

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen,
Ritter des Civil-Dienst-Ordens der bayer. Krone.



Vier und dreißigsten Theils erste Abtheilung



Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung

1830.

Deubelle

15 Ak 35

Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

DIG 115790

STAATSBARCHIV
LÜBECK

2034/13.

64/33 87

Regulicis, ut etiam in iure canonico, sed etiam in iure civili, sicut
autem dicitur in iure canonico, quod non possunt testam.
ent, nisi sint de iure, et non possunt esse de iure, nisi
sint de iure. Quia si quis de iure non esset, non posse
tum est, non posset esse de iure. Et hoc est quod dicitur in
libro 22. capitulo 1. Lib. XXVIII. Tit. I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant.

Fortsetzung.

S. 1406. b.

Mahrer Gesichtspunct, aus welchem die Verordnung des Pabstes
Innocenz III. im cap. 13. X. de testam. zu beurtheilen, und
dessen heutige Unanwendbarkeit.

Sollte also der Pabst Innocenz III. durch das
cap. 13. X. de testam. das Römische Recht wirklich
aufgehoben haben? Eine ungereimtere Verordnung, als
diese, könnte es alsdann nicht geben. Alles hingegen ist
in der Ordnung, wenn man die Erklärung annimmt,
welche ich in meinem Programm ausgeführt habe. Der
große Canonist, Zeger Bernhard van Espen¹⁾,
mag für mich sprechen: Alterum ex hoc INNOCENTII
responso habetur, quod si quis in dispositione et
voluntate alterius dispositionem rerum suarum sc.
extremam contulit, non censeatur decedere intesta-

1) Juris eccles. universi P. II. Sect IV. Tit I. Cap. VIII.
§. 16. et 17. Oper. a Jo. Pet. GIBRAT editor. Vene-
tius 1781. f. Tom. III. pag. 167.)

tus, nimirum ad hunc effectum, ut vi privilegii Episcopo competat ordinatio rerum defuncti, tamquam is intestatus decessit. In dieser Beziehung konnte es sehr gleichgültig seyn, ob ein solcher letzter Wille nach dem Civilrecht gelte, oder nicht. Denn in Hinsicht der Form richtete sich ja die Kirche ohnehin nicht nach dem Civilrechte²⁾. Daher fährt van Espen fort: *Hinc communiter statuunt Canonistae, quod si sufficienter et legitime quocunque modo constet de voluntate defuncti, sufficiat ad excludendum Episcopum, vel Capitulum a rebus clericorum defuncti, tametsi solemne testamentum non sit.* Nun kann es

1) gar keinem Zweifel unterworfen seyn, daß das Cap. 13. blos Geistliche angehe. Denn der davon getrennte, und cap. 18. X. *de Verbor. Signif.* befindliche erste Theil unsers Textes entscheidet ja die Frage, ob auch Canonicci zu den Geistlichen gehören, von denen das cap. 13. spricht.

2) Nur bey den Geistlichen herrschte die Gewohnheit, daß sie die Verfügung über ihren Nachlaß, und den ganzen Inhalt derselben, der Disposition eines treuen Freundes überlassen konnten, dessen Verfügung eben so gültig war, als wenn sie selbst durch Testament darüber verfügt hätten. Daher werden diejenigen, denen diese Verfügung von dem Erblasser aufgetragen war, in den Urkunden des Mittelalters testatores et ordinatores genannt³⁾. Daß diese Art letzter Willensverordnungen auch bey den Laien üblich gewesen, ist uner-

2) *Cap. 10. X. de testam.* S. Ganz Erbrecht des Mittelalters. 1. Kap. S. 139. ff.

3) S. die Beweissstellen in meinem Progr. Sect. II. §. 16. not. 62. (in *Opusc. Fasc. I.* pag. 279.)

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 5

weislich. Alle vom Herrn D. L. R. Schrader⁴⁾ angeführte Urkunden des Mittelalters sprechen bloß von Geistlichen, besonders die Verordnung des Cöllner Conciliums von 1266. worin es can. 7. ausdrücklich heißt:

Sed quilibet clericus de bonis sua, sicut in vita, ita et in morte testamentum suum faciendi, et de rebus suis disponendi vel per se, vel per alios, quibus hoc commiserit, liberam habeat facultatem⁵⁾.

In dieser Synode werden solche Executoren der letzten Willensverordnungen bey den Geistlichen manufideles genannt. Es heißt nämlich weiter:

Et illos, qui contra hoc statutum de bonis et rebus clericorum decedentium ausu sacrilego se iniecerint, nisi sint ipsorum Clericorum manufideles, seu ultimarum executores voluntatum, ex nunc sententia excommunicationis innodamus⁶⁾.

Bey den Laien finden sich dergleichen manufideles, als testatores und ultimarum voluntatum ordinatores, nicht. Es hat darüber keine einzige Urkunde des Mittelalters angeführt werden mögen. Sie müßten also, wenn sie nicht gerade ihren Nachlaß zu frommen Zwecken verwendet wissen wollten, wo denn der Bischof Executor des letzten Willens war, nach dem Civilrecht testieren.

4) Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Bandch. S. 78. f.

5) Manaz. Collect. Concilior. Tom. XXIII. pag. 1138.

6) Man vergleiche die treffliche Dissertation von Franc. Ant. Dürr de manufidelibus in specie ecclesiasticorum tum principum tum privatorum in Germania. Moguntiae 1762. (in Ant. Schmidt Thes. Juris eccles. Tom. VI. Nr. VIII. pag. 528. sqq.)

3) Der Grund, warum die Geistlichen, wenn sie nicht selbst testirten, die Verfügung über ihren Nachlaß Andern überließen, die man manufideles nannte, war theils der, um denselben gegen die damals so gewöhnlichen Ausplündерungen zu sichern⁷⁾, theils um den Bischof auszuschließen, wenn dieser durch ein päpstliches Indult das Recht erhalten hatte, den Nachlaß der ohne Testament verstorbenen Geistlichen seiner Diöcese einzuziehen, und darüber nach seinem Gefallen zu verfügen. Ein solches Privilegium hatte nun auch der Bischof von Auxerre, *Guillelmus de castro Scilligniaco*, wie er von dem ungenannten Verfasser der Geschichte der Bischöfe von Auxerre⁸⁾ genannt wird, erhalten. An diesen ist das cap. 13. gerichtet. Er hatte vielleicht dieses Privilegium vom Papste Innocenz III. selbst⁹⁾ erhalten. Man nannte dasselbe, vielleicht spottweise, denn es war der Geistlichkeit verhaft, *ius spolii*¹⁰⁾. Um die-

7) Die Plünderungen waren im Mittelalter bey den Verlassenschaften der Geistlichen so was Gewöhnliches, daß man in Sprichwort sagte Päffenguth, Räffenguth, Leutguth hält den Sack usw. S. DÜRR eit. Diss. Cap. II. §. 6.

8) *Historia Episcoporum Autissiodorensium*. Cap. 59. (bey LABBAUS pag. 479.)

9) S. meine Innocent. III. §. 16. pag. 273.

10) *Jast. Henn. BOHIMER* Diss. de successione in bona Clericorum. Cap. II. §. 11. Es erstreckte sich aber dieses bischöfliche Spolierecht nicht bloß auf den *acquaestus ecclesiasticus*, wie J. H. BOHIMER ad cap. 13. XI. de testam. und Dürr Diss. eit. Cap. III. §. 6. behaupten, sondern auf das ganze Vermögen, welches ein Geistlicher hinterlassen hatte, wie ich in dem angef. Programm. §. 16. pag. 275. bewiesen habe.

ses bischöfliche Spolienrecht auszuschließen, behaupteten nun die Domherren des Stifts Auxerre, sie wären a) nicht unter den Clericis begriffen, von denen der dem Bischof ertheilte päpstliche Indult spreche, Canonici wären das von unterschieden. b) Der Indult spreche auch nur von clericis *ab intestato decedentibus*. Von Geistlichen aber, welche manufideles ernannt, und diesen den Auftrag gegeben hätten, über ihren Nachlaß nach ihrem Tode zu verfügen, könne man nicht sagen, sie wären intestati gestorben. Um diesem ärgerlichen Streite zwischen dem Bischof und seinen Domherren (Dies heißt hier scandalum¹¹⁾) auf immer ein Ende zu machen, rescribit der Papst, daß zwar in Rücksicht der ersten Frage, unter der Benennung Clerici allerdings auch Canonici begriffen wären, hinsichtlich der andern Frage aber von demjenigen, welcher seinen letzten Willen der Verfügung eines Andern überlassen hätte, nicht gesagt werden könne, er sei intestatus gestorben. Goldhennach enthält also

4) das cap. 13. blos eine authentische Interpretation des dem Bischof von Auxerre ertheilten Privilegiums, wie aus den Anfangsworten des Textes ganz klar erhellet:

Cum tibi de benignitate sedis apostolicae sit indultum, quod ordinatio rerum CLERICORUM ab intestato decedentium libere in tua potestate ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali removere, quod aliquando inter te et tuos

11) Das Wort Scandalum hieß in der Sprache des Mittelalters unter andern auch soviel als iurgium, rixa, odium, offensio. S. *DU FRESNE Glossar.* und *Dominici MACRI Hierolexicon.* h. voo.

Canonicos est subhortum, super duobus nos consulere studiasti.

Und die Entscheidung in den letzten Worten: *Quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus,* bezieht sich ohne allen Zweifel auf die bereits bemerkte damalige Gewohnheit der Geistlichen, manufideles zu ernennen, und ihrer Verfügung die Verwendung ihres Nachlasses anheimzustellen, ohne selbst hierüber etwas zu bestimmen. Dies beweist ja die voranstehende, dem Papst vorgelegte Frage: *an illi, sc. clericis, qui in dispositione ad voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem, nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes, quid, cui loco, vel personae, conferri debeat, dicantur decedere intestati.* Diese bey der Geistlichkeit allein, sonst nirgends, hergebrachte Gewohnheit, durch manufideles über ihren Nachlaß verfügen zu lassen, so wie die Wirkung derselben, daß ein solcher Geistlicher, welcher manufideles bestellt hatte, blos in der Hinsicht nicht für intestatus zu halten sey, daß der Bischof oder das Domkapitel sich nun keine Disposition über seinen Nachlaß anmaßen dürfe, war nicht nur selbst in den Stifts-Statuten anerkannt und bestätigt, wovon wir mehrere sehr merkwürdige Beispiele aus den Stifts-Statuten zum Beweise anführen können.¹²⁾, sondern sie war selbst

12) Zum Beispiel kann vorzüglich dienen das Statut, welches das Domkapitel des Sct. Petrus Stifts zu Mainz im Jahre 1264. errichtet hat, und bey Dürr in Diss. de manufidelibus. Cap. II. §. 7. not. f. (Tom. VI. Th. Jar. Eccl. pag. 347. sq.) folgendergestalt lautet: In nomine Domini Amen. Decanus, Scholasticus, Cantor, totumque ca-

von den Concilien, j. B. dem zu Clairmont vom
pitulum Ecclesiae S. Petri in Maguntia. *De voluntate et consensu unanimi inopinatis casibus et animarum nostrarum saluti proprie libertatem ecclesiasticam providere volentes, taliter ordinavimus, atque statuimus, quod quilibet tam Praeslatorum quam Canonico-rum Ecclesiae nostrae MANUPIDELES eligat, qui testamenti seu ordinationis rerum suarum, si quam fecerit, tam mobilium, quam immobilium executores existant. Si autem de rebus suis, inter vivos vel mortuos, nihil disposuerit, et ita decesserit, idem MANUPIDELES de rebus eius disponant, secundum quod saluti animae suae sub periculo animarum suarum vide-rint expedire. Volumus etiam, et iam inhibemus, ut MANUPIDELES de bonis mortui nihil inter se emant, vel in usus suos, quantumcunque vile sit, convertant, sed universa, sive fuerint mobilia, vel immobilia vel utensilia Domus, si de illis nihil certi in vita vel ultima voluntate, ut dictum est, ordinavit, distrahant, et pro remedio animae suae adpios usus convertant, nisi esset tale quid, quod cum honore vendi non posset; hoc pauperibus, vel alias detur, sicut credant mortuo et honori suo expedire. Si autem aliquid reliquit mortuus, quod MANUPIDELUM aliquis habere de-siderat, hoc non inter se vendant MANUPIDELES ei, sed Decanas et Capitulum cum eis illi, vel plus offe-renti vendant, et ipsi MANUPIDELES precium illius cum aliis rebus mortui distribuant. — Haec autem ordi-natio quolibet anno in quadragesima infra dominicam Invocavit et festum Palmarum in Capitulo publicetur. Ita si quis testamentum, si quod fecerit, vel Manu-pideles, quos elegerat, mutare voluerit, super hoc li-beram habeat facultatem; alioquin MANUPIDELES ab ipso electi remaneant, CUM NON INTELLIGATUR DECEDERE INTESTATUS, QUI TESTAMENTUM VEL ORDINATIONEM RERUM SUARUM ALTERIUS POTESTATI COMMITTIT. Hoc nihilomi-*

