müßte nämlich interpretiren: während in dem Testamente eines Paganus die *hereditas* aber diese allein unter allen testamentarischen Verfügungen, nicht durch *exhereditatio* kann zurückgenommen werden. Denn *sola* muß auf *hereditas* bezogen werden, wenn man nicht dem Juristen eine unnatürliche Construction Schuld geben will, die sich nur, wenn er in Versen schriebe, rechtfertigen ließe. Aber es wäre in dieser Verbindung ganz unmotivirt, zu sagen, daß nur allein die *hereditas* nicht zurückgenommen werden könne, und es wäre sogar absurd, zu sagen, daß nur allein die *hereditas* durch *exhereditatio* nicht genommen werden könne, da durch *exhereditatio*, wenn nicht die *hereditas*, doch gewiß keine andere letztwillige Verfügung aufgehoben wird.

¹³ Dies ist die Erklärung des Cujacius ad L. 13. §. 1. D. h. t. (opp. edit. Neapol. I. p. 1064), die auch von mehreren Anderen gebilligt ist. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Note 99. 99 a.

¹⁴ Es möchte gewaltsam scheinen, *sola hereditas* auf diese Weise zu erklären; aber oft genug ist eines *solus heres scriptus* erwähnt, z. B. in L. 4. §. 1. D. de cond. institut. 28. 7. L. 1. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. L. 52. 68. D. de acquir. hered. 29. 2., und es konnte der Kürze wegen wohl auch jener Ausdruck gerechtfertigt erscheinen. Oder sollte vielleicht *totā hereditas* zu lesen sein? Vgl. die folg. Ann.

Diese letzte Erklärung scheint die richtige; doch kann auch der anderen eine solche Wendung gegeben werden, daß sie im Resultate mit derselben übereinstimmt; nämlich: es kann nicht die hereditas allein, ohne den ganzen Inhalt des Testaments zu zerstören, zurückgenommen werden, und eben daher ist die exhereditatio in Beziehung auf die einzige darin enthaltene Erbeinsetzung ungiltig, da der Testator nicht das ganze Testament mag umsonst gemacht haben. Dieses wird auch sehr unterstützt durch eine andere Stelle, in welcher, wenn nicht derselbe, doch ein ganz ähnlicher Fall auf gleiche Weise entschieden wird¹⁵. Dafür aber, daß überhaupt wohl eine spätere Exhereditation die vorher in demselben Testamente erklärte Erbeinsetzung wieder aufheben könne, gewährt zudem noch L. 21. D. h. t. ein *argumentum a contrario*¹⁶, welches, wenn auch für sich allein nicht von ganz entscheidendem Gewicht, doch nicht so unbedeutend ist, als es mit Rücksicht auf L. 27. §. 1. 2.¹⁷, vergl. mit L. 67. D. de hered. instit., dargestellt wird. Nach demjenigen nämlich, was oben über Wirksamkeit der *cretio sine exheredatione data* gesagt worden ist, darf es als ausgemachter Satz des classischen Rechtes angesehen werden, daß eine sonst gültige Erbeinsetzung nicht indirecte durch eine andere Verfügung desselben Testaments, ohne förmliche Aufhebung durch *exhereditatio*, ausgeschlossen werde, und darnach mußte consequent der unbedingten Erbeinsetzung derselben Person immer der Vorzug vor der bedingten gegeben werden, jene mochte vor oder nach dieser stehen, wenn nicht der letzten eine *exhereditatio* unter der entgegengesetzten Bedingung

¹⁵ L. 1. §. 4. D. de his quae in test. delentur. 28. 4. Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas, si forte sit substitutus, iure facta videbitur; non quasi adempta, quoniam hereditas semel data facile adimi non potest, sed quasi nec data. Versteht man diese Stelle auch mit Mühlenbruch, S. 399. von einem Ausstreichen (*inducere*) der Erbeinsetzung, so deutet sie doch an, daß noch eine andere gültige Erbeinsetzung im Testamente enthalten sein müsse, damit die *ademptio iure facta* videatur. Zudem bezeichnet *adimere* wenigstens vorzüglich ein Zurücknehmen durch eine entgegengesetzte Erklärung, im Gegensatz von *inducere*, also bei der Erbeinsetzung wohl gerade durch *exhereditatio*, etwa auch durch Ueberschreiben, daß etwas nicht gelten solle. L. 1. pr. in l. D. l. c. pr. J. de ademptione legatorum. 2. 21. Was aber den Zwischensatz: *quoniam hereditas etc.* betrifft, so erklärt sich dieser auf folgende Weise. Die hereditas ist eigentlich erst *data*, wenn der *Testamentsact* vollzogen ist; alsdann kann sie nicht mehr, wie das *legatum* oder die *libertas*, durch eine bloße Gegenerklärung genommen werden, so wenig wie sie im *Codicill* gegeben werden kann; wenn aber im Testamente selbst schon erklärt ist, daß die Erbeinsetzung nicht gelten solle, so ist sie eigentlich nicht *data*, daher auch in Wahrheit nicht *adempta*. Oder auch: die hereditas ist einmal gegeben, kann nicht, wie das *legat*, durch eine jede Verfügung von entgegengesetztem Inhalte wieder genommen werden (*facile adimi non potest*), z. B. nicht durch bloße *translatio*: *pro ea parte, qua Titium heredem scripsi*, Gaius heres esto: sondern es ist dazu eine förmliche Ausschließung (*exhereditatio*) erforderlich; wenn aber sofort die Erbeinsetzung ausgestrichen oder sogleich bei derselben, etwa durch *superscriptio*, erklärt ist, sie solle nicht gelten, so ist sie quasi *nec data*, und es bedarf auch keiner *exhereditatio*, um sie aufzuheben.

¹⁶ Si filium nominatim exheredavero et eum postea heredem instituero, heres erit.

¹⁷ Si te heredem instituero et deinde eundem te sub conditione institutum, nihil valere sequentem institutionem. quia satis plena prior fuisset.

hinzugefügt worden. Wo aber dieses geschehen, da war gewiß kein Zweifel darüber, daß nur die spätere bedingte Erbeinsetzung gelte. Es ist also unzulässig, das Zusammentreffen einer Einsetzung und Enterbung ebenso zu beurtheilen, wie das Zusammentreffen einer unbedingten und einer bedingten Einsetzung ohne Enterbung unter der entgegengesetzten Bedingung¹⁸. Uebrigens muß man gestehen, daß diese Strenge der Form schon dem neueren römischen und vollends dem heutigen Rechte nicht mehr entspricht, daß es diesem vielmehr angemessener wäre, bei unzweifelhafter Absicht des Testators auch ohne ausdrückliche Ausschließung überall nur die spätere Erbeinsetzung gelten zu lassen, die er an die Stelle einer früheren gesetzt haben wollte. Nur wo die wahre Absicht irgendwie zweifelhaft erscheint, da ist es allgemeinen Grundsätzen gemäß, daß vielmehr die günstigere Verfügung angenommen, und so denn auch die Erbeinsetzung eher als die entgegengesetzte Erklärung aufrecht erhalten werde.

Abgesehen von dieser Beziehung der *exhereditio* auf eine Erbeinsetzung kommt eine wahre Enterbung im römischen, und zwar, wenn wir vorerst auf die Novellen keine Rücksicht nehmen, auch im Justinianischen Rechte noch, nur vor in Betreff der *sui heredes*, d. i. derjenigen Personen, welche der Familiengewalt des Testators untergeordnet durch den Tod desselben *sui iuris* werden¹⁹, oder etwa, wie ausnahmsweise der Fall sein kann, schon bei dessen Lebzeiten mit Vorbehalt der *Senatusrechte* unabhängig geworden sind²⁰, und in Betreff der durch das prätorische Recht den *sui heredes* gleichgestellten *liberi*²¹. Die ersten sind nach

¹⁸ Mühlenthaler a. a. D. hat zwar insofern Recht, als er nur dem *Finesres* die Stücke, welche dieser zu stärkerer Befestigung seiner Ansicht aus L. 67. cit. hernimmt, entziehen will; aber er selbst übersteht den eigentlichen Grund der in L. 27. §. 1. cit. enthaltenen Entscheidung, und läßt sich dadurch zu einer falschen Parallele verleiten. — Daß auch L. 13. §. 2. D. h. t. den oben entwickelten Ansichten nicht entgegenstehe, läßt sich schon vermuthen, da dieselbe von so zweifelhaftem Inhalte ist, daß sich die Vertheidiger aller Meinungen darauf berufen konnten. Mühlenthaler, S. 405. Nimmt man die von diesem gebilligte Construction der Stelle (nach Gebauer) als die richtige an, so sagt sie allerdings: es sei Regel, *hereditatem adimi non posse*; aber daß diese Regel nicht in unbedingter Allgemeinheit verstanden werden dürfe, räumt auch Mühlenthaler ein; und wenn nun derselbe sie ergänzt: *eodem testamento hereditatem adimi non posse*, so ist dieses sehr unzuverlässig. Mit gleichem Rechte kann man auch so die Regel verstehen, es gebe keine *ademptio hereditatis* in der Art, wie es eine *ademptio legatorum* und *libertatis* gibt, indem nur durch *exhereditio* in denselben Testamenten die Erbeinsetzung beseitigt werde. Wenn daher ein Sklave des Testators für frei erklärt und zum Erben eingesetzt ist, so schadet es ihm nicht, daß ihm nachher die Freiheit genommen wird, sei es auch noch in denselben Testamenten. Denn obwohl dadurch stillschweigend auch die *hereditas* genommen scheint, weil er ohne Freiheit auch nicht zum Erben eingesetzt sein kann, so kann doch nicht auf solche Weise, *indirecte*, ohne *exhereditio* die Erbeinsetzung wieder aufgehoben werden, und da nun diese doch auch nicht ohne die Freiheit bestehen kann, so muß auch die *ademptio libertatis* in diesem Falle für unwirksam erklärt werden. — Man könnte übrigens in dieser Stelle auch supponiren, daß der Sklave der einzige eingesetzte Erbe sei (Note 12—14).