Jahre 1095.¹³⁾ und dem zu Köln vom J. 1266.¹⁴⁾ bestätigt. Dass endlich

5) eine solche Anordnung des Nachlasses durch manufideles nach dem Canonischen Rechte auch von Wirkung gewesen sey, ergiebt sich aus Folgendem. Die manufideles müssten a) mittels Handschlags an Eides

nus adiūciantes, quod, si Canonicus non condito specialiter testamento decedens obligatus debitibus non fuerit, vel saltem talibus debitibus teneatur, ad quorum solutionem res suae mobiles sufficient; MANUFIDELBS ipsi annum gratiae, quem habet in praebenda, in alios usus convertere non possint, nisi Ecclesiae secundam antiquam consuetudinem hacten approbatam. Hac igitur ordinatione seu statuto præhabito memorato termino a summo usque ad ultimum quilibet MANUFIDELBS publice per Decanum nostrum in Capitulo nostro, ut moris est, elegit, et omnia, quae praemissa sunt, data fide loco iuramenti servare promisū. Acta haec sunt anno Domini MCCLXIV. Diese Urkunde findet sich auch in GUDENI Cod. Diplomat. Tom. II. Nr. CXIV. pag. 150. Ein anderes Beispiel führt Zeg. Bern. van ESPEN iuris Eccles. univ. P. II. Sect. IV. Tit. 1. Cap. VIII. §. 17. aus den Kapitels-Statuten der vom Papst Eugen IV. gestifteten Sct. Peters-Kirche zu Löwen an, in denen es heißt: *Item statuimus et ordinamus, quod ILLE NON CENSURATUR AB INTESTATO DEFUNCTUS, neque poterit Decanus vel Capitulum de bonis eius quomodocunque disponere, de cuius voluntate QUOMODO LIBET appareat per scripturam publicam, aut etiam QUANTUMCUNQUE PRIVATAM, seu simplicem sive NON SOLEMNEM, manu decedentis scriptam, aut saltem subsignatam, aut de eius scientia aut scitu sigillatam.*

13) Bey Gratian can. 46. Caus. XII. Qu. 2.

14) S. oben S. 5.

Statt dem Erblasser versprechen, (loco iuramenti fidem praestiterunt manualem) daß sie den ihnen ertheilten Auftrag treulich vollziehen wollten¹⁵⁾). Dann mußten sie: b) vor allen Dingen über den Nachlaß ein Inventarium aufnehmen lassen¹⁶⁾; und c) für den Verkauf der Sachen sorgen, welcher durch öffentliches Teilbieten geschahe¹⁷⁾). Waren Schulden da, so mußten sie diese vor allen andern bezahlen, sie konnten auch deshalb, den Erben gleich, von den Gläubigern belangt werden, so wie sie denn auch selbst die Schuldner des Erblassers belangen konnten¹⁸⁾). Uebrigens verwendeten sie das Vermögen nach dem ihnen von dem Verstorbenen entweder ausdrücklich zu erkennen gegebenen, oder vermutlichen Willen desselben, gewöhnlich nach der Sitte des Mittelalters zu frommen Zwecken, welches man in der Sprache des damaligen Zeitalters *pro anima, pro animae salute, pro animae redēptione, pro animae remēdio* disponere nannte¹⁹⁾). Denn den

15) G. DÜRR cit. Diss. Cap. I. §. 4. not. l. pag. 535.

16) Concil. Coloniense vom Jahre 1300. Can. 10. G. DÜRR Diss. cit. Cap. III. §. 12. pag. 362.

17) DÜRR c. l. §. 9. pag. 359.

18) G. DÜRR Diss. cit. Cap. III. §. 11. pag. 361. Ge Lud. BOEHMERS Observation. iuris eccl. Obs. IV. §. 7. p. 122. und mein Programm, §. 16. (Opusc. Fasc. I. pag. 287.)

19) Es entsprach dieses ganz der herrschenden Denkungsart des Mittelalters, nach welcher derjenige für einen Gottesverächter gehalten, und verdammt wurde, der, ohne die Armenanstalten und frommen Stiftungen bedacht zu haben, starb. Man vergleiche hier vorzüglich Lud. Ant. MURATORI Antiquitates Italiae medii aevi. Tom. V. Diss. LXVII. pag. 654. und G. L. BOEHMER Obs. cit. pag. 125. In

Geistlichen lag nur daran, daß ihr Nachlaß zu ihrer Seele Heil verwendet wurde, daher man auch eine solche Verfügung Seelgeräth nannte²⁰⁾. Ueber ihre Verwendungen mußten sie zuletzt dem Bischof des Orts Rechnung ablegen²¹⁾; welcher denn selbst auch, wenn ein manufidelis nicht pflichtmäßig zu Werke ging, als Executor des letzten Willens eines Verstorbenen eintreten konnte²²⁾. So war denn nach den Kirchengesetzen des Mittelalters Alles in der Ordnung, ohne Einschaltung der Intestaterben, oder auch der weltlichen Obrigkeit. Nach dem Kirchenrecht seines Zeitalters konnte also Innocenz III. gar nicht anders decretiren. Er hatte demnach gewiß eben so wenig die Absicht, durch seine Decretale das Römische Recht abzuändern, als er sie vernünftiger Weise haben konnte, denn er entschied ja nach einem damals längst gebräuchlichen, aber doch nur bey der Geistlichkeit gebräuchlichen, Gewohnheitsrecht. Es ist auch schon gar nicht glaublich, daß

dem Not. 12. angeführten Kapitelsstatut des Sct. Petrus Stifis zu Mainz wird es den manufidelibus sogar zur Pflicht gemacht; *de rebus defuncti Canonici* zu disponieren, secundum quod salati animas suas viderint expedire, und zwar *sub periculo animarum suarum*. Man vergleiche auch mein Programm §. 17. Not. 79. pag. 294.

20) S. die Glossaria german. medii aevi von Jo. Ge. Wachter pag. 1499. Chr. Gottl. HALTAUS pag. 1668. und Laur. de WESTERNAER pag. 520. voc. *Seelgeräte. Seelengeraet. Seelgräth.*

21) Clement. un. *de testamentis.* (III. 6.) S. Dürr Diss. cit. Cap. III. §. 24. not. 2. pag. 575.

22) Cap. 3. X. *de testamentis.*

Innoenç III. den Untd n Dabini s. Alteferra²³⁾ mit Recht Jurisconsultorum Pontificem und Pontificum Jurisconsultissimum nannt, seine Zeitgenossen aber Lucerna iuris nannten, das Römische Recht, und zwar in einer der wichtigsten Lehren, zu einer Zeit sollte abgeändert haben, wo dasselbe gerade wieder im Aufblühen war, und das Studium desselben so eifrig getrieben wurde, daß man den Päpsten selbst zum Vorwurf machte, sie sprächen mehr nach den Gesetzen des Kaisers Justinian, als der Kirche²⁴⁾; wenn es nicht hier einer altherkömmlichen, besondern, freylich dem Römischen Rechte widersprechenden, Gewohnheit gegolten hätte, welche denn freylich auch nicht weiter, als auf den speciellen, blos auf Geistliche sich beziehenden Fall angewendet werden konnte. Es wäre auch deswegen gar keine Entscheidung nöthig gewesen, wenn nicht die Canonie des Stifts Aurerre die Behauptung geltend zu machen gesucht hätten, daß sie unter der Veneratio Clerici nicht begriffen wären. Eben deswegen war auch gar nicht nöthig, in dem Satz des Cap. 13: das Wort *clericus* hinzuzufügen, weil ja in der ganzen Constitution blos von Geistlichen die Rede ist, und überdem ein jeder schon von selbst wußte, daß dieser Rechtsatz blos von Geistlichen gelte, denen das Recht, den ganzen Inhalt ihres letzten Willens aus den oben angeführten Gründen

23) Innocentius III. P. M. Inter. Parisior. 1666. f. in Praef. pag. 1.

24) So schreibt z. B. der Abt Bernhard von Clairvaux in seinem Buche *de consideratione divina*, an den Papst Eugen III. dem er sogar dieses Buch dedicirt hatte: *Per strepunt in tuo palatio leges, sed JUSTINIAMI, non Domini. Rectius etiam? illud tu videris.*

der Verfügung eines treuen Freindes pro animae salute zu überlassen, vermöge eines alten, sowohl in den Kirchenversammlungen, rats in den Stiftsstatuten bestätigten Herkommens gestand, wie ich ausführlich gezeigt habe.

Sollte aber doch nicht etwa das Decretalschreiben des Papstes Innocenz III. in Gregors IX. Decretalen Sammlung in der Absicht aufgenommen worden seyn, um als Regel des gemeinen Rechts den Satz geltend zu machen, „dass jeder seinen letzten Willen, ohne selbst testiren zu dürfen, dem ganzen Inhalte nach der Verfügung eines Andern gültig überlassen könne, ohne alle Rücksicht auf den speciellen Fall, worauf sich eigentlich die päpstliche Entscheidung bezog?“

Dies ist es nur, was Herr D. L. Schröder gegen meine Meinung zu beweisen gesucht hat. Ich bin dagegen überzeugt, dass wenn man der Verordnung des Innocenz diese Ausdehnung geben wollte, daraus die grösste Verwirrung in der Testamentslehre entstehen würde. Denn wäre nach dem Canonischen Rechte ein Testament gültig, worin der Testator nichts für sich selbst angeordnet, und über sein Vermögen verfügt hat, sondern den ganzen Inhalt desselben; quid, cui leo, vel personae conserri debat, wie es in der Decretale heißt, der Willkür eines Dritten überlassen hat; so wäre ja hiermit das ganze Wesen des Testaments, welches nur allein in der Einsicht eines directen Erben besteht, und ohne diese durchaus nicht gelten kann, aufgehoben. Wenn also Justinian §. 34. *J. de legat.* lehrt: *testamenta ex institutione heredum yim accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius te-*

stamenti heredis institutio; wenn ferner Modestinus L. 1. §. 3. in fin. D. de vulg. et pupill. substitut. sagt: *sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*; wenn endlich Papinian: L. 10. D. de iure codicillorum gerade darin den Unterschied zwischen einem Codicil und Testamente sagt, indem er sagt: *Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicilos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur*; so wären ja nun alle diese Vorschriften des Römischen Rechts durch das Canonische Recht aufgehoben. Zwischen Testamenten und Codicilen wäre nun kein Unterschied mehr, und über die Vorschrift Justinians §. 2. J. de codicillis: *Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest: ne confundatur ius testamentorum et codicillorum*, könnte man sich nun füglich hinaussezen. Hiermit hätten denn auch ferner die Vorschriften des Röm. Rechts L. 9. §. 9. D. de hered. instit. Heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest; und L. 62. §. 1. D. eodem: *Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet*; ihren Abschied erhalten. Wenn ferner das Römische Recht L. 32. pr. D. de hered. instit. eine Erbinsetzung für ungültig erklärt, *quos Titius voluerit sc. heredes esse*; so kann also nach dem Canonischen Recht ein Dritter nach meinem Tode noch ein Testament für mich machen! Da seiner Willkür keine Schranken gesetzt worden sind, er also zum Erben einsetzen kann, Wen er will; so würde ich es ihm verdenken, wenn er sich nicht selbst zum Erben einsetzte. Kann

man sich denn aber eine größere Ungereimtheit gedenken, als die, daß der Erbe sich selbst zum Erben einsetzen könne. Wie sieht es denn nun mit dem Senatusconsulto Liboniano aus? Ein solcher Testirer könnte ja auch wohl ents erben, wenn er vielleicht erfahren hätte, daß einmal so etwas zwischen dem Verstorbenen und seinem Notherben vorgefallen sey, was nach der Novelle 1:15. die Erb erbung verdient hätte. Könnte der große Jurist In noce n z dies im Ernst gemeint haben? Man will jedoch zwey Fälle ausnehmen, wo die Vorschrift des cap. 13. keine Anwendung finden soll, weil sie noch auf einen speciellen Grund gebauet sind, nämlich