¹⁹ Gai. II. 156. §. 2. 4. 8. J. de hered. ab intest. 3. 4.

²⁰ L. 14. Cod. de legit. hered. 6. 58. Nov. 81. cap. 2.

²¹ Bgl. Rechtslexikon Bd. 1. S. 317—319. und oben Nr. 36. S. 33—35.

Civilrecht von selbst Erben des verstorbenen Familienhauptes, und nur durch Exheredation kann dieses Erbrecht ausgeschlossen werden²². Es gehört zu den civilrechtlichen Erfordernissen der anfänglichen Gültigkeit eines Testaments, daß die zur Zeit der Errichtung desselben vorhandenen sui heredes des Testators gehörig instituiert oder exhereditiert werden; das Testament ist sonst nichtig²³. Und wenn erst nach der Testamentserrichtung Jemand in das Verhältniß eines suus heres eintritt, der nicht gültig eingesetzt oder enterbt ist, so wird das Testament nichtig (*rumpitur testamentum*), es mag nun ein suus heres dem Testator erst später geboren werden (*agnascitur suus heres, postumus*), oder ein schon früher Geborener erst jetzt die Stellung eines suus heres gewinnen (*quasi agnascitur suus heres, postumi loco*)²⁴. Nach prätorischem Rechte dagegen hat die Präterition eines suus heres oder eines diesem gleichgestellten Descendenten zur Folge, daß durch *contra tabulas bonorum possessio* die testamentarische Erbfolge, jedoch mit Aufrechterhaltung gewisser Verfügungen des civilrechtlich nicht ungiltigen Testaments, vereitelt werden kann²⁵. Diese Wirkung der Präterition war zwar nach vorjustinianischem Rechte nicht in allen Fällen dieselbe; civilrechtlich hatten Töchter und Enkel, die zur Zeit der Testamentserrichtung schon sui heredes des Testators, aber von diesem übergangen waren, nur das Recht, zu einem gewissen Erbtheil mit den eingesetzten Erben in Concurrrenz zu treten (*ius accrescendi*), und weibliche Descendenten sollten nach einem Rescripte des D. Pius auch durch *bonorum possessio contra tabulas* nicht mehr erlangen²⁶. Diese Verschiedenheiten sind aber durch eine Justinianische Constitution beseitigt²⁷.

Indem nun die Erfordernisse einer wirksamen Enterbung bestimmt werden sollen, ist vorerst näher anzugeben, welche Personen enterbt werden können. Die Exheredation derjenigen, welche schon zur Zeit der Testamentserrichtung des Testators sui heredes oder gleichberechtigte liberi sein würden, war nach Civilrecht, beziehungsweise nach prätorischem Rechte, immer als gültig angesehen, und namentlich auch weibliche Descendenten konnten enterbt werden, selbst als noch deren Einsetzung nach der *lex Voconia* unzulässig war²⁸. Im Voraus aber solche, die in jenes

²² L. 41. D. h. t. §. 3. J. l. c. Gai. II. 157.

²³ §. pr. J. h. t. Gai. II. 123. L. 30. D. h. t.

²⁴ §. 1. 2. J. h. t. Gai. II. 130—131.

²⁵ §. 4. J. h. t. Gai. II. 135—137. Ulp. XXII. 23. Vgl. oben Bb. 1. S. 316—323.

²⁶ Gai. II. 124—126. Ulp. §. 17. cf. Paul. sent. III. 4b. §. 8.

²⁷ L. 4. Cod. h. t. §. 5. J. h. t. * Vgl. überhaupt oben Nr. 55. S. 561. fg.

²⁸ Gai. II. 274. Gasse, im rhein. Mus. Bb. 3. S. 183 fg. Mühlentbruch a. a. O. S. 214.

Verhältniß zum Erblasser künftig erst eintreten möchten, zu enterben, ist erst allmählig theils nach gesetzlichen Bestimmungen (der *lex Velleia*), theils nach der weitergreifenden Interpretation der Juristen für wirksam anerkannt worden²⁹, und selbst nach der weitesten Ausdehnung dieser Bestimmungen ist doch die Exheredation eines Fremden, der weder jetzt nach civillem oder prätorischem Rechte eingesetzt oder enterbt werden mußte, noch auch später ohne einen besonderen Act der Aufnahme diese Stellung gewinnen konnte, stets als eine ganz bedeutungslose Handlung betrachtet worden, welche die Ruption des Testaments nicht abwehren könne, falls der so vorzeitig Enterbte späterhin durch Adoption oder einen ähnlichen Act *suus heres* des Testators werde³⁰.

Was nun die Art und Weise angeht, wie die Enterbung zu geschehen hat, so mußte dieselbe nach älterem Recht ohne Zweifel ebenso wie die Einsetzung in gewisser solenner Form ausgesprochen sein³¹, so daß noch Justinian sich veranlaßt sehen konnte, zu erklären, die Verfügung: *ille filius meus alienus meae substantiae fiat*, sei für eine gültige Exheredation zu halten³². Nach neuerem Rechte kommt es darauf nicht mehr an³³, aber es ist doch immer eine bestimmte Erklärung des Testators erforderlich, welche dessen Willen, das Kind auszuschließen, unzweifel-

²⁹ Gai. II. 134. cf. 142. 143. — §. 2. J. h. t. cf. L. 8. §. 7—10. D. de bon. poss. c. tab. 37. 4. L. 23. §. 1. und vorzüglich L. 29. D. h. t., und darüber Franke, *Recht der Notherben*, S. 19—44. Mühlenbruch a. a. O. S. 181—283.

³⁰ Gai. II. 138—140. L. 8. §. 8. und L. 23. cit. cf. L. 18. D. de iniusto test. 28. 3. L. 132. not. 3. cit. — Der Adoption stand nach älterem Rechte die *conventio in manum mariti* in dieser Rücksicht gleich. Gai. §. 139. Im neueren Rechte gilt dasselbe auch der Legitimation unehelicher Kinder, da auch diese nicht *ordine naturali*, sondern *novo facto* der Gewalt des Testators unterworfen werden. Vgl. L. 28. §. 1. cit. Franke, S. 44. Mühlenbruch, S. 285. Note 16. Doch will sie Mayer, *Erbr. Bd. 1.* S. 231. den natürlichen *postumi* gleichgestellt wissen, aber aus ungenügenden Gründen. Denn die unehelichen Kinder, so lange sie nicht legitimirt sind, stehen gewiß dem Testator nicht näher, als die Kinder von Töchtern, welche doch in der fraglichen Beziehung *extranei* sind. Die Analogie der L. 23. cit. paßt nicht hierher, da der Emancipirte immer prätorischer Notherbe blieb, welcher gültig exhereditirt werden konnte, während das nicht legitimirte uneheliche Kind nicht einmal das regelmäßige Intestaterbrecht der Descendenten hat. Ganz verfehlt ist auch die Bezugnahme auf das, was nach einem Sc. Hadriani im Fall der *causae probatio post mortem testatoris* gelten sollte, nach Gai. II. 143., da dieses durch singuläre Bestimmung, und nur für den Fall festgesetzt war, wenn der Vater ein anderes Testament nicht mehr machen konnte, wenn nämlich erst nach seinem Tode dem Kinde die Rechte eines *ex iustis nuptis* erzeugten gewonnen wurden. Man könnte diese Analogie höchstens für den Fall der sogenannten *legitimatio per testamentum* passend finden, die aber mit einer Enterbung desjenigen, dessen Legitimation der Testator wünscht, verbunden eine Sonderbarkeit wäre. Endlich ist schwer einzusehen, wie der in L. 28. §. 1. cit. angegebene Grund auf die *legitimatio per subsequens matrimonium* angewendet werden könne; denn offenbar ist diese ein *novum factum*, abhängig von dem Willen des Vaters und in Rücksicht der hier in Betracht kommenden Wirkung auch von dem Willen des Kindes (Nov. 89. cap. 11.), daher sehr wohl vergleichbar der Arrogation eines fremden *homo sui iuris*.

³¹ Cf. L. 2. 15. 17. 49. D. h. t. Gai. II. 116. 117.

³² L. 3. Cod. h. t.

³³ *Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* L. 3. Cod. cit. cf. L. 15. Cod. de testam. 6. 23.

haft kund gibt und kund zu geben beabsichtigt³⁴. Diese Erklärung muß in einem giltigen Testamente enthalten sein; in einem Codicill ist so wenig Enterbung als Erbeinsetzung statthaft³⁵. Von selbst versteht sich demnach, daß in der letztwilligen Verordnung außer der Enterbung noch eine giltige Erbeinsetzung enthalten sein muß, weil ohne diese überall kein Testament besteht³⁶. Daher kann denn auch unmöglich eine wirksame Enterbung angenommen werden, wenn derselbe Descendent allein und ohne Substituten eingesetzt und in demselben Testamente wieder enterbt ist; denn wenn auch zu behaupten wäre, daß dadurch die Erbeinsetzung aufgehoben werde³⁷, so würde dann eben kein Testament und somit auch keine Enterbung vorhanden sein, sondern die Intestaterbfolge eintreten³⁸.

Es sind nun außerdem noch folgende Erfordernisse einer giltigen Enterbung der Kinder zu bemerken:

1) Sie müssen nominatim enterbt sein. Dazu aber gehört nicht nothwendig Nennung des Namens; es genügt eine jede, auch eine beschimpfende, Bezeichnung der Personen, welche enterbt sein sollen, wenn sie nur deutlich zu erkennen gibt, daß der Testator dabei bestimmte Kinder, und welche unter mehreren, im Auge gehabt habe³⁹; und selbst collectiv die Enterbung „aller Kinder“ oder „der übrigen Kinder“ kann giltig sein, wenn nur die Bezeichnung den Umständen nach als eine hinreichend specielle erscheint, und der Testator dabei nicht unabsichtlich ein Kind übersehen hat⁴⁰. In Beziehung auf postumi könnte natürlich eine Enterbung mit Nennung des Namens gar nicht einmal gefordert werden, und doch sollen auch sie nominatim exhereditariet werden. Es ist dieses aber so zu verstehen, daß ausdrücklich der mögliche Fall des Eintrittes von postumi berücksichtigt und diese ausgeschlossen werden⁴¹. Das nominatim

³⁴ Mühlbruch a. a. D. S. 392.