1) daß man die im Testamente erlaubte Formun de s e r n e n n u n g keinem Andern überlassen darf, indem hierbey vorzüglich certum iudicium erfordert wird²⁵⁾. Allein wird denn nicht auch zur Erbeneinsetzung vor züglich certum iudicium erfordert? Ist denn dieses nicht gerade der Grund, aus welchem die institutio, quos *Filius voluerit*, in der L. 32. pr. D. cit. für ungültig erklärt wird? Nam satis constanter Veteres decreverunt, sagt das Gesetz, *testamentorum iura ipsa PER SE firma esse oportere, non EX ALIENO ARBITRIO pendere*. Herr Ob. Trib. R. Schrader²⁶⁾ hat ja diesen Grund selbst nicht anders, als so erklärt: „daß bey so wichtigen Verf ügungen, wie die lebtwilligen sind, die genaueste eigene Ueber legung und Bestimmung, auch um Betrüger reyen zu vermeiden, nothwendig sey.“ Diesen

25) §. 37. J. de legatis.

26) Dasselben Abhandl. §. 5. S. 53. Es wird dieser Grund nochmals wiederholt §. 15. Not. 99. S. 92.

Grund konnte Innocenz durch sein Decretalschreiben gar nicht aufheben, er konnte also das Römische Recht in diesem Grundprincip gar nicht abändern, wenn seine Verordnung, die sich nur nach den Gebräuchen und Sitten seines Zeitalters in dem speciellen Falle, auf den sie sich nach den ausdrücklichen Worten der Originals Decretale bezieht, allenfalls noch rechtfertigen ließ, und auch gewiß in keiner andern Absicht in Gregors IX. Decretalen-Sammlung ist aufgenommen worden, als daß sie in solchen Fällen bey dem auch noch im 13. Jahrhundert herrschenden Spolierechte zur Norm dienen sollte, als höchst unvernünftig erscheinen soll. Soll nun aber ja die Vorschrift des Cap. 13. zur allgemeinen Regel dienen, wer berechtigt uns denn eine Ausnahme aus dem Röm. Rechte einzumischen, wenn das canonische Recht einmal das certum testantium iudicium aufgehoben haben soll? oder finden Ausnahmen Statt, so erlaube auch ich mir aus demselben Grunde in Ansehung der Erbeinsetzung eine Ausnahme zu machen.

2) Soll noch eine Ausnahme in sofern Statt finden, daß man dem *oneratus* nur unter den näheren Bestimmungen des Röm. Rechts überlassen könne, Wem und Was er auszuzahlen solle. Denn bey diesem trete der besondere Grund ein, daß er Schuldner des *honoratus* ist.

Dies läßt sich nun zwar wohl in dem Falle denken, wenn Honorirte da sind, und der Erbläser blos verordnet hat, daß ein Dritter den Nachlaß unter sie vertheilen, und, wie viel ein jeder bekommen soll, nach billigem Ermessen bestimmen solle. Diese könnten allenfalls gegen den *oneratus* klagen, etwa mit der *actio*

personalis ex testamento, es könnte auch hier richterliches Ermessen eintreten²⁷⁾. Allein wir wollen nur immer an den Fall denken, von dem Innocenz spricht, daß der Erblasser gar nicht für sich selbst bestimmt habe, quid, cui loco, vel personae conferri debeat, sondern Alles, ohne alle einschränkende Bestimmungen, der Willkür des Dritten überlassen habe. Wo ist nun der honoratus, dessen Schuldner der oneratus seyn könnte? Etwa die Intestaterben? Hätte der Erblasser diesen seinen Nachlaß zugedacht, warum bestellte er einen Dritten, der den Erben ernennen, und über den Nachlaß verfügen soll? Was sind das ferner für Bestimmungen des Römischen Rechts, nach welchen der oneratus sich zu richten haben soll, Wem er und Was er auszahlen solle? Wer kann ihn nöthigen, dem ihm gewordenen Auftrage zu genügen, wenn ihm nicht etwa der Erblasser selbst unter dieser Bedingung ein Legat ausgesetzt, und er dasselbe angenommen hat? Wollten die Intestaterben gegen ihn klagen, so könnte er sie mit der Einrede zurückweisen, *vestra nihil interest, quia qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decadere intestatus;* und so könnte er die Klage vollends dadurch vereiteln, daß er, mit Uebergehung derselben, gerade einen Fremden zum Erben ernennete. Denn er kann ja, da seiner Verfügung über den Nachlaß keine Grenzen gesetzt sind, zum Erben ernennen, Wen er will. Kann denn also wohl ein solcher letzter Wille einen bestimmten Ausgang gewinnen? Publice autem expedit, sagt Paulus L. 5. D. Te-

²⁷⁾ L. 50. D. de legatis XXXI. L. 12. D. de legatis XXXII. S. auch Walch Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XIV.

stam. quemadm. aper. suprema hominum iudicia exitum habere. Sind Notberben dadurch übergegangen, so können ja diese ohnehin die ganze Verfügung des Erblassers anfechten; oder hat etwa *Innocenz III.* auch das Notberbentrecht aufgehoben? Wie aber, wenn der von dem Verstorbenen zum Testiren Beauftragte wirklich testirt? Hier soll sich's denn von selbst verstehen, „daß die äußere Form gehörig beobachtet werden müsse; denn diese ganze Frage betreffe ja nur einen Theil der inneren Form.“ Hier könnte man fragen, worin denn diese äußere Form bestehet? Das Römische Recht kennt hier keine äußere Form. Denn diese setzt ein Testament voraus, also einen letzten Willen, welcher eine Erbeinsetzung enthält, die aus des Testirers eigener Bestimmung herrühren muß²⁸⁾. In dem Falle aber, von welchem das Canonische Recht spricht, ist kein solches Testament vorhanden. Es ist keine *iusta nostrae*, sondern *alienae voluntatis sententia*, und diese verwirft das Römische Recht. Es müßte also etwa die Form des canonischen Rechts gebraucht werden²⁹⁾; diese gilt ja aber, wie bekannt, in Deutschland nicht. Zu dem allen aber kommt nun endlich noch, daß durch die Notariats-Ordnung K. Maximilian I. vom Jahre 1512. Tit. I. von Testamenten in Rücksicht der Form eines Testaments §. 1. das Römische Recht ausdrücklich bestätigt ist. Sie verweist die Notarien ganz bestimmt auf die kaiserlichen Rechte, §. 2. und verordnet daher, in Gemäßheit derselben §. 8., daß derjenige, welcher ein Testament machen will, die

28) *L. 1. D. h. t.*

29) *Cap. 10. X. de testam.*

Namen derjenigen, welche er zu seinen Erben haben, oder denen er sonst etwas vermachen will, vor der im Röm. Recht vorgeschriebenen Zahl dazu erbetener Zeugen deutlich benennen und ausdrücken solle. Es kann demnach von den die Form der Testamente betreffenden Verordnungen des Canonischen Rechts h. z. L. gar kein Gebrauch mehr gemacht werden. Selbst Geistliche können sich daher nicht mehr auf die Vorschrift des Cap. 13. X. *de testam.* berufen, und einem Dritten die willkürliche Verfügung über ihren Nachlaß gültig anheimstellen, ohne selbst zu testiren, weil das im Mittelalter einzelnen Bischöfen verliehene ius spolii längst aufgehoben ist. Ein sehr merkwürdiger, heym Reichs-Cammergerichte im Jahre 1760 verhandelter Rechtsfall in Sachen der Geschwister von Gahlen, welchen Freyherr von Cramer³⁰⁾ umständlich erzählt hat, giebt

30) Weßlarische Beiträge. 3. Th. (Weßlar 1763. 8.) Nr. XII.

S. 62—75. Es hatte nämlich der ehemalige Münsterische Domdechant Friedrich Christ. Freyh. von Gahlen im Jahre 1718. eine Disposition in lateinischer Sprache dahin errichtet, daß wenn er ohne Testament versterben würde, die von ihm zu Executoren seines letzten Willens ernannten Freyherr von Fürstenberg, Johann Hermann von Kettler, und sein einziger Bruder Wilhelm Ferdinand von Gahlen über seine Verlassenschaft verfügen sollten, prout iudicaverint defuncto; ac salati suae salubrios in Domino expedire. Nach desselben Tode hatten auch diese Executoren dem ihnen erteilten Auftrage zu Folge ein Testament errichtet, und in demselben den Freyherrn Wilhelm Ferd. von Gahlen zum Universalerben eingesetzt, einer jeden der beyden Schwestern des Erblassers aber nur ein Legat von 800 Rthlr. vermacht. Die Schwestern sohten das Testament bey dem Münsterischen Officiale als ungültig an, und es erging ein von der Juris-

einen Beleg dazu³¹⁾). Daß in Deutschland überhaupt kein Testament ohne bestimmte Erbeneinsehung gilt, und daß daher der Inhalt eines Testaments nicht gültig der Disposition eines Dritten überlassen werden kann, wofür nicht etwa der Erblasser will, daß sein Nachlaß bloß zu frömmen Zwecken und Stiftungen verwendet werden solle, ist eine in der heutigen Praxis anerkannte Wahrheit³²⁾. Es ist daher eine gemeine Regel, daß

sten-Facultät zu Ingolstadt eingeholtes Urtheil, worin dieses Testament für nichtig erklärt wurde. Es wurde zwar dagegen von dem eingesezten Erben an das Reichs-Camergericht appellirt, das Urtheil aber wurde bestätigt.

31) Jedoch behauptet *Christph. Frid. HARPPRECHT* in Diss. de eo, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit. *Tubingae* 1749. 4. §. 18. daß wenn es b. z. L. noch Bischöfe gebe, denen in Ansehung der in ihren Diözesen ohne Testament verstorbenen Geistlichen ein ius spolii zustände, diese durch eine solche Anordnung, von welcher *Cap. 13. X. de testam.* spricht, ohne Weiters das bischöfliche Spoliengericht ausschließen könnten. Man sehe auch meinen *Innocentius III. Sect. II. §. 18.* (in *Opusc. Fasc. I.* pag. 296.)