³⁵ §. 2. J. de codicillis. 2. 25. L. 14. Cod. de testam. 6. 23.

³⁶ Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt. Gai. II. 229. Cf. L. 1. pr. D. de hered. nstit. 28. 5.

³⁷ Vgl. Note 12—16.

³⁸ L. 20. pr. D. de bon. poss. c. tab.

³⁹ §. 1. J. h. t. L. 4—3. D. h. t. cf. L. 34. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 24. D. de manum. test. 40. 4.

⁴⁰ L. 25. pr. D. h. t. Man kann aus dieser Stelle wohl nicht ableiten, daß die Formel *ceteri filii filiaeque exheredes sunt* überall als namentliche Enterbung aller Kinder gelten könne; vgl. Mühlbruch, Bd. 36. S. 306. 307., aber dieser behauptet auch zu viel, wenn er durch §. 1. J. h. t. beweisen will, daß mehrere Söhne niemals auf jene Weise enterbt werden könnten. Der §. 1. cit. sagt nur: der Satz *filius meus exheres esto non adiecto proprio nomine*, genüge nicht, wenn mehrere Söhne da sind, natürlich, weil man dann nicht weiß, welcher von ihnen enterbt sein soll. Daraus folgt aber nicht, daß auch die Enterbung: *filii mei exheredes sunt*, ungiltig sei, wenn z. B. der Testator zwei oder drei wohlbekannte Söhne hatte.

⁴¹ §. 2. *quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto*. L. 3. §. 5. D. de iniusto test. 28. 3. §. 1. in f. J. h. t. und Theophil. ad h. 1.

exheredare macht den Gegensatz von exheredare inter ceteros, welches nur in der allgemeinen Formel ceteri exheredes sunt ausgesprochen wurde. Vor Justinian genügte dieses nach Civilrecht für alle zur Zeit der Testamentserrichtung schon existirenden sui heredes, außer dem filius in potestate⁴²; und für später geborene weiblichen Geschlechtes genügte ebenfalls diese Form der Enterbung, wenn nur der Testator durch eine andere Erklärung, namentlich durch ein Vermächtniß, zu erkennen gab, daß er an sie gedacht habe; nur postumi männlichen Geschlechtes mußten nominatim enterbt werden⁴³; nach prätorischem Rechte hingegen mußten alle männlichen liberi ohne Unterschied nominatim, und nur die weiblichen konnten inter ceteros exheredit werden⁴⁴. Alle diese Unterscheidungen aber sind durch eine Justinianische Constitution aufgehoben, welche für alle liberi ohne Unterschied die exhereditio inter ceteros für ungenügend erklärt⁴⁵.

2) Die Enterbung darf nicht an eine Bedingung geknüpft sein⁴⁶. Diese Regel leidet jedoch die Ausnahme, daß das Kind wohl unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt werden kann, als unter welcher es eingesetzt ist; weil dann auf jeden Fall, die Bedingung möge erfüllt werden oder nicht, das Kind sich entweder eingesetzt oder enterbt findet, und so der rechtliche Bestand des Testamentes von dieser Seite gesichert ist⁴⁷. Und darin kann es auch keinen Unterschied machen, ob das Kind unter einer Bedingung enterbt und dann unter der entgegengesetzten eingesetzt, oder umgekehrt unter einer Bedingung eingesetzt und dann unter der entgegengesetzten enterbt werde, da die Enterbung überhaupt der Erbsetzung ebensowohl vorgehen als nachfolgen kann⁴⁸. Sind postumi unter Bedingung enterbt, so kommt es darauf an, ob die hinzugefügte

⁴² Pr. J. h. t. Ulp. XXII. 20.

⁴³ §. 1. J. h. t. Gai. II. 134. Ulp. XXII. 21. 22. In Betreff männlicher Entel und Urenkel sagt der letzte nur, es sei tutius nominatim eos exheredari; et id observatur magis. Cf. L. 3. pr. D. de iniusto test.

⁴⁴ §. 3. J. h. t. Gai. II. 135. Ulp. XXII. 23.

⁴⁵ L. 4. Cod. h. t. cf. §. 5. J. h. t.

⁴⁶ L. 18. pr. D. de bon. poss. c. tab. cf. L. 3. §. 1. D. h. t. Ueber den in L. 18. cit. angegebenen Grund: certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt, siehe verschiedene Erklärungen bei Grande a. a. D. S. 62. Mühlenbruch, S. 415.

⁴⁷ L. 86. D. de hered. instit. L. 4. Cod. de institut. et substit. 6. 25. cf. L. 28. pr. D. h. t.

⁴⁸ L. 3. §. 2. 3. D. h. t. L. 3. §. 2. D. de iniusto. test. Es ist gewiß einerlei, ob der Testator z. B. sagte: si consul factus non fuerit, filius exheres esto, si factus fuerit, heres esto, oder umgekehrt: si consul factus fuerit, heres esto, si non fuerit, exheres esto. Gegen die herrschende Meinung erklärt sich zwar Mühlenbruch a. a. D. S. 416 flg., übereinstimmend mit Giphan. explanatio difficil. leg. II. p. 43 sq., aber wer unter einer Bedingung enterbt und auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt ist, der ist immer auch unter einer Bedingung eingesetzt und auf den entgegengesetzten Fall enterbt; beides trifft nicht bloß im Resultate zusammen, sondern ist wesentlich eins und dasselbe, da formell auf das Voranstellen der Enterbung oder Erbsetzung nichts ankommt. Vgl. auch Buchholz, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 13. S. 327 flg.

Bedingung zur Zeit der *agnatio postumi* erfüllt ist oder nicht; im letzten Falle wird das Testament rumpirt, weil die bedingte Enterbung nicht gilt; im ersten Falle bleibt es bestehen, weil nun der agnoscirende Postumus sich unbedingt enterbt findet⁴⁹.

3) Die Enterbung darf nicht auf die Zeit nach dem Tode des Enterbten hinausgestellt sein, indem die Enterbung nach dem Tode widersinnig wäre⁵⁰. Daher ist es ungiltig, wenn verfügt wird: *Titius post mortem filii heres esto, filius exheres esto*, weil hier die Einsetzung des Titius und so auch die Enterbung des Sohnes nur unter einer Voraussetzung wirksam werden könnte, unter welcher die letzte keinen Sinn mehr hat⁵¹. Daher wird auch, wenn der Sohn unter einer Bedingung eingesetzt und unter der entgegengesetzten enterbt ist, gefordert, daß diese noch vor dem Tode des Sohnes entschieden sei, damit das Testament bestehe⁵².

4) Die Enterbung soll auch nicht *post aditam hereditatem* angeordnet werden⁵³. Es soll der Notherbe erst aus der ihm sonst zufallenden Erbschaft durch die Enterbung verdrängt sein, damit ein Anderer sie erwerben könne; daher kann nicht die Enterbung als Folge dieser Erwerbung hingestellt werden, obgleich jene als eine im Testamente enthaltene Verfügung nur besteht, wenn nach dem Testamente die Erbschaft angetreten wird⁵⁴.

⁴⁹ Arg. L. 3. §. 3. D. de iniusto test.: Rumpunt, . . si nascantur nec inveniant se exheredatos. L. 1. §. 5. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. Si sub conditione postumus sit exheredatus, pendente conditione . . . posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est, ventrem alii; also wenn vor der Geburt die Bedingung der Enterbung noch schwebt, ist es noch ungewiß, ob diese nicht wirksam werde. Vgl. L. 22. 24. D. h. t. Mayer, *Erfr.* Bb. 1. S. 236. Note 12. Förster, *de bon. poss. contra tab.* p. 124. Anderer Meinung ist auch hier Mühlenbruch a. a. D. S. 423. Ohne L. 1. §. 5. cit. zu berühren, bemerkt er nur: „daß das Testament nicht gelten könne, wenn sich der Postumus nicht unbedingt enterbt findet; für gehörig enterbt aber kann er nicht gehalten werden, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung bereits eingetreten ist, indem diese ja jetzt seinem Erbrechte im Wege steht“. Aber er findet sich ja wirklich unbedingt enterbt, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung eingetreten ist, und daß diese dann seinem Erbrechte im Wege steht, kann freilich nicht anders sein, wenn eine Enterbung angenommen werden soll. Mir ist daher diese Argumentation unbegrifflich.

⁵⁰ L. 29. §. 10. D. h. t. Frustra exheredabitur post mortem suam. Cf. L. 4. §. 2. D. de hered. instit. 28. 5.

⁵¹ L. 13. §. 2. D. h. t.

⁵² L. 28. pr. D. h. t. Vgl. Franke, S. 56. 62. Mühlenbruch, S. 378 fg.

⁵³ L. 3. §. 2. D. h. t. Vgl. Franke, S. 65. Mühlenbruch, S. 424. 425. Unrichtig versteht Glüß, Bb. 7. S. 266. diese Stelle von dem Falle, wenn keine Erbeinsetzung neben der Enterbung im Testamente sich findet.

⁵⁴ L. 68. D. de hered. instit., worüber zu vergleichen Franke, S. 65—67. Mühlenbruch, S. 419 bis 421. Beiläufig sei bemerkt: Franke, Note 19. a. a. D. bezweifelt die Richtigkeit der Lesart *quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii*, wofür er lieber *testatoris* lesen möchte, aber ohne Grund. Jene Worte geben einen ganz guten dem Zusammenhange entsprechenden Sinn, nämlich: obwohl die Erfüllung der Bedingung und somit die Wirksamkeit der Einsetzung von dem Willen des Titius abhängt, so ist diese doch giltig, da nicht ausdrücklich der Wille des Titius im Testamente genannt und davon die Erbeinsetzung abhängig gemacht ist.

5) Die Enterbung muß den Enterbten von der ganzen Erbschaft ausschließen, und also in Beziehung auf alle eingesetzten Erben verordnet sein⁵⁵. Durch eine theilweise Enterbung wird das natürliche Anrecht des Kindes auf den übrigen Theil der Erbschaft nicht ausgeschlossen, und da nun doch neben diesem gesetzlichen Erbrechte kein testamentarisches bestehen kann, so ist das ganze Testament wegen solcher mangelhafter Enterbung ungiltig, es möchte denn das Kind selbst auf den übrigen Theil eingesetzt sein, in welchem Falle aber auch jene Enterbung ganz überflüssig und bedeutungslos ist. Es wird aber damit so streng genommen, daß es für eine ungiltige Enterbung erklärt wird, wenn dem Kinde ein Vermächtniß gegeben und hinzugefügt ist: in cetera parte exheres esto⁵⁶, obwohl doch darin in der That eine Enterbung von der ganzen Erbschaft, nur verbunden mit Hinterlassung eines Vermächtnisses, enthalten, und dieses sonst unzweifelhaft giltig ist⁵⁷. Endlich muß auch

6) die Enterbung sich auf alle Grade der Erbeinsetzung beziehen, wenn ihre Wirksamkeit für alle Fälle gesichert sein soll. Sind Substitutionen im Testamente angeordnet, so hängt die Giltigkeit eines jeden einzelnen Grades der Erbeinsetzung davon ab, daß der Notherbe eben auch in Beziehung auf diesen giltig enterbt sei⁵⁸, wenn er nicht in diesem oder einem früheren Grade eingesetzt ist⁵⁹; nur in Ansehung der nachfolgenden Grade bedarf es nicht mehr der Enterbung, wenn er in einem Grade eingesetzt ist⁶⁰. Ob nun im einzelnen Falle die Enterbung auf alle Grade der Erbeinsetzung zu beziehen sei oder nicht, das bestimmt sich vor Allem nach der ausdrücklichen Erklärung des Testators selbst. Aber auch ohne solche wird in der Regel die Enterbung allgemein zu verstehen sein, wenn nicht ein besonderer Grund vorliegt, dieselbe nur auf einzelne Grade der Erbeinsetzung beschränkt zu halten. Ist namentlich vor allen Erbeinsetzungen die Enterbung ausgesprochen, so ist kein Zweifel, daß sie auf alle Grade zu beziehen sei⁶¹. Aber auch wenn umgekehrt am Ende

⁵⁵ L. 3. §. 2. D. h. t. L. 8. §. 3. D. de bon. poss. c. tab.

⁵⁶ Recte exheredatus . . . non videtur . . . quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque esse causam institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas.

⁵⁷ Vgl. Note 2.

⁵⁸ L. 3. §. 6. L. 8. 14. pr. D. h. t. L. 8. §. 4. 5. D. de bon. poss. c. tab. L. 75. D. de hered. instit. L. 43. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. L. 4. 5. 19. pr. D. de iniusto. Ueber die verschiedenen Folgen der Präterition in einzelnen Graden je nach Verschiedenheit der Fälle vgl. Franke a. a. D. S. 77—86. 134. 135.; Glük, Bd. 7. S. 280—286. und Mühlenbruch in der Fortsetzung, Bd. 36. S. 436—454.

⁵⁹ L. 14. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 2. D. de hered. instit.

⁶⁰ Förster a. a. D. S. 76. 77. behauptet zwar Ungiltigkeit der nachfolgenden Substitutionen, falls der Sohn vor dem Vater sterbe. Aber vgl. dagegen Franke, S. 72. Mühlenbruch, S. 434—486.

⁶¹ L. 3. §. 3. D. h. t.

aller Erbeinsetzungen die Enterbung sich findet, ist dasselbe im Zweifel anzunehmen, wenn sich nicht eine ausschließliche Beziehung auf den letztvorhergehenden Grad besonders kund gibt⁶². Auch wenn zwischen zwei Graden die Enterbung steht, gilt sie im Zweifel für beide⁶³, und so muß denn consequent auch die zwischen mehreren Graden befindliche Enterbung nach oben und nach unten auf alle bezogen werden, sowie auch bei einer Mischung verschiedener Grade unter einander die darin eingefügte Enterbung als unbeschränkte angesehen wird⁶⁴. Und selbst wenn zwischen verschiedenen Erbeinsetzungen desselben Grades die Enterbung ausgesprochen ist, entscheidet man sich wohl mit Recht für die Annahme, daß dieselbe nicht nur für diesen ganzen Grad⁶⁵, sondern auch für die übrigen Grade wirke, indem die einzelnen Erbeinsetzungen nicht in solcher wesentlichen Verbindung zu einander stehen, daß man sagen könnte, es werde durch die Stellung der Enterbung zwischen Erbeinsetzungen desselben Grades eine besondere Beziehung derselben auf diesen Grad angedeutet⁶⁶.

Diese nun sind nach Justinianischem Pandektenrechte die Erfordernisse einer gültigen Enterbung, wegen deren Nichtbeachtung auch die ausdrücklich erklärte Ausschließung, wenigstens beziehungsweise (Nr. 6), der Präterition gleichzuachten ist⁶⁷. Auf die Beweggründe zur Enterbung kommt es nach diesem Rechte nicht an, und noch viel weniger bedarf es einer ausdrücklichen Angabe des Beweggrundes. Zwar ist das Testament der Gefahr ausgesetzt, als pflichtwidriges in Folge der querela inofficiosi testamenti umgestoßen zu werden, wenn ein Kind ohne genügende Ursache von dem Nachlasse gänzlich ausgeschlossen worden. Allein diese Klage ist nicht gegen die Enterbung als solche gerichtet, sondern findet nur dann statt, wenn dem Berechtigten nicht der ihm gebührende Theil des nach-

⁶² L. 1. Cod. de lib. praet. 6. 28. Die Auslegung dieses Rescriptes ist zwar streitig. Manche finden darin ausgesprochen, daß die Enterbung hier regelmäßig nur auf den letzten Grad zu beziehen sei, wenn nicht apparet, eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret. Donell. ad L. 1. cit. n. 3. Cuiac. ad L. 3. §. 2. D. h. t. (opp. ed Nepae. I. p. 1056). Allein nach dem Schlusse der Constitution wird eine ratio gefordert, quare videatur in posteriori tantum casu exheredare voluisse, und nur weil diese fehlt, wird in dem Falle des Rescriptes die Enterbung allgemein genommen. Dieß kann man also auch in anderen Fällen als Regel annehmen, und damit stimmt die ganze Behandlung dieses Punktes im classischen Rechte überein. Vgl. Franke, S. 70. Mühlensbruch, S. 429 flg.

⁶³ L. 3. §. 4. D. h. t.

⁶⁴ L. 3. §. 5. D. h. t.

⁶⁵ L. 3. §. 2. D. h. t.

⁶⁶ Z. B.: „A soll mein Erbe sein. Meinen Sohn enterbe ich. Auch B soll mein Erbe sein. Wenn A und B meine Erben nicht sind, soll C mein Erbe sein“. Anderer Meinung ist aber unter Anderen Franke, S. 71. Vgl. dagegen Mühlensbruch, S. 433., der jedoch diesen Fall auch nicht speciell erwähnt, indem sich seine Ausführung S. 431—433. nur auf den Fall bezieht, wenn die Enterbung zwischen Substitutionen verschiedener Grade steht, über welchen Fall sich Franke nicht ausdrücklich erklärt hat.

⁶⁷ L. 8. §. 2. D. de bon. poss. c. tab.

gelassenen Vermögens, sei es durch Vermächtniß oder durch Erbeinsetzung, gegeben wird, und nach vorjustinianischem Rechte konnte auch selbst das eingesetzte Kind sich deren bedienen, wenn ihm dadurch nicht so viel, als ihm gebührt, zu Theil wurde, und unter derselben Voraussetzung sind auch solche Personen, die nicht enterbt zu werden brauchen, nämlich überhaupt Descendenten und Ascendenten, zu dieser Klage berechtigt, während der Erhereditate, welchem durch Vermächtniß ein angemessener Theil des Erbvermögens zugewendet wird, nicht dazu berechtigt ist⁶⁸.

In diesen Bestimmungen hat nun aber Justinian nach Vollendung seiner Rechtsbücher durch die berühmte Novelle 115 in doppelter Beziehung höchst wichtige Aenderungen vorgenommen. Er hat erstens vorgeschrieben, daß regelmäßig alle Descendenten, ohne Beschränkung auf diejenigen, welche nach dem bisherigen Rechte eingesetzt oder enterbt werden mußten, und eben so alle Ascendenten, beide freilich nur insofern, als sie die nächsten Intestaterben sein würden, zu Erben eingesetzt werden sollen, und hat zweitens gesetzlich die Gründe genau bestimmt, deren ausdrückliche Angabe im Testamente und Bewahrheitung von Seiten der eingesetzten Erben allein die Nichteinsetzung jener Personen rechtfertigen könne, welche sonst unter Beseitigung der Erbeinsetzungen des ungesetzlichen Testaments als Intestaterben berufen werden⁶⁹. Jene gesetzlich anerkannten Gründe der Ausschließung (Enterbungsgründe) sind folgende:

I. Ein Kind kann von seinem Ascendenten enterbt werden⁷⁰: 1) wenn es sich thätlich an demselben vergriffen, oder 2) ihm sonst schwere und unziemliche Kränkungen zugefügt, oder 3) eine criminelle Anklage gegen denselben erhoben hat, ausgenommen wegen Staats- und Majestätsverbrechen; 4) wenn dasselbe mit Giftmischern und Zauberern gleiches Unwesen treibend Gemeinschaft pflegte⁷¹; 5) wenn es dem Ascendenten nach dem Leben gestellt hat; 6) wenn der Descendent männlichen Geschlechtes⁷² mit der Ehefrau oder (rechtmäßigen) Concubine des Ascendenten unerlaubten Umgang gehabt hat⁷³; 7) wenn das Kind gegen den Ascendenten als Angeber aufgetreten ist und dadurch demselben beträchtlichen

⁶⁸ Vgl. oben Nr. 55.