32) *Sam. STRYK* in *Usu mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. V.* §. 11. sagt: Sed de eo nondum constat inter interpres, utrum ex cit. *cap. 13. X. de testam.* tuto colligi possit, heredis institutionem posse committi in arbitrium tertii, ut proinde ex eo tuto inferri non possit, hodie in praxi, qua ius Canonicum sequimur, talen institutionem admittendam esse. Imo si secundum receptam sententiam esset iudicandum, tantum talis institutio admittenda foret in *testamentis ad pias causas*. Man sehe ferner *Just. Henr. BOHEMBI Consultat. et Decision. Tomi II. P. I. Resp. 661. nr. 97. et P. II. Resp. 866. nr. 30.* *Nic. Christph. de LYNCRA Rer.*

man nicht durch einen Bevollmächtigten testiren könne, sondern ein Fader, welcher testiren kann, in eigener Person testiren müsse³³⁾. Ich bemerke nur noch zum Beschlusß, daß der große Cujaz³⁴⁾ keinen Widerspruch zwischen dem Römischen und dem Canonischen Rechte annimmt. Das Canonische Recht, sagt er, verordnet allerdings, daß man auch die Erbeneinsetzung dem Willen eines Dritten überlassen könne. *3. B. Is mihi heres esto, quem Titius voluerit.* Allein dies sen nach seiner Einsicht so zu verstehen: in alienam voluntatem, quasi in conditionem, eben so, als wenn der Testator gesagt hätte: *si evenerit, ut quandoque Titius declareret, quem optet mihi heredem esse,* so wie in der *L. 1. pr. D. de legat. XXXI.* gesagt werde, es könne ein Legat in den Willen eines Andern, veluti in conditionem, gestellt werden. Dieses und nichts anders sen die Meinung des Papstes Innocenz

decisar. Cent. IV. Decis. 314. Tob. Jac. REINHARTH select. Observation. ad Christinaeum. Vol. I. Obs. 70. Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 2. Bandes 2. Abth. Nr. CXLV. §. 18. S. 409. Christ. Aug. GÜNTHER Princip. iuris Romani priv. noviss. Tom. II. §. 150. et not. a. und Ge. Steph. WIESAND Opusc. Specim. VI. Obs. 1.

35) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 37. in fin. *Burckh. BARDELLI Diss. de testamento nuncupativo. (Tübing. 1671.) Th. IX. Jo. God. SCHAUMBURG Diss. singularia de testamento nuncupativo capita contin. Jenae 1737. §. XV. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 108. a. E. (Berlin 1805.)*

36) Commentar. in tit. XXVI. Libri III. Deoretalium de testamentis ad cap. 13. (*Oper. postumor. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 290.*)

des III. welcher das Civilrecht nicht habe abändern wollen. Aliorum sit iudicium.

§. 1406. c.

Gilt ein Testament, welches auf Befragen eines Andern gemacht worden ist?

Ein letzter Wille soll, der Vernunft und dem Geiste der Gesetzgebung zufolge, das Werk der ernsten, freyen, selbst wirkenden Ueberlegung seyn. Er darf also dem Testirer nicht abgefragt werden, sondern er muß ihn selbst erklären³⁵⁾. Zwar können sich die Zeugen bey einem mündlichen Testamente durch Fragen von der Willensmeinung des Testirers genauer zu unterrichten suchen, wenn sich derselbe beym Vortrage seines letzten Willens nicht ganz deutlich ausgedrückt haben sollte. Er kann auch, wenn er etwa seinen letzten Willen einem von den Zeugen dictirt hätte, von demselben befragt werden, ob er ihn richtig gefaßt habe, welches denn der Testirer immerhin mit einem Ja bekräftiget haben mag³⁶⁾. Denn hier kann wegen der Gewißheit des Willens kein Zweifel entstehen, sie wird vielmehr dadurch noch mehr außer Zweifel gesetzt, und die Selbstthätigkeit des Testirers dabey nicht aufgehoben³⁷⁾. Hatte ferner der

35) Gabr. Christ. SCHREIBER de CAONSTAN Diss. de testamento ad interrogationem alterius condito. Goetting. 1761. und Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 19. Anderer Meinung ist jedoch Andr. FACHINATUS Controversiar. op. Lib. V. Cap. 69.

36) L. 39. §. 2. D. de legat. XXXII. S. Westphal's Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 378.

37) Sam. de COCCUSI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. Sonnsi-

Testator die Absicht zu testiren, und daß, was er auf den Todesfall verordnen wolle, schon vorher erklärt, so daß sein letzter Wille dem Fragenden schon bekannt gewesen ist, oder ist auf eine allgemeine Frage eine specielle Antwort, oder wenigstens auf eine specielle Suggestivfrage eine derselben entsprechende specielle Antwort erfolgt; so sind alle Rechtsgelehrte³⁸⁾ darin einverstanden, daß Befragung des Testirers dem Testamente un nachtheilig sey. Allein ein bloßes Ja, oder wohl gar nur ein Kopfnicken auf eine specielle Frage, welche die Namen der Erben, und deren Erbtheile ausdrückt, ist ohne Gültigkeit, und ein auf solche Art abgefragtes Testament muß für null und nichtig erklärt werden, wenn nicht Erbschleicherien und Testamentsfälschungen Thür und Thür geöffnet werden soll³⁹⁾. Ob der Fragende

BER de CRONSTERN Diss. cit. §. 14. et 15. WALCH c. I. Scheweppe Röm. Privatrecht. §. 790. und von Hartig'sch. Erbrecht. §. 64. a. E.

38) S. Hartm. Pistoris Observation. singular. (Lips. et Francof. 1679.) Obs. IV. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 153. a LYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 15. Jo. Gottfr. SCHAUMBURG Singularia de testamento nuncupativo capita. §. XV. in fin. und Dan. Rettelbladts Versuch einer Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelehrtheit. §. 1529. Vergl. auch Joh. Burckh. Geiger's und Glück's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. Bd. Nr. XLII. §. 13. und Adolph Diet. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1406. §. 217.

39) Voss Comm. ad Pand. b. t. §. 11. Burckh. BARDILI Diss. de testamento nuncupativo. Th. VII. SCHREIBER de CRONSTERN cit. Diss. §. XVI. Christ. Aug. GÜNTHER Princip. juris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 750.

eine öffentliche; oder eine Privatperson ist, darauf kommt nichts an⁴⁰⁾. Die römischen⁴¹⁾, so wie die deutschen Reichsgesetze⁴²⁾ erfordern ausdrücklich bey mündlichen Testamenten die eigene mündliche Erklärung des Testirers, welcher die Absicht hatte zu testiren. Kommt nun noch hinzu, daß der Testirer, wie in dem von mir erörterten Rechtsfalle⁴³⁾, auf die Frage: ob er nichts zu testis

Gottl. HUFELAND Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. Band. §. 1088. *Jul. Frid. MALBLANC* Princip. iuris Rom. Part. ult. §. 689. Man sehe auch *Gmelin's* und *Elsäffer's* gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 5. B. S. 118. ff.

- 40) *S. Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris.* P. III. Decad. LXIX. Err. 1. et 2.
- 41) *L. 26. et L. 29. C. de testament.* (VI. 23.)
- 42) Notariats-Ordnung Maximilians I. Tit. von Testamenten. §. 8. Zwar meint *Car. Christph. Hofacker* Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1267. not. b. dem auch *Christ. Henr. Gottl. Koseck* in *Commentat. de testamento vi metuve extorto.* (Lips. 1800. 4.) §. 4. pag. 15. beystimmt, ein deutliches Ja könne nicht verworfen werden, wenn nur der freye Wille zu testiren gewiß und keinem Zweifel unterworfen sey; allein man sehe, was dagegen in der *Bibliothek kleiner jurist. Schriften, herausgegeben von HÜBNER und TITTMANN.* 2. Bd. (Leipzig 1801. 8.) Nr. XVII. S. 77. ff. sehr gründlich erinnert worden ist. Richtiger sagt *Just. Claproth* in der Abhandl. von Testamenten und Codicillen. §. 8. S. 60. „Es ist weder ein schriftliches, noch mündliches Testament, wenn dem Erblasser ein Aufsaß vorgelesen wird, den er vorher nicht gesehen, und keinen Auftrag zu dessen Entwerfung geben hat, den derselbe entweder mit Kopfnicken, oder durch ein einfaches Ja genehmigt.“
- 43) *S. die Rechtsfälle a. a. D.* §. 5. S. 176. ff.

ren oder zu disponireen habe, oder disponiren wollt? ausdrücklich geantwortet hatte: jetzt ist es schon zu spät, ich habe für meine Seele zu sorgen, ich bin es nicht mehr vermögend; derselbe aber dennoch mit Fragen bestürmt worden, auf die dann der Testator, schon mit dem Tode ringend, mit solcher Eilsfertigkeit geantwortet hat, daß man deutlich daraus wahrnehmen können, wie er nur der Beschwerlichkeit des Fragens dadurch habe entlediget seyn wollen. Wer kann bey einer solchen tumultarischen Art der Testamentserrichtung von der Gewißheit des Willens des Testirers überzeugt seyn ⁴⁴⁾? zumal wenn er nun noch aus den eigenen Aussagen der bey Errichtung des Testamens ge- gewärtig gewesenen glaubwürdigen Personen vernimmt, daß der Testirer nach geschehener Unterzeichnung, welche mit schon halb erkalteter zitternder Hand, und schon halb erloschenen Augen, (die Zeugen sagen, sie wären damals schon gläserig, wie gewöhnlich bey einem Sterbenden, gewesen) geschah, kaum mehr fünf Minuten gelebt habe.

§. 1406. d.

Testament eines Blinden.

Daß ein Blinder testiren könne, hat an sich keinen Zweifel ⁴⁵⁾. Das ältere Recht macht auch keinen Unter-

44) G. SCHREIBER *de CRONSTERN* Diss. cit. §. XVI—XVIII.
und die angeführten Rechtsfälle. §. 14. S. 193. f.

45) Sam. STARY Disp. *de testamentis corpore vitiatorum.*
Halae 1702. 4. rec. *Vitembergae 1740.* §. 3—25.
de WEBB Diss. de testamentis coecorum. *Trajecti 1764.* *Frid. Henr. Maxim. KARSTEN Diss. de visu pri-
vatis eorumque iuribus.* *Lipsiae 1775.* 4. §. XV. *Car.*

schied zwischen sehenden und blinden Testatoren. Sie brauchten also nur die gewöhnliche Testamentsform zu beobachten⁴⁶⁾. Um jedoch allen Irrthum, und Bezug zu verhüten, der bey dem Testamente eines Blinden leicht möglich wäre, und die möglichste Gewissheit des Willens zu bewirken, hat Kaiser Justinus eine eigene Form bey den Testamenten derselben vorgeschrieben. Es gehört hierher die *L. 8. C. Qui testam. fac. possunt.* (VI. 22.)

Imp. JUSTINUS A. *Demostheni. P. P.*

Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis, seu morbo vitiove, seu ita nati, per nun-

Jo. Gnil. KOEHNEN Diss. de forma testamenti externa a coeco observanda. *Goettingae* 1781. 4. Mareczk's Bemerkung über das Testament der Blinden; in von Grönmann's und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 4. Bandes 2. Heft. Nr. 2. und 3. S. 166 — 173. Wenn Pet. FABER ad *Ulpiani fragmenta* Tit. XX. §. 13. (in *Thes. iuris Meerman.* Tom. VII. pag. 762. not. 8.) behauptet, ein Blinder könne nicht testieren, weil er die Zeugen nicht sehen kann, welches doch die *L. 9. C. de testam.* zur Gültigkeit eines Testaments ausdrücklich erfordere; so hat schon *Jo. Christph. Koch* in Progr. de conspectu testatoris ad *L. 9. C. de testam.* *Giesseae* 1775. pag. 9. bemerkt, daß in conspectu testatoris nichts anders heiße, als *sub praesentia ipsius testatoris*, wie *L. 50. C. de testam.* sagt.