⁶⁹ Nov. 115. cap. 3. pr. §. 14. in f. cap. 4. §. 8. in f.

⁷⁰ Nov. 115. cap. 3. §. 1—14.

⁷¹ *Μετὰ φαρμακῶν ἢ φαρμακός*. Vgl. Mühlenthal, Bd. 37. S. 144—146.

⁷² Das Gesetz spricht zwar nur vom *sohne*, welcher *novercae suae* aut *concubinae patris sese immiscuerit*; aber unbedenklich ist dasselbe auch vom männlichen Enkel und Urenkel zu verstehen. Arg. L. 84. 201. D. de V. S.

⁷³ Was hier von der Concubine des Vaters gesagt ist, kann nach heutigem Rechte nicht mehr als praktisch angesehen werden, da es ohne Zweifel auf der Voraussetzung eines rechtmäßig erlaubten Concubinats beruht.

Nachtheil bereitet hat⁷⁴; 8) wenn ein Descendent männlichen Geschlechtes, obwohl vermögend, für den Ascendenten auf dessen Begehren als Bürge einzutreten, um ihn dadurch aus dem Gefängniß zu befreien, sich weigert hat⁷⁵. Auf männliche Kinder ist dieses ausdrücklich eingeschränkt, da ja Frauen nach dem Sc. Velleianum nicht gültig intercediren können. 9) wenn das Kind den Ascendenten an Errichtung eines Testamentes zu hindern versucht hat⁷⁶. 10) wenn das Kind wider Willen der Eltern unter Gaukler und Schauspieler⁷⁷ sich begeben, und dieses Gewerbe fortbetrieben hat, wosern nicht die Eltern desselben Gewerbes sind⁷⁸. 11) wenn die Tochter oder Enkelin sich einem schlechten Lebenswandel ergeben hat, indem sie eine von den Eltern gebotene Gelegenheit zur Verheirathung verschmähte. Die großjährige Tochter aber soll entschuldigt sein, wenn sie durch Verzögerung ihrer Verheirathung zur Unzucht verleitet worden, oder wider den Willen der Eltern (nur mit einem Freien) sich verheirathet hat⁷⁹. 12) wenn das Kind den Ascendenten während einer Geisteskrankheit vernachlässigt hat. 13) wenn das schon achtzehnjährige Kind sich nicht bemüht hat, den in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Ascendenten loszukaufen. Endlich 14) ist es rechtgläubigen Ascendenten gestattet, ihre nichtkatholischen Descendenten zu enterben; eine Bestimmung, von deren Anwendung freilich heutzutage in Ansehung der verschiedenen christlichen Religionsparteien keine Rede mehr ist.

II. Ascendenten können von den Kindern enterbt werden⁸⁰: 1) wenn sie diese eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt haben, ausgenommen wegen Hochverrathes; 2) wenn sie denselben nach dem Leben getrachtet

⁷⁴ Auch hier nennt zwar das Gesetz nur den Sohn; aber es ist kein Grund zu ersehen, warum hier nicht nach L. 84. D. de V. S. filii appellatione omnes liberi verstanden werden sollen, wie mit Anderen Mühlenbruch, a. a. D. S. 149. behauptet. Dann ist auch die Ausdehnung auf Enkel männlichen Geschlechtes in diesem wie in dem vorigen Falle inconsequent.

⁷⁵ Bei diesem Enterbungsgrunde ist streitig, ob vorausgesetzt werde, daß der Enkel schon zur Zeit der Aufforderung der nächste Intestaterbe des Ascendenten gewesen sei, weil in §. 8. die liberi, qui possunt ab intestato ad eius successione venire (*παῖδες οἱ δυνατόμενοι εἰς ἀδιαθέτου ἐπὶ τὴν τοῦτου διαδοχὴν ἔλθειν*) genannt werden. Mühlenbruch, S. 151. Allein der Ausdruck *οἱ δυνατόμενοι* deutet nur auf die Möglichkeit, dereinst Intestaterben zu werden, die bei den Enkeln jederzeit vorhanden ist. Diese Andeutung aber kann deshalb hier besonders hinzugefügt sein, um die Verpflichtung stärker fühlen zu lassen, demjenigen bei Lebzeiten in dringendster Verlegenheit zu Hilfe zu kommen, auf dessen Vermögen man nach seinem Tode Anspruch machen will.

⁷⁶ Cf. L. 23. Cod. de inoff. testam. 3. 28.

⁷⁷ *Μεταξὺ χορηγῶν ἢ μίμων*, nach der vulgata versio *sinter arenarios vel mimos*. Cf. L. 11. Cod. l. c.

⁷⁸ Die Beschränkung auf Söhne ist auch hier eben so ungegründet, wie in dem Falle Nr. 7.; und die von den Meisten angenommene Ausdehnung auf alle Kinder keineswegs „höchst willkürlich“, wie Mühlenbruch, S. 153., behauptet.

⁷⁹ Cf. L. 19. Cod. de inoff. test. 3. 28. Ueber diesen sehr unbestimmt ausgedrückten Enterbungsgrund vgl. Grande, S. 407—410. und Mühlenbruch, S. 153—164.

⁸⁰ Nov. 115. cap. 4. §. 1—8.

haben; 3) wegen unerlaubten Umganges mit der Frau oder (rechtmäßigen) Concubine⁸¹ des Sohnes oder Enkels⁸²; 4) wenn sie dieselben an Errichtung eines Testaments gehindert haben, natürlich vorausgesetzt, daß die Kinder Testamentfähigkeit hatten, also wenn sie Hauskinder waren, nur in Ansehung des *peculium castrense* und *quasi castrense*⁸³; 5) wenn von einem Elternpaar des Kindes der Eine dem Anderen, der Vater der Mutter oder diese jenem, nach dem Leben getrachtet oder durch Gift den Verstand zu rauben gesucht hat, so kann das Kind jenen enterben⁸⁴. Ferner können auch Eltern von den Kindern, eben so wie nach I. 12—14. diese von jenen, enterbt werden 6) wegen Vernachlässigung derselben während einer Geisteskrankheit; 7) wegen Vernachlässigung in der Gefangenschaft, und 8) wegen Irrglaubens.

Es sind aber in Beziehung auf diese Enterbungsgründe noch einige zweifelhafte Punkte zu berühren. Die meisten derselben beruhen in einem tadelnswerthen Betragen gegen Ascendenten oder Descendenten. Hier könnte gefragt werden, ob ein solcher Verstoß gegen einen Ascendenten oder Descendenten auch einem Anderen als dem zunächst Beleidigten das Recht zur Enterbung gebe? In mehreren dieser Fälle ist eine solche Annahme nicht einmal nach dem buchstäblichen Inhalte des Gesetzes zulässig, namentlich bei I. 8. 9. 12. 13. II. 4. 6. 7. Aber auch in den anderen Fällen dieser Art, namentlich I. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 10. II. 1. 2. 3., ist dieselbe gewiß zu verwerfen, obwohl der Ausdruck allgemein lautet, z. B.: *si quis parentibus suis manus intulerit*. Denn dieses kann sehr wohl so verstanden werden, daß nun eben diesen beleidigten Eltern, diesem oder jenem Parent, welcher so beleidigt worden ist, das Enterbungsrecht zustehen solle; und daß es so zu verstehen sei, dafür spricht gerade der Umstand, daß in anderen Fällen, wo es der Zusammenhang mit sich bringt, ausdrücklich dessen zu erwähnen, nur dem Beleidigten die Befugniß zur Enterbung beigelegt wird. Auch ist zu beachten, daß

⁸¹ Vgl. Note 73.

⁸² Weil im griechischen Texte der Novelle steht: *τοῦ οὐκ ἐπιού παιδός*, so beschränkt Mühlenbruch a. a. D. §. 169. mit Buchholz, jur. Abh. S. 141. diese Bestimmung auf unerlaubten Umgang mit der Frau des Haussohnes. Allein die nach der vulgata versio längst und allgemein recipirte Meinung kann durch den griechischen Text um so weniger erschüttert werden, da dieser nicht einmal feststeht; denn Haloander liest: *τοῦ ἰδίου παιδός*.

⁸³ In rebus in quibus habent testandi licentiam. Der von Buchholz a. a. D. auch hier angenommenen Beschränkung auf Hauskinder widerspricht hier auch Mühlenbruch, S. 169., mit Recht: denn die angeführten Worte zeigen wohl, daß der Gesetzgeber auch Hauskinder, aber nicht, daß er ausschließlich diese im Auge hatte.

⁸⁴ Die Meinung, daß es hier nicht darauf ankomme, ob der Verfolgte auch Ascendent des Kindes sei, oder bloß Stiefvater oder Stiefmutter (Mühlenbruch, S. 170.), ist gewiß verwerflich; denn das Gesetz sagt bloß *liberis esse licentiam* etc., ohne zu sagen: wessen Kindern; setzt also offenbar gemeinschaftliche Kinder der vorher genannten beiden Ehegatten voraus.

die Enterbungsgründe für Kinder im Gesetze selbst *ingratiitudinis causae*, wie anderwärts *offensionis causae*⁸⁵, genannt werden, was auf eine individuelle Richtung der Beleidigung hindeutet, wenn gleich es auch einzelne Enterbungsgründe gibt, die absoluter Natur sind. Und dann wird auch durch eine bekannte Interpretationsregel die mildere Auslegung unterstützt⁸⁶.

Eine andere Frage ist, ob man strenge bei dem wörtlichen Inhalte des Gesetzes stehen bleiben müsse und keine anderen Enterbungsursachen anerkennen könne, als die ausdrücklich im Gesetze ausgesprochenen⁸⁷? Justinian erklärt, um die darin herrschende Unsicherheit zu beseitigen, finde er es angemessen, die Enterbungsgründe namentlich anzugeben, und es solle darnach Niemand mehr aus irgend einem anderen Gesetze einen Enterbungsgrund hernehmen, der nicht in diesem neuen Gesetze enthalten sei⁸⁸. Darin liegt nichts mehr und nichts weniger als eine abrogatorische Clausel in Betreff älterer gesetzlicher Bestimmungen über denselben Gegenstand; die Auslegung des neuen Gesetzes selbst wird dadurch nicht berührt, und ungegründet ist die Meinung, als sei deshalb bei diesem Gesetze eine besonders strenge Interpretation anzuwenden. Aber allerdings ist es offenbar des Gesetzgebers Absicht, die Enterbungsgründe erschöpfend zu bestimmen; und über die wahre Willensmeinung desselben darf der Ausleger nicht hinausgehen, ohne deshalb gegen den Geist des Gesetzes sich ängstlich an den Buchstaben binden zu müssen. Daher darf man freilich keine neuen Enterbungsgründe aufstellen, die unter den im Gesetze gebilligten nach der wahren Absicht des Gesetzgebers nicht begriffen sind; aber diese sind nicht durchaus buchstäblich zu nehmen. So wurde bei I. 6. schon angenommen, daß bei dem Enkel dasselbe Vergehen die gleiche Wirkung habe wie beim Sohne, obwohl nur der Sohn genannt ist. So darf man gewiß eben daselbst der Blutschande mit der leiblichen Ascendentin gleiche Bedeutung beilegen, obwohl nur die Stiefmutter genannt ist, weil das Verbrechen mit dieser eher vorkommt; denn das Bestimmende ist hier gewiß die Verletzung, die in dem unerlaubten Umgange mit der Frau des eigenen Ascendenten liegt. Nicht minder ist man berechtigt, unter I. 8. auch die durch den Descendenten selbst bewirkte Einsperrung in ein Schuld-

⁸⁵ L. 22. 23. cf. L. 28. Cod. de inoff. test.

⁸⁶ L. 155. §. 2. D. de reg. iur. Cf. Nov. 115. cap. 4. in f. — Vgl. Buchholz, jur. Abh. S. 144 ff. Mühlensbruch a. a. O. S. 171—176.

⁸⁷ Vgl. über die Literatur dieser Streitfrage Glück, Bd. 7. S. 248, Note 11. 12. Bluntzschli, Erbfolge gegen den letzten Willen, S. 229—232. Franke a. a. O. S. 412—414. Mühlensbruch a. a. O. S. 176—184.

⁸⁸ Nov. 115. cap. 3. pr.: *Praeter illas nulli liceat, ex alia lege ingratiitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur.*

gefängniß zu stellen, obwohl eigentlich Niemand sich für eine eigene Forderung verbürgen kann, und nach I. 2. II. 1. kann nicht bloß enterbt werden, wer selbst die Anklage erhoben, sondern auch wer einen Anderen dazu vorgeschoben hat^{88a}. Uebrigens ist die ganze Streitfrage von geringerer Bedeutung, als es auf den ersten Anblick scheint. Denn der unter I. 2. genannte Enterbungsgrund ist von solch umfassender Bedeutung, daß viele der streitigen Ausdehnungsfälle schon darunter begriffen sind⁸⁹.

Die einzelnen Enterbungsgründe setzen übrigens überall eine Schuld des zu Enterbenden voraus; denn die Enterbung wird als verdiente Strafe angesehen. Demnach kann eine begründete Ursache zur Enterbung nicht angenommen werden, wo es an der erforderlichen Zurechnungsfähigkeit fehlte, um ein Vergehen als ein in solchem Grade strafwürdiges zu betrachten; auch nicht, wenn die Handlung, die an sich einen Enterbungsgrund enthält, durch ungerechte Angriffe von der anderen Seite hervorgerufen, nur als Selbstvertheidigung erscheint. Hieraus ergibt sich auch, daß postumi nach der Nov. 115. nicht giltig enterbt werden können, insofern nicht im Voraus wegen eines künftig vielleicht erst eintretenden Enterbungsgrundes die Enterbung für statthaft angesehen wird. Außerdem wird fast allgemein angenommen, daß wegen eines von dem Beleidigten einmal vollständig verziehenen Vergehens die Enterbung nicht ferner mehr stattfinden könne, indem alsdann eine *iusta offensionis causa* nicht mehr vorhanden sei^{89a}. Dabei streitet man jedoch darüber, ob durch die Ausöhnung, sowie in einzelnen Fällen (I. 4. 10. 14.) durch anderweitige Beseitigung der Enterbungsursache, auch die bereits in einem gültigen Testamente ausgesprochene Enterbung unwirksam werde⁹⁰? Die Novelle 115. hat nicht die Absicht, bloß formelle Bestimmungen für die Testamentserrichtung zu geben, sondern will die Gründe für Ausschließung von der Erbfolge festsetzen, und schließt sich in dieser Beziehung offenbar an das Recht der *querela inofficiosi testamenti* an. Dabei aber ist das Entscheidende, ob zur Todeszeit noch ein Grund der Ausschließung vorhanden sei⁹¹. Und wenn nun angenommen wird, daß

^{88a} Vgl. Bangerow, Leitfaden, Bd. 2. §. 1. S. 301.

⁸⁹ Mühlbruch a. a. D. S. 181. 182. Zu weit geht darin freilich Bynkershöt (obs. V. cap. 5.), welcher behauptet, daß darunter überhaupt alle anderen Enterbungsgründe enthalten seien.

^{89a} Das Gegentheil vertheidigte in neuester Zeit Marejoll, Zeitschrift, Bd. 6. §. 2., welchen beistimmt Wenting-Jungenheim, Lehrb. (5. Aufl.), §. 492. Note 2.

⁹⁰ Noch unter den neuesten Schriftstellern beantwortet sie Francke, S. 415. bejahend; Mühlbruch a. a. D. S. 185. 186 (gegen Glück, Bd. 7. S. 222.) verneinend, welchem auch Bangerow a. a. D. S. 302, beistimmt. Vgl. die Literatur bei Glück a. a. D.

⁹¹ Mayer, Erbrecht, Bd. 1. S. 281. Note 7.

durch Ausöhnung ein bisher bestehender Enterbungsgrund beseitigt werde, ebenso wie im Falle I. 10. durch Aenderung der Lebensweise, im Falle I. 14. II. 8. durch Befehrung zur Rechtgläubigkeit, so muß dann auch eine früher schon erklärte Enterbung nunmehr für rechtswidrig gehalten werden. Aber die Verzeihung muß freilich eine wahre und vollständige sein, und im einzelnen Falle kann allerdings der Umstand, daß der Testator die Enterbung nicht ausdrücklich zurückgenommen hat, zum Beweise dienen, daß eine vollständige Ausöhnung nicht stattgefunden habe⁹².

Vergleicht man die jetzt angegebenen Bestimmungen der Novelle 115. mit den älteren Rechtsvorschriften über Enterbung, so zeigt sich vorerst, daß jetzt in einem viel weiteren Umfange von einer wahren Enterbung die Rede sein kann, als nach älterem Rechte. Es haben nämlich nun alle Descendenten, und die Ascendenten, sofern sie zunächst zur Intestaterbfolge gerufen wären, einen gesetzlichen Anspruch darauf, zu Erben eingesetzt zu werden, wenn der Erblasser ein Testament errichtet, und nur aus bestimmten, namentlich anzuführenden und als wahr zu erweisenden Gründen können sie ausgeschlossen werden; widrigenfalls können sie gegen das Testament als Intestaterben auftreten. Wenn nun auch nicht für nothwendig gehalten wird, die Ausschließung von der Erbfolge mit ausdrücklichen Worten auszusprechen, so kann man doch die in dieser Absicht aufgenommene ausdrückliche Anführung eines Enterbungsgrundes, ohne welche jene nicht bewirkt werden kann, füglich eine Enterbung nennen. Eine andere sehr bestrittene Frage aber ist es, wie sich nun das Recht der Novelle zu dem älteren Rechte über Enterbung der sui heredes praktisch verhalte? ob diese Vorschriften für diese nun auch auf die Enterbung der anderen in dem neuen Gesetze berücksichtigten Personen anzuwenden⁹³? oder ob dieselben auch in Ansehung der sui heredes für aufgehoben zu achten und für alle nur eine gemeinschaftliche Bestimmung nach der Nov. 115. gelte⁹⁴? oder ob das alte Recht der Erheredation als besonderes Recht für jene besondere Classe von Descendenten noch fortbestehe, und nur die Bestimmung der Novelle als eine neue, den sämtlichen Descendenten und Ascendenten gemeinschaftliche hinzu-

⁹² Darauf beziehen sich Mühlenthal und Vangerow a. a. O.; aber die Zweifelhafteit der Verzeihung ist kein juristischer Grund gegen die Wirkung der unzweifelhaften Verzeihung, und unzweifelhaft, d. h. juristisch bewahrheitet, muß diese in jedem Falle sein. Wenn der letzte Schriftsteller hinzusetzt, es widerspreche unsere Ansicht auch dem Grundsatz, daß ein Testament nicht durch den bloßen Willen des Testators aufgehoben werden könne, so paßt dieß nicht hierher, da hier nicht der Wille direct das Testament aufhebt. Außerdem passen beide Argumente nicht auf die Fälle, in welchen ohne Verzeihung der Enterbungsgrund wegfällt.

⁹³ Buchta, Lehrb. §. 486.

⁹⁴ Franke, S. 397 flg. Gößchen, Civilrecht, Bd. 3. §. 2. S. 226.

gekommen sei⁹⁵? Die Frage steht in enger Verbindung mit der Untersuchung über das Verhältniß der Novelle 115. zu dem älteren Notherbenrechte im Ganzen, und wird daher zweckmäßiger dem Artikel Notherben vorbehalten*.