46) *PAULUS Sententiar. Receptar.* Lib. III. Tit. IV. A. §. 4. Caecus testamentum potest facere: quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium prohibentes. *S. SCHULTING Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 340. *Ev. OTTO und Jan. a COSTA Comm.* ad §. 4. J. Quib. non est permitt. fac. testam.

cupationem suaē condant moderamina voluntatis: scilicet praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis, primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceant: deinde exprimant nomina specialiter heredum, et dignitates singulorum, et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat: et ex quanta parte, vel ex quot unciis in successionem admitti debeant: et quid unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velint: omnia denique palam edicant, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. Quibus omnibus ex ordine peroratis, uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtutu septem, ut dictum est, testium, et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab eisdem testibus, quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium. Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum, vel fideicomissa, et in summa quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda. At cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione perturbata, minus memoria possit res plures consequi: patebit eis licentia, voluntatem suam, sive in testamenti, sive in codicilli tenore compositam, cui velint scribendam credere: ut in eodem loco postea convocatis testibus et tabulario, re etiam, ut dictum est, patefacta, cuius causa convocati sunt, etiam chartula promatur, quam susceptam testatori recitabit tabularius, simul et testibus: ut ubi

tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere, et ex animi sui, quae lecta sunt, disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium, necnon omnium signacula tam testium, prout dictum est, quam tabularii. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus: iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavum adhiberi testem: ut quod tabulario pro supradicto modo commisimus, id per octayum testem effectum capiat: libera potestate concedenda voluntates suas in praedictum modum ordinantibus, chartulam ita subscriptam, ita denique consignatam, ut antelatae formae declarant, cui velint ex testibus custodiendam mandare. Sic namque fieri confidimus, ut non recipiat se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquit insidiis, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus. Dat. Kal. Junii Constantinop. JUSTINIANO et VALERIO Conss. 521.

Diese Constitution hat nicht nur Justinian in ihrem ganzen Umfange bestätigt⁴⁷⁾, sondern auch Kaiser Maximilian in die Notariats-Ordnung vom J. 1512. jedoch mit einigen wenigen Abänderungen, von denen in der Folge die Rede seyn wird, in einer wörtlichen Ueberzeugung derselben, aufgenommen. Es heißt nämlich daselbst Tit. I. von Testamenten §. 9.

47) §. 4. *J. Quib. non est permitt. facere testam.* Cae-
cus autem non potest facere testamentum, nisi per ob-
servationem, quam lex Divi Justini patris mei intro-
duxit.

„Aber zu eines Blinden Testament gehört, wie hernach folget: Erstlich, daß der Notarius und die sieben Zeugen darzu berufen, und worzu sie berufen worden seyn, wissend gemacht werden. Zum andern, daß der Testirer nicht allein die Namen des oder der Erben, die er sagt, sondern auch was Würden, Stands, oder Wesens, der oder die wären, dermassen, daß deshalb, daß sie allein mit Namen benennt seind, ihrer Person halben kein Zweifel entstehen möge; und darzu andern seitn Willen, es sey mit Besiegung, Nachsezung, Geschäften und Vermachung, vor den Notarien und Zeugen klarlich erzehle und ausspreche. Zum dritten, daß der Notarius, oder ob kein Notarius bekommen werden möcht, ein achter Zeug an seine statt berufen; und desgleichen alle und jede Zeugen, vom Testirer darzu gebeten, zu einer Zeit, und an einer statt, also, daß kein ander Zeit, denn die klein wäre, und aus Nothdurft der Natur sich begebe, darzwischen falle, sich im End, oder dem untersten Spatio des Instruments unterschreiben, und darzu bezeichnen sollen. Doch so mag der, so das Testament machen will, oben in derselben Handlung seines Testaments vor den Zeugen, oder wo ihm am besten bedeucht, darvor durch einen Andern, wen er wollt, seinen Willen und Testament begreissen und schreiben lassen, und darnach vor den Zeugen und Notarien, die zuvor, worzu sie berufen worden seind, wissend gemacht waren, denselben Begriff und Schrift vor ihm und den Zeugen eröffnen lassen: und so der Inhalt desselben allen geöffnetahret worden ist, derselb Testirer bekennen, daß solches sein Testament und Wille sey, und daß er, was also vorgelesen werde, nach seinem Sinn, Meinung und

Gemüth hab also sezen lassen, und am Ende sollett dar-
auf folgen die Unterschreibungen und Bezeichnüssen aller
und jeder Zeugen und des Notarien.“

Vermöge dieser Gesetze kann also ein Blinder nicht
schriftlich, sondern blos mündlich testiren⁴⁸⁾. Das Ze-
stament des Blinden bleibt selbst dann ein mündliches,
wenn auch derselbe vorher seinen letzten Willen hat auf-
sezzen lassen, denn der schriftliche Aufschlag muß dem Ze-
stirer und den Zeugen vorgelesen, und in Gegenwart
derselben von dem Blinden genehmigt werden. Nur
unter dieser Einschränkung wird ihm erlaubt, und, wie
man aus der Fassung der Worte des Gesetzes sieht, als
etwas Besonderes gestattet, seinen letzten Willen vor-
her von einem Andern aufsezzen zu lassen⁴⁹⁾. Der
Blinde soll nun, wenn er außergerichtlich testirt, außer
den sieben Zeugen, welche gewöhnlich zu einem Privat-
Testamente erfordert werden, noch eine öffentliche Per-
son, welche in der römischen Constitution *tabularius*⁵⁰⁾,

48) *S. Hug. DONELLI Comment. ad L. 8. C. Qui testam.
fac. poss,* pag. 551.

49) *S. MAREZOLL* angeführte Bemerkung 3. im Magazin für
Rechtswiss. und Gesetzgeb. 4. B. S. 168. f.

50) Tabularii und Notarii waren eigentlich bey den Römern
unterschieden. *L. 21. C. Qui potior. in pignor.* S. den
18. Th. dieses Commentars §. 1081. Not. 80. und 82.
S. 280. Insofern aber Tabularii bey den Römern auch
öffentliche Personen waren, welche zur Ausfertigung der Ur-
kunden mit öffentlichem Glauben gebraucht wurden, insofern
stehen ihnen die heutigen Notarien gleich. Da es jedoch
bey den Römern verschiedene Arten der Tabulariorum gab,
indem einige in Diensten der Städte waren, andere in ge-
richtlichen Geschäften gebraucht wurden, s. den 21. Th. des

in dem deutschen Reichsgesetz aber Notarius genannt wird, hinzuziehen. Sollte kein Notar zu haben seyn, so soll ein achter Zeuge seine Stelle vertreten. Es ist daher nicht willkührlich, ob der Blinde einen Notar oder einen achten Zeugen nehmen will. Nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes ist ein achter Zeuge nur in dem Falle zulässig, ubi tabularius reperiri non possit, oder, wie es in der Notariatsordnung heißt: ob kein Notarius bekommen werden möchte, ein achter Zeug an seine Statt berufen⁵¹⁾. Vor dieser Versammlung soll nun der Blinde erklären, daß er mündlich testiren wolle: *primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceant.* Da dieses nur eine Anwendung der allgemeinen Vorschrift zu seyn scheint, daß wer mündlich testiren will, dieses vorher den Zeugen erklären müsse; so entsteht die Frage, ob nicht jetzt diese Vorschrift als überflüssig erscheine, seitdem Justinian in einer neuern Verordnung⁵²⁾ bey mündlichen Testamenten alle formalis

Commentars. §. 764. Not. 93. §. 385. so glaubt WALCH in Diss. de inventarii hereditatis forma. Jenae 1774. §. VII. not. a. in Testamentsachen wären die Tabularii civitatum gebraucht worden. Allein da sowohl unser Gesetz, als die L. 22. C. de iure delib. bloß von der Zugestellung eines tabularii überhaupt spricht, so kam es hier wohl auf keinen weiten Unterschied an.

51) S. KOEHNEN Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 3. nr. III. Es ist daher den deutlichen Worten des Gesetzes zuwider, wenn STARK de cautel. testamentor. Cap. IV. §. 5. und BRUNNEMANN Comm. ad L. 8. C. Qui test. fac. poss. nr. 14. et 15. dieses für willkührlich halten wollen.

52) L. 26. C. de testam.

observatio aufgehoben, und es für genügend erklärt hat; wenn der Testator den Zeugen sogleich, nachdem sie sich vor ihm versammelt haben, seinen letzten Willen zu erkennen gegeben hat, ohne ihnen vorher zu sagen: *Ideo eosdem testes convenisse; quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere consuit.* Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier verschieden:⁵³⁾ Mehrere⁵⁴⁾ haben sich dadurch wirklich verleiten lassen, jene Vorschrift auch bey dem Testamente eines Blinden nun für überflüssig zu halten. Allein da es schon in der Natur der Sache liegt, daß man bey einem mündlichen Testamente den Zeugen zuvor andeute, man habe sie zusammenkommen lassen, um vor ihnen mündlich zu testiren; so scheint wohl Justinian durch seine Constitution mehr die sonst dabey üblich gewesenen solennen Wortformeln (*formalia verba*), als die Sache selbst, aufgehoben zu haben. Dazu kommt, daß Justinian die Vorschrift des Kaisers Justinus in seinen Institutionen unabgeändert bestätigt hat, welche ja jünger, als jene Constitution desselben, sind. Allen Zweifel hebt jedoch die Notariatsordnung Maximilian I. Denn während dieselbe von den Zeugen bey einem gewöhnlic-

53) Die verschiedenen Meinungen führt STARK de caut. testament. Cap. IV. §. 9. an.

54) Sam. STARK l. c. und KOHNKE cit. Diss. Cap. II. Sect. I. §. 4. Man kann hierher auch alle diejenigen rechnen, welche bey dem Testamente eines Blinden dieses Erfordernisses gar nicht gedacht haben, wie z. B. HÖPFNER im Commentar über die Heincc. Institutionen. §. 469. SCHWEPPES Röm. Pr. Recht. §. 818. HUFELAND Lehrbuch des gemeinen oder subsidiär. Civilrechts. 2. Bd. §. 1170. VALETT Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 5. Bd. §. 974.

chen nuncupativen Testamente nur erfordert, daß sie dazu berufen und gebeten seyn sollen⁵⁵⁾; wird bey dem Testamente des Blinden jenen Mal vorgeschrieben, daß die sieben Zeugen dazu berufen, und wozu sie berufen worden seyn, wissende gemacht werden⁵⁶⁾. Hierauf soll der Testirer die Erben, welche er einsetzen will, nicht nur mit ihrem Namen nennen, sondern auch ihre Person mit genauer Bestimmung ihres Characters, so wie mit Angabe anderer eigenthümlicher Merkmale so kenntlich machen, daß man gewiß wisse, welche er gemeint hat; und keine Un gewißheit, kein Zweifel statt finden könne. Auf gleiche Weise soll er die einem Jeden zugesetzten Erbtheile genau bestimmen, nicht minder die Legate, und Fideicommissar anordnen, und was jeder Legatari und Fideicommissar bekommen soll, bestimmt angeben. Das hier die Erbeneinsetzung der Anordnung der Vermächtnisse vorge setzt worden, ist wohl nur darum geschehen, weil es gewöhnlich ist, nicht als etwas Eigenthümliches bey diesem Testamente, was schlechterdings so seyn müßte. Es ist daher wohl für keinen Fehler zu halten, wenn etwa die Vermächtnisse vor der Erbeneinsetzung wären angeordnet worden, weil ja die Ordnung auf die Gewißheit des Willens, worauf hier alles berechnet ist, keinen Einfluß

55) Tit. I. von Testamenten §. 8.