An diesem Orte ist schließlich noch der Fall zu berühren, wenn die Enterbung in guter Absicht vorgenommen worden ist (sogen. *exhereditatio bona mente*). In der Regel liegt der Enterbung eine Abneigung des Testators gegen den Enterbten zum Grunde, und von diesem Gesichtspunkte geht auch offenbar die Novelle 115. aus, indem sie nur bestimmte Gründe solcher Abneigung als genügend zur Enterbung will gelten lassen. In mehreren Stellen der Justinianischen Rechtsbücher wird aber des Falles gedacht, daß ein Testator *non notae causa, non mala mente* ein Kind enterbt, sondern vielmehr in wohlmeinender Absicht, um das Beste desselben zu fördern und zu sichern; *non ut eis obsint, sed ut eis consulant*⁹⁶. Dieß war nach älterem Rechte unbedenklich, wenn nur die Form der Enterbung beobachtet und der Inhalt der testamentarischen Disposition so beschaffen war, daß sie keinen Grund darbot, das Testament als lieblos (*inofficiosum*) anzufechten; denn die Enterbung als Ausschließung von der unmittelbaren Erbfolge war ja ohnehin ganz der Willkür des Testators anheim gegeben. Aber auch in einem Falle, in welchem nach prätorischem Rechte wegen Präterition das Testament hätte angefochten werden können, wird die *honorum possessio contra tabulas* verweigert, weil die Anordnung des Testators im Ganzen auf den eigenen Vortheil des Kindes berechnet war, dessen Einsetzung oder Enterbung der Regel nach nothwendig gewesen wäre⁹⁷. Und in einem anderen Falle wird die *querela inofficiosi testamenti* für unanwendbar erklärt, wenn der Einsetzung eines Kindes eine Bedingung hinzugefügt ist, durch welche der Vortheil desselben bezweckt wird, wenn gleich sie ihrer allgemeinen Natur nach eine solche ist, wegen deren dem Testamente wohl der Vorwurf der Lieblosigkeit gemacht werden könnte⁹⁸. In diesen verschiedenen Stellen ist unlängbar der Gedanke anerkannt, daß eine auf das wahre Beste des Notherben abzielende testamentarische Verfügung, wenn gleich sie sonst der Regel nach eine Verletzung der über die Berücksichtigung der Notherben geltenden Bestimmungen enthalten würde, doch als

⁹⁵ Mühlenthal, Bb. 37. S. 190 ff. Bangerow, Pand. Bb. 2. §. 1. S. 302. Mayer, Erb. Bb. 1. §. 101. 103. Note 9.

* Vgl. oben Nr. 55. S. 596—602.)

⁹⁶ L. 18. D. h. t. L. 12. §. 2. D. de bonis libert. 38. 2. Cf. L. 16. D. de curator. fur. 27. 10.

⁹⁷ L. 16. D. de bon. poss. c. tab. 37. 4.

⁹⁸ L. 25. Cod. de inoff. test. 3. 28.

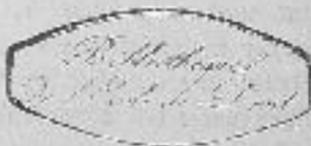
wirksam aufrecht zu erhalten sei⁹⁹. Da nun die Novelle 115. augenscheinlich diesen Fall gar nicht berücksichtigt, sondern nur die gehässige Enterbung oder Präterition an strengere Bedingungen gebunden haben will, so ist man berechtigt, die Enterbung in guter Absicht auch jetzt noch für zulässig zu halten, wenn gleich keiner von den gesetzlichen Enterbungsgründen vorliegt. Und dieses ist denn auch von jeher die herrschende Meinung gewesen. Zwar ist dieselbe nicht unbestritten, und hat selbst noch in der neuesten Zeit einige namhafte Gegner gefunden¹⁰⁰, ist aber gegen diese Angriffe auch schon mit Erfolg wieder in Schutz genommen worden¹⁰¹. *

⁹⁹ Nur die Verfümmung der nach dem alten Civilrechte erforderlichen Enterbungsform mag wohl immer als Grund der Ungiltigkeit des Testaments angesehen worden sein, indem dabei nicht eine solche Nachsicht, wie nach L. 16. cit. bei der prätorischen Erbfolge, anwendbar war.

¹⁰⁰ Unterholzner, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2. S. 52. 53., vorzüglich aber Franke a. a. D. S. 422—444.

¹⁰¹ Siehe vorzüglich Mühlenbruch a. a. D. Bd. 37. S. 391—465. Vgl. Göschen, Civifr. Bd. 3. S. 2. S. 233—236. * Neueste Schrift darüber von R. Schmidt im Arch. f. civ. Prag. L. IV. 18.

* Rechtslexikon III. S. 884—992. (1841.)



Berichtigungen zum ersten Band.

- S. 34. Note 20. setze L. 9. D. de condit. instit. 28. 7.
 „ 58. Z. 13. setze deiciies)
 „ 62. Note 11. statt fecit. lies fecerit.
 „ 67. Z. 2. statt L. 3. §. 11. lies L. 1. §. 11.
 „ 70. Z. 33. setze §. 4—6. (9—11.) J. de bon. poss.
 „ 72. Note 10. setze hinzu (oben S. 68. Note 27.)
 „ 77. Z. 28. statt 10. setze m.
 „ 79. Z. 9. lies immemorialis und Z. 25. eum statt cum
 „ 86. Z. 18. statt ih̄n lies ih̄m
 „ 92. Z. 19. statt L. 3. §. 4. lies L. 2. §. 3.
 „ 94. Note 22. lies II. F. 32.
 „ 95. Note 26. lies II. F. 3. pr. und §. 216. statt §. 214.
 „ 111. Z. 17. lies L. 49. D. de neg. gest.
 „ 113. Note 2. statt L. 51. lies L. 61.
 „ 125. Note * statt 3. e. lies 3. c. und Note 2. Z. 5. statt L. 1. §. 21. lies L. 1. §. 20.
 „ 133. Z. 32. S. 135. Z. 6. S. 136. Z. 5. statt cas. lies caus.
 „ 135. Z. 16. lies longi temporis praescriptio
 „ 143. Note 4. S. 145. Note 7. statt I. S. S. 4. lies L. 8. §. 4.
 „ 144. Z. 3. v. u. statt welchem lies welchen
 „ 150. Z. 16. statt 33. 3. lies 41. 3.
 „ 171. Note ** statt §. 79. lies §. 179.
 „ 193. Note 10. statt §. 4. lies §. 41.
 „ 204. Z. 23. statt §. 305. lies §. 505. und Z. 26. statt §§. 305. 306. lies §§. 504. 505.
 „ 205. Z. 6. v. u. statt ? setze ein Punctum.
 „ 217. Note 43. (nicht 48.) Z. 4. lies nicht umhin einzuräumen
 „ 220. Z. 1. v. u. statt habes lies habet.
 „ 223. Note 68. statt 43. 10. lies 43. 14.
 „ 226. Zu Note 87. 88. anzuführen L. 3. Cod. cit.
 „ 226. Note 96. lies Nov. 112. cap. 1.
 „ 231. Z. 6. lies von der er
 „ 246. Note 165. statt tit. lies cit.
 „ 256. Note 25. statt 8. 6. lies 8. 5.
 „ 267. Note 49. lies Gai. III. 145.
 „ 269. Note 57. Z. 2. statt pactum lies pactio
 „ Urndt's, civ. Schriften. II.

270. Note 58. statt 6. 2. lies 6. 3. und S. 271. Note 65. 66. statt 13. 2. lies
 13. 3., in Note 66. 3. 7. lies oportere
 „ 272. Note 71. statt L. 8. lies L. 16. und statt 70. lies 69.
 „ 282. 3. 27. statt der Verfasser lies vom Verfasser
 „ 288. 3. 1. v. u. statt sint lies fiant
 „ 296. Note 54. S. 299. Note 64. 3. 3. S. 300 a. C. statt 8. 6. lies 8. 5.
 „ 299. Note 66. 3. 2. statt L. 10. §. 10. lies L. 11. §. 10.
 „ 318. 3. 6. v. u. statt des lies der
 „ 338. 3. 8. lies nicht in des andern
 „ 339. 3. 18. statt nur Recht lies ein Recht
 „ 356. 3. 16. statt salut. lies solut. und 3. 2. v. u. statt L. 23. lies L. 3.
 „ 363. 3. 30 statt denn lies dann
 „ 405. 3. 4. lies Gai. §§. 110—112.
 „ 408. 3. 24. statt 110. lies 111. und 3. 4. v. u. statt XVI. 3. lies X. 7.
 „ 449. Note 6. 3. 1. und S. 450. 3. 16. statt quicum lies quocum
 „ 462. 3. 12. statt eod. lies 33. 4.
 „ 466. 3. 27. lies L. 10. §. 1.
 „ 473. Note 42. lies Ulp. fragm. VI. §. 13.
 „ 477. 3. v. u. lies L. 66. §. 2.
 „ 486. 3. 5. v. u. lies auf die Zeit

Berichtigungen zum zweiten Band.

In mehreren Stellen sind Allegate zu ergänzen durch den Zusatz Rechtslexikon:
so S. 10. Note 64., S. 21. Note 145., S. 22. Note 156., S. 24. Note 162. 163.,
S. 25. Note 167. §. 5., S. 26. Note 177., S. 29. Note 11., S. 85. Note 116.