56) Rot. Ord. a. a. D. §. 9. Man vergl. von Lühr Ue bersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valentin. III. bis auf Justinian. (Weßlar 1812. 8.) §. 99. Chr. Frid. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. III. §. 479. pag. 75. edit. sec. und besonders Marzolls angef. Bemerkung Nr. 5. im Magazin ic. IV. Bd. §. 169 — 172.

hat⁵⁷⁾). Hat der Blinde seinen letzten Willen auf diese Art deutlich und vernehmlich ausgesprochen, welches dann auch freylich in einer Sprache geschehen muß, welche der Notar, und jeder von den Zeugen versteht, denn dies ist ja ein wesentliches Erforderniß eines jeden mündlichen Testaments⁵⁸⁾; so muß diese Disposition sofort von dem Notar, oder von dem statt seiner hinzugezogenen achtten Zeugen in Gegenwart der sieben Zeugen schriftlich ausgezeichnet; und von allen diesen unterschrieben und untersiegelt werden; und dies muß alles an einem und demselben Otte, und zu derselben Zeit geschehen. Daß der schriftliche Aufsatz dem Blinden wieder vorgelesen werde, erfordert das Gesetz nicht⁵⁹⁾. Hätte hingegen der Blinde seinen letzten Willen schon vorher von einem Andern schriftlich aufsetzen lassen, welches ihm das Gesetz gestattet, weil die menschliche Schwachheit, wie R. Justinus sagt, durch den Gedanken des Todes beunruhiget, nicht alle etwa zu machenden Ver-

57) Dies ist auch dem §. 34. J. de legat. gemäß. S. Fernand. Vasquius Controversiar. illustr. Lib. III. Cap. 103. nr. 10. pag. 870. STAYK cant. testamentor. Cap. IV. §. B. und KOHNEN Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 24. pag. 58.

58) S. Marezoll a. a. D. S. 172. f.

59) Einige wollen zwar eine Vorlesung für nöthig halten, wie z. B. Dan. NETTERBLÄDT in Diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. §. XX. Mich. God. WERNER lecliss. Commentat. in Pand. P. II. b. t. §. 7. und Herr Geh. Just. R. Mackeldey im Lehrbuche des heut. Röm. Rechts. §. 643. der 8. Ausg. Allein man sehe Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. III. §. 25. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 469.

fügungen im Gedächtniß behalten kann; so soll dieser schriftliche Aussatz, wenn der Testirer zuvor den zusammenberufenen sieben Zeugen erklärt hat, er wolle vor ihnen testiren, von dem Notar, oder in dessen Ermanngung von dem achten Zeugen, dem Testirer und den Zeugen vorgelesen werden, damit der Inhalt derselben auch den letztern bekannt werde. Hat nun der Testirer die ihm vorgelesene Disposition, als seinen letzten Willen, anerkannt und genehmiget; so muß das Testament von dem Notar sowohl, oder dem statt seiner hinzugezogenen achten Zeugen, als den übrigen sieben Zeugen so gleich unterschrieben und untersiegelt werden. In diesem letztern Falle ist also die Vorlesung und Anerkennung des Testaments so nothwendig, daß desselben Mangel das Testament schlechterdings nichtig macht, wenn auch gleich die Richtigkeit desselben auf andere Art erwiesen werden könnte⁶⁰⁾. Uebrigens braucht nach der Notariatsordnung die Prälection nicht gerade vom Notar, oder dem achten Zeugen zu geschehen, sondern der Testator kann sie auch einem Andern auftragen⁶¹⁾. Merkwürdig ist jedoch, daß die Unterschrift von dem Notar und den Zeugen gerade am Ende der ganzen Testamentsurkunde geschehen soll. Es heißt nicht nur

60) *S. Just. Henn. BOHMER Diss. de testamento non praelecto. §. V. (in Ejus Exercitation. ad Pand. Tom. IV. pag. 904.) und Aug. a Laysen Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIII. medit. 2. besonders WALCH a. a. D.*

61) *S. Melch. Dethm. GROZMANN Commentat. de necessaria ultimarum voluntatum praelectione. Giessae 1751. Cap. II. §. 6. und KOHNEN Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 8. nr. IV.*

in der Verordnung des Kaisers Justinus ausdrücklich: *et in fine subscriptio sequatur testium, nec non omnium signacula tam testium, prout dictum est, quam tabularii;* sondern noch deutlicher bestimmt dieses die Notariatsordnung in den Worten, „dass der Notarius und die Zeugen sich im End, oder dem untersten *spatio* des Instruments unterschreiben und dazu bezeichnen sollen.“ Bey einem andern gewöhnlichen Testamente ist der Ort der Unterschrift so pünktlich nicht bezeichnet, sondern die Unterschriften sollen *in reliqua parte testamenti* geschehen, also an jedem beliebigen Orte des Testaments, es kann daher auch die Testamentsurkunde den Zeugen verschlossen vorgelegt werden, so dass sie nicht eigentlich unterschrieben, sondern nur überschrieben werden kann⁶²⁾). Auch in der Notariatsordnung Maximilians I.⁶³⁾ heißt es, der Testator soll die Zeugen an einem Ort des Testaments unterschreiben lassen. Mit Recht hat Herr Prof. Marezoll⁶⁴⁾ auf diesen bisher ganz übersehnen Unterschied aufmerksam gemacht.

Diese Form ist jedoch nur dann zu beobachten, wenn ein Blinder außergerichtlich testirt. Bey gerichtlichen Testamenten fällt sie weg⁶⁵⁾). Hat jedoch der Blinde seinen letzten Willen vorher von einem Andern schriftlich aufzeichnen lassen, und er übergiebt solchen dem Gericht,

62) *L. 21. pr. C. de testament.*

63) *Tit. von Testamenten. §. 7.*

64) *U. a. D. Bemerk. 2. S. 166. ff.*

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 35. in fin. STRYX de caut. testamentor. Cap. IV. §. 24. KOHANN cit. Diss. Cap. II. Seet. I. §. 16.

so wird auch zur Gewissheit und Gültigkeit erforderlich, daß dieser schriftliche Aufsatz von der Gerichtsperson, welche das Testament aufnimmt, vorgelesen, und von dem Blinden, als sein letzter Wille, anerkannt werde⁶⁶⁾.

Ob auch bey dem Codicill eines Blinden die nämliche Form zu beobachten, und also eben so, wie bey dem Testamente eines Blinden, acht Zeugen erforderlich sind, wosfern kein Notarius zu haben ist, oder ob es nicht schon genug sey, wenn, ausser den sonst erforderlichen fünf Zeugen, noch ein Notar, oder in dessen Ermangelung ein sechster Zeuge hinzugezogen werde, ist sehr bestritten. Schon die Glossatoren waren darüber verschiedener Meinung⁶⁷⁾, und auch die neuern Rechtsgelehrten sind hierin noch nicht einverstanden. Man sollte glauben, es sey gar keinem Zweifel unterworfen, daß bey dem Codicill eines Blinden, ganz dieselben Formalitäten beobachtet werden müssen, die zur Gültigkeit des Testaments eines Blinden erforderlich sind. Die Constitution des Kaisers Justinus sagt ja ausdrücklich:

Quae in eundem modum erunt observanda,
quamvis non heredes instituere, sed legata solum
vel fideicomissa, et in summa, quae codicillis
habentur congrua, duxerint ordinanda.

Und noch deutlicher spricht dieses die Notariatsordnung des K. Maximilian I. Tit. von Testamenten §. 11. in den Worten aus:

„Es ist auch nicht allein in einem Testamente eines

66) STRYK c. l. GROLMANN Commentat. cit. Cap. III. §. 8.
und KOEHNEN Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 16.

67) S. die Glossa zu L. 8. C. Qui testam. fac. poss.

Blinden, sondern auch in seinen Codicillen, und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten."

Daher sagt Herr Geh. Reg. Rath und Prof. von Löhr⁶⁸⁾, dieser Streit, wo der dürre Buchstabe des Gesetzes jede andere Meinung missbillige, sey eben nicht geeignet, unsren Juristen großes Lob zu bringen. Dem Buchstaben des Gesetzes huldigen auch wirklich die achtbarsten Rechtsgelehrten⁶⁹⁾, und von Berger⁷⁰⁾ sucht dieser Meinung noch mehr Gewicht durch den Umstand zu geben; daß sie auch in der Praxis angenommen sey. Dennoch hat man dagegen nicht ganz unbedeutende Zweifel erhoben, und eine entgegengesetzte Meinung aufgestellt, nach welcher bey Codicillat-Dispositionen eines Blinden nicht mehr, als fünf Zeugen und der Notar oder ein sechster Zeuge nöthig seyn soll⁷¹⁾. Man

68) Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechtes. Bemerk. 1. in dem Archiv für die cöllist. Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweizer. 2. Bd. S. 187.

69) Fern. Vasquez illustr. controvers. Lib. III. Cap. 103. nr. 13. pag. 871. Jo. Jac. WISSENBACH Commentar. in libros VII. prior. Cod. ad L. 8. C. Qui testam. fac. poss. pag. 539. Bened. CARPOZ Jurispr. for. P. III. Const. VI. Def. 5. pag. 739. KRISTIAN Diss. cit. de visu privata eorumque inrib. §. XV. pag. 51. THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. Bd. §. 783. not. f. Chr. Fr. MÖHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. III. §. 500. not. f. Ferd. Maceldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. §. 702. Rot. d. VALDE. Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Bd. §. 1112.

70) Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. X. pag. 584. (edit. Hanbold.)

71) Jac. CUSACIUS Commentar. ad tit. 22. libri VI. Cod.

sagt nämlich, der Kaiser Justinus habe die Zahl der Zeugen beym Testamente eines Blinden nicht vermehren wollen, sondern außer ihnen nur noch einen Notar, und nur in dessen Ermangelung einen achten Zeugen erfordert, wie die Worte: *scilicet praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est,* deutlich bewiesen. So wie also in Rücksicht der Zahl der Zeugen beym Testamente eines Blinden nichts geändert worden, so müsse man auch annehmen, daß K. Justinus in Rücksicht der Zahl der Zeugen bey den Codicillen eines Blinden nichts geändert habe, bis das Gegentheil erwiesen sei. Dieses sey nun aber keinesweges aus den Worten: *quae in eundem modum erunt observanda,* zu erweisen, denn diese bezögen sich

Qui testam. fac. poss. in fin. Just. MAIER Coll. argendorat. Lib. XXIX. Tit. 7. §. 14. Sam STRYK Cau- tel. testamentor. Cap. IV. §. 14. Idem de iure sen- sum. Diss. II. Cap. III. nr. 25 — 32. Ge. Ad. STRAU Synt. iur. civ. Exerc. XXXIV. Th. 57. Just. Henn. BOBBMEE Diss. de codicillis sine testibus validis. Cap. I. §. 35. (in Exercitat. ad Pand. Tom. V. pag. 141.) Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 43. In notis ad HOPPI Comm. ad Institut. §. 4. J. Quib. non est permitt. fac. test. not. a. vertheidigt WALCH gegen HOPPE die entgegengesetzte Meinung. KOZANAN Diss. cit. de forma testam. externa a coeco observanda. Cap. II. Sect. II. §. 2. Mich. GOD. WERNHER Disquisit. de testamentis et co- dicillis privilegiariis. (Norimbergae 1780. 4.) §. 152. et 153. Car. Christph. HORACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1569. not. c. Westphal von Testamenten. §. 45. a. E. S. 34. und von WENING. INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. 5. Buch. §. 486. a. E. S. 259. (der 5ten verb. Aufl.)

blos auf die Eigenthümlichkeiten des Testaments eines Blinden, nämlich auf die Zuziehung eines Notars, oder in dessen Ermangelung noch eines Zeugen, ferner auf die schriftliche Aufzeichnung des letzten Willens, so wie auf die Unterschrift sämmtlicher Zeugen, und Besiegelung. Hieraus lasse sich also noch keinesweges folgern, daß Justinus bey den Codicillen gerade auch acht Zeugen erfordert haben wolle. Denn er erfordere ja nicht dieselbe Zahl von Zeugen, sondern nur denselben *modus*. Die Worte: *quae in eundem modum observanda seyen* daher in der Notariatsordnung ganz richtig durch solche Form zu halten, übersetzt worden. Man könne demnach mit mehrerem Grunde so schließen: so wie sich verhalte der Codicill eines Gehenden zum Testamente eines Gehenden, so verhalte sich auch der Codicill eines Blinden zum Testamente eines Blinden. So wie also beym Testamente eines Blinden nur ein Zeuge mehr erfordert wird, so sey es auch genug, wenn bey dem Codicill eines Blinden zu den 5 Zeugen noch ein sechster Zeuge hinzugezogen werde. Allein diese Gründe, so wichtig sie auch einem scharfsinnigen Reinhard Bachov⁷²⁾ zu seyn schienen, um mit der Sprache gerade herauszugehen, sind nicht über den Buchstaben des Gesetzes erhaben. Der Schluß von dem Verhältniß eines Codicills zum Testamente eines Gehenden ist hier ein offensbarer Fehlschluß. Alles ist hier darauf berechnet, eine vollkommene Gewißheit des Willens eines blinden Testators zu erhalten. Dies ist klar aus den letzten Worten der römischen Constitution: *sed*

72) *Notae et animadversion. ad Treatlerum Vol. II. Disp. X.*
Th. 3. Lit. F. pag. 553. Man sehe auch *Schweppes Römis.*
Privatrecht. S. 890. S. 749. (der 5. Auflg.)

ne locum quidem ullum relinquat insidiis, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus. Ob nun dieser letzte Wille des Blinden ein Testament oder Codicill sei, ist dann ganz gleichgültig. Dass auch die Worte: *Quae in eundem modum erunt observanda*, etc. offenbar soviel heissen sollen, „es müssen bey dem Codicille eines Blinden ganz dieselben Formlichkeiten beobachtet werden“ drücken die Worte der Notariatsordnung §. 11.

„Es ist auch nicht allein in einem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten,“

deutlich genug aus. Sollte der Unterschied zwischen Testament und Codicill auch in Ansehung eines Blinden rücksichtlich der Zeugen zu beachten seyn; so hätte dieses hier näher bestimmt werden müssen, nämlich daß zu den sonst erforderlichen fünf Zeugen noch ein Notar, oder in dessen Ermangelung ein sechster Zeuge hinzugezogen werden solle. Der wesentliche Unterschied zwischen Testament und Codicill, der nicht in der Zahl der Zeugen besteht, wird auch dadurch nicht aufgehoben, sondern in dem Gesetz selbst deutlich angegeben, wenn es heißt:

quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa quae codicilis habentur congrua, duxerint ordinanda.

Ich darf jedoch einen Beweisgrund nicht mit Stillschweigen übergehen, den man für die entgegengesetzte Meinung aus den Basiliken⁷³⁾ genommen hat. In diesen heißt es nämlich:

73) Lib. XXXV. Tit. 3. Const. 8. Tom. IV. FABROTI p. 778.

Ἐάν τυφλὸς ἀγράφως διατίθεται, παρόνταν ζ. η. ε. μαρτύρων καὶ ταπουλλαρίου. etc. i. e. Si caecus citra scripturam testamentum faciat, praesentibus septem vel quinque testibus et tabulario.

Man glaubt die Worte η ε. vel quinque, bezogen sich auf die Codicille. Sam. Stryk⁷⁴⁾ und Michael Gottfr. Wernerher⁷⁵⁾ haben auf diesen Beweis ein besonderes Gewicht gelegt. Allein sie haben sich offenbar getäuscht. Es ist ja in den angeführten Worten der Basiliken blos vom Testamente eines Blinden die Rede, und die Worte: η ε. μαρτύρων beziehen sich auf die Verordnung des Kaisers Leo des Philosophen, nämlich Novelle 41. vermöge welcher ein Testament eben sowohl vor fünf, als vor sieben Zeugen gültig soll errichtet werden können. Daher lautet unsere Constitution auch eben so bey Constantinus Harmenopulus⁷⁶⁾: *Ἄδειαν ἔχετω δ τυφλὸς, εἴτε ἐκ γενετῆς η ἀπὸ νόσου, ἀγράφον διαδίκην ποιεῖν, ἐπτά η ε. μαρτύρων συγκαλῶν. i. e. Caecus, sive a partu sive a morbo, testamenti faciendi habeat facultatem, septem aut quinque testibus convocatis.* In Gemäßheit jener Novelle stellt daher auch Harmenopulus⁷⁷⁾ den zu seinen Zeiten bey den Griechen allgemein gültig gewesenen Satz auf: Οὐ μόνον δέ ἐπτά, ἀλλὰ καὶ

74) De iure sensuum. Diss. II. Cap. III. nr. 32. pag. 114.

75) Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXIX. Tit. 7. §. 11. pag. 767.

76) Προχειρον νομον. seu Manuale Legum. Lib. V. Tit. I. nr. 20. (in Supplement. Thes. Meerman. pag. 275. edit. Reitz.)

77) Cit. loc. nr. 35. pag. 276. sq.

πέντε παραλαμβανόμενοι μάρτυρες ἔντε ἐγγράφῳ καὶ ἀγράφῳ πάσῃ διαδήκη, βεβαιαν αὐτὴν παριστῶσιν.
i. e. *Nec septem tantum, sed et quinque testes adsumti, tum in scripto tum in nuncupativo quolibet testamento firmum id redundunt.* Von Coddicillen ist erst am Ende der angeführten Stelle in den Basiliken die Rede, wo die Worte so lauten:

Tὸ δὲ αὐτὸ ἔσω, καὶ μὴ διαδήκην, ἀλλὰ καὶ δι-
κελλον βούληται ποιῆσαι. i. e. *Idem esto, quamvis
non testamentum, sed codicillos ordinare vo-
luerit.*

Hierdurch wird also unsere Meinung, statt geschwächt, nur noch mehr bestärkt.

Dass auch Schenkungen, welche ein Blinder To des halber errichtet, derselben Form unterworfen sind, scheint mir, da sie zu den letzten Willensverordnungen gehören, und den Vermächtnissen gleichstehen, keinem Zweifel unterworfen zu seyn, wenn gleich mehrere Rechtsgelehrte¹⁸⁾ anderer Meinung sind.

Streitiger hingegen ist es, ob sie auch auf privi legirte Testamente anzuwenden sey. Ein blinder Vater testirt z. B. unter seinen Kindern. Die meisten Rechtsgelehrten¹⁹⁾ behaupten, auf solche Testamente sey

78) STAX de cunct. testament. Cap. IV. §. 15. et 16. Ant.

FABRA Cod. definit. for. Lib. VI. Tit. 5. Def. 28. in fin. sind HOBBEN Diss. cit. Cap. II. Sect. II. §. 6. et 7.

79) BEN. CARPOZ Jurispr. for. P. III. Constit. VI. Def. 5. nr. 5. et 6. Jo. a SANDS Decis. Frisic. Lib. IV. Tit. I. Def. 8. Sam. STAX Cunct. testament. Cap. IV. §. 17 — 22. ULR. HOBBA praelect. ad Pand. h. t. §. 5. Mich. GOD. WZAMNA lectiss. Commentat. in Pand. P. II.

die Vorschrift des Kaisers Justinus nicht anwendbar. Sie räumen daher den Blinden in Ansehung der Form zu testiren dieselben Privilegien ein, welche den Gehenden zustehen, sie müßten nur eben das beobachten, was diese zu beobachten haben. Zur Vorsicht könnte etwa ein Zeuge mehr gebraucht werden, wenn daher ein blinder Vater unter seinen Kindern testire, so sollen schon drey Zeugen hinreichen⁸⁰⁾. Sie sagen, diese Privilegien hätten ihren besondern Grund, eine lex generalis, und dies sey ja die L. 8., könne daher diesen nicht derogiren. Hierzu komme, daß die L. 8. blos von solennen Testamenten der Blinden rede, wie aus den Worten: *praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est*, ganz deutlich erhelle, er habe also von minder feierlichen Testamenten nichts verordnen wollen. Allein ganz entscheidend sagt ja Justinian §. 4. *J. Quib. non est permis. fac. testam.*

Caecus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex Divi JUSTINI patris mei introduxit.

Kann also ein Blinder kein Testament machen, ohne das zu beobachten, was das Gesetz des Kaisers Justinus vorschreibt, so kann er, ohne diese Form zu beobachten, eben so wenig ein minder feierliches, als ein

Lib. XXIX. Tit. 7. §. 19. pag. 707 — 715. KOEHNEN
Diss. cit. de forma testam. ext. a coeco obser. Cap. II.
Sect. I. §. 10 — 15. u. m. a.

80) G. Pet. MÜLLER ad *Struvium Exercit.* XXXII. Th. 18.
lit. o. nr. II. fin. pag. 673. und von Hartig s. Erbrecht.
§. 67. a. E.

solennes Testament errichten, wenn zumal, wie bei dem Testament der Eltern unter ihren Kindern, zur wesentlichen Form erforderlich wird, daß der Testator den Hauptinhalt des Testaments mit eigner Hand schreibe.⁸¹⁾, und er also die Form des privilegierten Testaments gar nicht einmal zu beobachten im Stande ist.

Eben dieses bestätigt aber auch die Notariatsordnung a. a. D. §. 11, wo es heißt:

„Es ist auch nicht allein in einem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten.“

wodurch also der Grund widerlegt wird, daß das Gesetz bloß von solennen Testamenten eines Blinden handle.

Nicht ohne Grund wenden daher Joh. Iac. Wissenbach⁸²⁾, Ful. Pacius⁸³⁾, Joh. Ulr. von Grämer⁸⁴⁾, Joh. Flor. Rivinus⁸⁵⁾, und besonders Andr. Flor. Rivinus⁸⁶⁾ die Verordnung des Kaisers Justinus auch auf die privilegierten Testamente an.

81) *Nov. 107. Cap. 1.*

82) *Comment. ad L. 8. Cod. Quic testam. fac. poss. in fin. pag. 539.*

83) *Analys. Institut. ad. §. 4. J. Quib; non est permis. facere testam. pag. 341. (Lugduni 1638. 8.)*

84) *Weßlarische Beyträge 4. Th. Nr. II. §. 38. ff.*

85) *Diss. de testamento parentum inter liberos & cōram duobus testibus condito; respectu aliarum personarum invalido. (Lipsiae 1726.) §. 22.*

86) *Diss. de testamento parentum privilegio solenne prius conditum non infirmante. (Vilnbergae 1754. 4.) §. XV — XVII.*

Die Verordnung dieses Kaisers erlaubt übrigens dem Blinden, die Urkunde seines auf die beschriebene Art errichteten letzten Willens nach seiner freyen Wahl einem der Zeugen im Bewahrung zu geben; wenn er will, kann er auch die Urkunde auf die gleiche Weise durch einen Testator eines des Schreibens unkundigen Testators.

Mit dem Testamente eines Blinden hat zwar das Testament eines solchen Testirers, welcher des Schreibens unkundig, oder doch zur Zeit der Errichtung desselben zur Unterschrift unsfähig ist, wenn es schriftlich errichtet wird, insofern eine Ähnlichkeit, daß, außer den sonst erforderlichen sieben Zeugen, noch ein achter hinzugezogen werden müßt, der in Rücksicht der Unterschrift, des Testirers Stelle vertritt, und deswegen octavus subscriptor genannt wird⁸⁷⁾). Allein offenbar gehen diejenigen zu weit, welche, wie unser Hellfeld, solche des Schreibens unkundige Testatoren auch in sofern den Blinden gleichstellen wollen, daß ihnen bey dem Act des Testirers das von einem Andern für sie geschriebene Testament vorgelesen werden müsse, und sie sich zu dessen Inhalt bekennen müßten⁸⁸⁾). Auch der Richter, sagt man,

87) L. 21. pr. Cod. de testam. (VI. s3.) Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus. — L. 28. §. 1. C. codem. S. 1415.