Außerdem sind folgende Berichtigungen zu bemerken:

- S. 1. §. 1. v. u. statt L. 14. lies L. 24.
- " 4. Note 23. §. 1. statt 28. 1. L. 16. §. 3. lies 28. 5. L. 116. §. 3.
- " 5. §. 6. v. u. statt 41. 2. lies 41. 3.
- " 6. Note * a. C. lies Anm. 1.
- " 14. Note 92. lies L. 13. §. 3. L. 14. D. h. t.
- " 25. Note 167. §. 1. statt hered. lies libertat.
- " 28. Note 6. statt 38. 17. und S. 33. Note 18. statt 38. 18. lies 38. 16.
- " 33. Note 16. statt Ulp. XVI. 2. lies Ulp. XXVI. 2.
- " 35. Note 30. statt 3. 10. lies 3. 9.
- " 36. Note 39. statt 38. 11. lies 38. 9.
- " 43. Note 84. §. 4. statt insusto lies iniusto.
- " 47. Note 102. §. 4. statt ascendentes lies descendentes
- " 51. §. 1. v. u. lies L. 2. §. 6. 9.
- " 54. Note 154. §. 1. statt defuncti lies defuncto
- " 65. Note 2. statt Ulp. XXII. 11. lies Ulp. XXV. 11.
- " 72. Note 48. statt L. 46. lies L. 26.
- " 74. Note 62. §. 5. statt L. 16. §. 1. lies L. 18. §. 1.
- " 75. §. 29. statt 21 setze 71
- " 85. §. 1. v. u. statt L. 11. §. 1. lies L. 17. §. 1.
- " 86. Note 117. §. 2. lies unum assem
- " 112. §. 5. v. u. statt ut lies et
- " 136. §. 13. lies hereditatem
- " 141. §. 26. statt rei coniuncti lies re coniuncti
- " 150. §. 5. statt eive lies eive
- " 158. §. 22. statt zu lies zur
- " 167. Note 4. statt 2. 16. lies 2. 15.
- " 168. Note 6. statt 46. lies 4^b. und statt 23. lies 33.
- " 168. Note 8. (nicht 3.) statt 6. 25. lies 6. 24.
- " 170. Note 18. lies: substituatur, prior autem heres, antequam adiret, de-
cesserit, nemo dubitat,

- S. 173. Note 41. §. 1. statt L. 1. lies L. 16.
 " 175. Note 55. statt 2. 14. lies 2. 18. und §. III §. 7—9, lies XXIII. §. 7—9.
 " 179. Note 84. §. 3. statt L. 19. cit. lies L. 11. cit.
 " 183. Note 101. §. 3. statt 8. 50. lies 8. 51.
 " 188. §. 20. 21. statt zu wirken lies bewirken
 " 200. §. 27. und S. 201. §. 5. lies holo-graphie
 " 200. §. 27. statt 557. lies 577. 578.
 " 205. §. 8. statt 2155. lies 1255.
 " 238. Note 22. statt L. 1. §. 12. lies L. 1. §. 11.
 " 243. Note 58. statt Emancipatus lies Emancipatis
 " 254. Note 109. statt praesentis lies praesenti
 " 260. Note 136. statt L. 21. §. 1. lies L. 21. §. 3.
 " 261. Note 139. §. 5. statt würde lies wurde
 " 271. §. 16. statt Bedienung lies Bedienstung
 " 278. §. 4. lies Anmerkungen
 " 284. Note 40. statt L. 171. lies L. 131.
 " 285. Note 50. statt sententiae lies sententia
 " 289. Note 68. §. 4. statt oper. lies aper.
 " 300. Note 127. §. 1. statt venierit lies venierint
 " 302. Note 135. statt convenietur lies conveniatur
 " 307. §. 7. v. u. lies negotiorum
 " 311. Note 3. statt quo lies quod
 " 324. §. 8. lies petitionem . . . possidet;
 " 327. Note 26. §. 4. lies δεσπότην
 " 327. Note 28. §. 3. statt 8. 50. lies 8. 51.
 " 328. §. 5. statt §. 16. lies §. 17.
 " 330. Note 37. statt L. 20. §. 8. lies L. 25. §. 8.
 " 342. §. 32. statt hereditatis lies universitatis
 " 345. Note 81. §. 4. statt L. 3. §. 2. lies L. 3. §. 1.
 " 347. §. 12. nach ändern setze Fragmenten
 " 348. Note 93. statt 37. 2. lies 37. 4.
 " 349. Note 100. statt 134—136. lies 34—36.
 " 357. §. 31. statt sun lies sua
 " 363. §. 20. lies invasissent
 " 366. Note 157. statt 41. 8. lies 41. 10.
 " 368. §. 2. v. u. statt quibus casibus lies in quibus causis
 " 370. §. 4. statt 36 lies 30
 " 378. Note 183. §. 3. statt 37. 2. lies 37. 4.
 " 386. Note 16. §. 7. statt 10. 40. lies 10. 39. und §. 10. statt L. 39. §. 8. lies
 L. 35. §. 8.
 " 387. §. 13. lies de edendo. 2. 13.
 " 408. §. 12. und 21. statt Fiducier lies Fiduciar
 " 417. §. 17. lies Poppaea und §. 31. deferuntor
 " 417. Note 71. statt XIX. 7. lies XIX. 17.
 " 418. §. 9. lies an meiner
 " 424. Note 37. §. 3. lies in legato praestando,
 " 426. Note 57. §. 1. statt L. 33. lies L. 23. 24.

- S. 427. Note 65. §. 2. statt L. 90. lies L. 91.
 „ 428. Note 72. §. 3. lies iuris ac possessionis
 „ 447. lies Note 235. statt 255. und Note 237. statt 6. 4. lies 36. 4. Note 241.
 §. 11. statt dici lies dicere
 „ 454. Note 292. statt L. 36. §. 2. D. lies L. 36. §. 1. Cod.
 „ 458. Note 320. statt Cod. lies cf.
 „ 461. Note 342. lies L. 88. pr. — §. 2.
 „ 468. Note 389. lies de legat. II.
 „ 472. Note 425. statt L. 28. lies L. 68.
 „ 482. Note 494. statt de legat. I. lies de legat. II. und statt de legat. II. lies
 de legat. III.
 „ 490. §. 16. statt decesserit lies decessit und §. 20. Idem statt Item
 „ 490. §. 30. lies so wie sie zur Zeit
 „ 491. in Note 15. und 16. statt Ulp. XVII. 2. lies Ulp. XVII. 1.
 „ 492. Note 17. statt L. 51. pr. lies L. 52.
 „ 496. §. 11. statt dies legati lies dies legatorum
 „ 506. §. 8. statt hereditas lies hereditates
 „ 509. Note 48. setze: L. 10. Cod. de legatis. §. 4. 5. J. eodem.
 „ 518. §. 19. lies servis suis
 „ 521. Note 6. statt L. 3. §. 3. lies L. 5. §. 3.
 „ 522. §. 31. statt dicit¹⁸. setze dicit¹⁸., und §. 32. ad Sab.¹⁹:
 „ 525. §. 18. statt legatum lies legaturum
 „ 528. Note 34. setze hinzu (525)
 „ 529. §. 20. statt exactum fuerit lies exactum est
 „ 530. §. 2. statt ad fideicommissum lies ad causam fideicommissi
 „ 530. §. 26. statt numeratae lies solutae
 „ 531. §. 9. statt debent lies debet
 „ 532. §. 20. statt liberet lies liberaret
 „ 532. §. 22. lies et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio.
 „ 535. §. 16. statt debitum⁴² lies debitum⁴³
 „ 536. Note 44. statt L. 21. lies L. 22.
 „ 540. Note 8. §. 3. lies §. 15. J. 1. c.
 „ 543. Note 12. statt Westgal. lies Westell
 „ 547. §. 14. lies acceperam (sine?) chirographo particulatim
 „ 549. §. 8. lies ut Debitor liberetur
 „ 554. Unter der Ueberschrift der Nr. 54. ist einzuschalten: (L. 1. §. 13. D. de
 dote praeleg. 33. 4.)
 „ 566. Note 31. nach post. lies 28. 2. statt 28. 3.
 „ 570. Note 50. §. 2. lies scriptae sint.
 „ 576. Note 69. §. 2. statt V. 5. lies IV. 5.
 „ 580. Note 106. §. 1. lies superstes vel repudiavit
 „ 585. Note 140. statt in diesem Werke lies im Rechtslexikon
 „ 599. §. 25. statt sei¹⁶⁰ lies sei¹⁶⁶
 „ 600. §. 10. statt ἀνεχέειν lies ἀνελεῖν
 „ 605. Note 198. §. 1. statt Nov. 89. cap. 1. lies Nov. 18. cap. 1.
 „ 607. §. 20. statt 118. lies 18.
 „ 609. Note 217. statt 3. 22. lies 2. 22.

- C. 610. Note 220. lies cap. 1. pr. und Note 221. cap. 1. §. 1. statt cap. 2.
 " 612. Note 227. §. 2. lies causis filius lucratus sit.
 " 621. Note 264. lies relictum
 " 626. Note 286. statt gültig lies ungültig.
 " 629. lies Note 300 statt 200
 " 636. §. 7. v. u. statt reseretur lies reservetur
 " 638. Note 341. §. 4. lies L. 35. §. 3. und Note 342. lies L. 35. §. 2. 3.
 " 644. Note 375. statt de legat. III. lies de legat. II., Note 376. statt iustar lies
 instar, und Note 380. statt L. 4. lies L. 9.
 " 650. Note 380. statt L. 20. lies L. 34.
 " 653. Note 12. §. 1. lies hereditas,
 " 654. Note 15. §. 10. lies Weise:
 " 655. Note 18. §. 4. statt L. 13. §. 2. lies L. 13. §. 1.
 " 656. Note 25. statt Bgl. oben lies Bgl. Rechtslexikon und statt §. 4. lies §. 3.
 " 657. Note 30. §. 15. statt iustis nuptis lies iustis nuptiis
 " 658. Not: 36. §. 2. lies instit. 28. 5.
 " 659. Note 48. §. 1. lies de iniusto test.
 " 661. Note 56. statt esse adiuvandas lies essent adiuvandae. L. 19. D. h. t.
 " 666. Note 88. §. 1. statt illas lies ipsas
 " 667. Note 89*. statt welchen lies welchem