88) CARPOV P. II. Decis. CXLIX. Sam. STRAK Diss. de iure ἀναλφαβήτων. Erfti 1677. (in Ejus. Dissertat. Francof. Vol. III. nr. 15.) Cap. IV. nr. 24. Just. Henn. BOEHMER Diss. de testamento non paelecto. §. 10 — 44. (in Exercitation. ad Pand. Tom. IV. p. 908. &c.) Jo. Henr. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV

dürfe das Testament, welches ihm von einer des Schreibens unkundigen Person übergeben wird, gar nicht anders annehmen, als wenn es von ihm dem Testator vorgelesen, und von diesem genehmigt worden ist⁸⁹). Darauf über ist man wohl einig, daß wenn der Testator zwar nicht schreiben, aber doch Geschriebenes lesen kann, ein Vorlesen des Testaments nicht erforderlich sey⁹⁰). Denn man sieht hier einen solchen Testator voraus, der weder schreiben noch Geschriebenes lesen kann. Man nennt ihn einen Idioten, oder Analphabeten, Illiteratus. Es kann auch wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß wenn ein solcher Idiot seinen letzten Willen dem achten Zeugen in Gegenwart der übrigen sieben Zeugen dictirt hätte, eine Vorlesung desselben nicht nöthig sey. Denn hier erfordern die Gesetze nicht einmal beym Testamente eines Blinden die Vorlesung. Das

Th. IV. Not. 2. pag. 369. edit. Hanbold. Jo. Matth. Sauer Diss. de testamento analphabeti. Altdorfii 1710. 4. §. XI. sqq. Jo. Ulr. de Cramer Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1131. Jo. Ad. Th. Kind Quæstion. forens. Tom. I. Cap. 91. Melch. Dethm. GROLMANN Comment. de necessaria ultimarum voluntatum pæselectione. Cap. II. §. 9. et Cap. III. §. 2. Franc. Jos. MÜLLER Diss. de subscriptione testatoris analphabeti per cruces, præs. Jo. Franc. Christoph. WISSEN def. Würceburgi 1778. 4. §. XXX.

89) STARY de caut. testamentor. Cap. IV. §. 26. in fin. Jo. Balth. a WERNER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 64. Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 24.

90) CARPOV. c. 1. nr. 8. BERGER c. 1. SEUTTER cit. Diss. §. 8—10.

Testament ist hier eigentlich nur ein testamentum nuncupativum, in scripturam redactum. Es wird daher nur vorzüglich darüber gestritten, ob nicht wenigstens in dem Falle, da der Testator, welcher weder schreiben noch Geschriebenes lesen kann, vor der Vollziehung der Testamentshandlung seinen letzten Willen von einem Andern schriftlich hat aufsetzen lassen, er übergebe ihn nun entweder dem Gericht, oder solennisire ihn außergerichtlich, daß Vorlesen und Anerkennen desselben zur völligen Gewißheit des Willens nothwendig sey? Dies ist es nun, was viele für so unzweifelhaft halten, daß sie glauben, es verstehe sich das schon von selbst. Denn schon die Natur der Sache lehre ja, daß ohne das Vorlesen des Testaments keine juristische Gewißheit des letzten Willens vorhanden sey. Bey einem gerichtlichen Testament falle dieses noch mehr in die Augen. Denn wie könne das Gericht, ohne die Vorlesung und Genehmigung des Testaments, bezeugen, daß das ihm übergebene Testament den Willen dieses Testators enthalte? Allein diese Gründe sind von dem H. Geh. Hofrath Thibaut⁹¹⁾ so vollständig und gründlich widerlegt worden, daß ich zu deren weiterer Enträffung nichts hinzuzufügen weiß. Warum sollte denn auch nicht der Versicherung des Illiterati, dieses Testament, welches er dem Richter übergiebt, oder den Zeugen zur Unterschrift vorlegt, sey das seinige, geglaubt werden können, da ihm ja die Mittel zu Gebote standen, sich von der Richtigkeit des Niedergeschriebenen vollkommene Ueberzeugung zu verschaffen? Ein falsum ist ohnehin nicht leicht zu besorgen, da sich der Testator

91) Ueber Testamente der Schriftunkundigen, im Archiv für die civilist. Praxis von den H. P. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 6. Bd. Nr. XII. S. 226—237.

gewiß zur Niederschreibung seines letzten Willens eines anerkannt redlichen Mannes bedienen wird, und dann bleibt ja auch der Beweis des falsi immer vorbehalten. Man unterscheide doch, was Vorsicht und Klugheit dem Testator gebietet, von dem, was zur gesetzlich vorgeschriebenen Solennität des Testaments gehört. Um die Gewissheit des letzten Willens außer allen Zweifel zu setzen, und demselben die sicherste und schleunigste Wirkung zu verschaffen, ist freylich die Vorlesung des Testaments nicht füglich zu unterlassen; aber sie kann nicht als ein nothwendiges Requisit zur Gültigkeit des Testaments eines Illiterati angesehen werden. Wäre dies, so gehörte sie zu dem Formellen des Rechts, und dann möchte auch noch so klar erwiesen seyn, daß das Testament von dem wirklich herrühre, von dem es herrühren soll, und sein Inhalt der Ausfluß eines freyen, wohlüberlegten, und ernsten Willens des Testators sey; das Testament würde dennoch ungültig seyn und bleiben. Allein das Vorlesen des Testaments gehört offenbar nur zu dem Willkürlichen, was der Vorsicht der Privaten überlassen, und auf den Beweis berechnet ist. Es gehört also der Materie des Rechts an, wobey die allfrehesten und unumischranktesten Beurtheilung der Umstände eintritt⁹²⁾. Das aber die Vorlesung und Anerkennung des Testaments eines des Schreibens unkundigen Testators nicht der Form, sondern blos der Materie des Rechts angehöre, ist leicht zu erweisen. Die schon oben angeführte *L. 21. Cod. de testament.*, eine Constitution von den Kaisern Theodos und Valentinian⁹³⁾,

92) S. Dernburg's Beyträge zur Geschichte der Testamente. §. 21. S. 138 u. f.

93) S. die Novellae constitutiones Imperator. Justiniano

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 51

bestimmit ganz genau die Form des schriftlichen Testaments. Die Zeugen sollen hier nicht gerade den Inhalt des Testaments erfahren, *si nullum scire volunt* (sc. qui testamentum conficiunt) *ea, quae in eo scripta sunt.* Der Testator soll ihnen nur das Testament vorzeigen; solches für das seinige erklären, und dann in ihrer Gegenwart dasselbe eigenhändig unterschreiben. Hierauf sollen auch die dazu berufenen Zeugen zu derselben Zeit das Testament unterschreiben und siegeln. Es soll also daraus keine Ungültigkeit entstehen, daß die Zeugen nicht wissen, was in dem Testamente enthalten ist. Nun kommt das Gesetz noch bei-

anterior. collect. a Jo. Dan. RIZZAO, (adject. Cod. Theodos. Jac. GOTTHOFREDI Tomi VI. Part. II.) Lib. I. Tit. 9. pag. 29. und Hugo ius civ. Antejust. Tom. II. Lib. I. Tit. 26. pag. 1251. sqq. Die bisher gehörigen Worte der *L. 21. Cod. de testam.* sind: *Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conscientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam: dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscriperit: quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscriptibentibus et consignantibus, testamentum valere: nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento. Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus.*

sonders auf den Fall, wenn der Testator nicht schreiben kann, und sagt für diesen Fall, es soll auch in diesem eben das beobachtet werden, nur mit der Einschränkung, daß noch ein achter Zeuge zugezogen werden soll, der statt des Testators das Testament unterschreibt. Hier hätte nun doch auch verordnet werden müssen, daß das Testament dem Testator solle vorgelesen, und von ihm anerkannt werden. Allein das Gesetz sagt davon kein Wort. Es erhellet vielmehr aus den Worten: *Eadem servari decernimus*, daß es auch bei einem solchen Testator genügt, wenn er den Zeugen erklärt, daß ihnen vorgelegte Testament sey sein letzter Wille, und sie dann unterschreiben und siegeln heißt. So konnte der Gesetzgeber nicht sprechen, wenn er ein Vorlesen des Testaments für nöthig gehalten hätte. Da er konnte ein solches Vorlesen des Testaments gar nicht einmal vorschreiben, weil ja dann der Inhalt des Testaments zur Kenntniß der Zeugen gebracht werden würde, welches doch durch ein schriftliches Testament vermieden werden soll. Würde also der Gesetzgeber nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen? Daher gilt es auch dem Gesetzgeber gleichviel, ob der Testator weder schreiben, noch Geschriebenes lesen, oder zwar schreiben kann, aber wegen seiner Krankheit zum Unterschreiben des Testaments unfähig ist. Der Ungrund des analogischen Schlusses von einem Blinden auf einen Schreibensunkundigen erscheint nun in seiner ganzen Blöße. Dachte man denn nicht daran, daß der Blinde nur mündlich, der Schreibensunkundige aber schriftlich testiren kann? Auch Kaiser Leo (Novelle 69.) macht auf den wichtigen Unterschied zwischen der *L. 8. C. Qui testam. fac. poss.* und *L. 21. C. de testam. auf-*

merksam, und sagt uns nochmals deutlich, daß zwischen einem Testator, welcher schreiben kann, und einem Schriftunkundigen kein weiterer Unterschied sei, als daß letzter, wenn er schriftlich testirt, einen Andern zum Unterschreiben des Testaments zuziehen müsse⁹⁴⁾. Diese richtigere Meinung vertheidigen denn auch Johann Schilter⁹⁵⁾, Fried. Es. von Pufendorf⁹⁶⁾, Aug. von Leyser⁹⁷⁾, Carl Christoph. Hofacker⁹⁸⁾, Carl Joh. Wilh. Röhnen⁹⁹⁾, Gottfr. Lud. Winkler¹⁰⁰⁾, Adolph Diet. Weber¹⁾, und von Wening-Engenheim²⁾.

§. 1407.

Mangel des zum Testiren erforderlichen Status.

Nach dem Röm. Rechte kann nur testiren, wer

94) Die Worte lauten so: μηδὲν ἔτερον ἀχριβολογούμενος οὐ τὸ αὐτὸν διατιθέμενον, οὐκ ὅντα μὲν ἀμαθῆ γραμμάτων, οἰκεῖα ύπογραφῇ τὴν διάταξιν ἀσφαλίζεοθαι. εἰ δὲ ἐλάττων ἐκεῖνος παρέχειν τὴν τοιαύτην ἀσφάλειαν, ἄλλον αὐτὸν ἐντοῦ πρὸς τὴν ύπογραφὴν παραλαμβάνειν.

95) Prax. iuria Rom. Exerc. XXXVIII. ad §. 43.

96) Animadversion. iuris Animadv. LXXVI.

97) Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIII. medit. 4.

98) Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. § 1265. fin.

99) Diss. de forma testam. externa a coeo observanda. Cap. II. Sect. I. § 9. not. k.

100) Progr. de praelectione judiciali in testamento illiterati hand necessaria. Lipsiae 1789. 4.

1) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1406. C. 217. a. E

2) Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. V. Buch. § 447 C. 184. der 3. Aufl.

civis und sui juris ist³⁾. Unfähig zum testiren waren also

1) Sclaven⁴⁾. Sie hatten keine individuelle Persönlichkeit, und konnten auch keinen Nachlaß haben⁵⁾. Sie konnten daher über ihr Peculium kein gültiges Testament errichten, wenn es ihnen auch der Herr erlaubte. Denn die Testamentification ist iuris publici. Es hing daher lediglich von dem Willen des Herrn ab, in wie fern er einen solchen letzten Willen seines Sclaven gelten lassen wollte⁶⁾. Eine Ausnahme hatte jedoch bey den servis publicis Statt. Darunter verstand man überhaupt solche Sclaven, welche dem Staate, oder einer Stadt, auch wohl nur einer Municipalstadt gehörten, und zu öffentlichen, sowohl religiösen, als weltlichen, selbst gerichtlichen Geschäften, ja zuweilen sogar zur Vollziehung der Todesstrafen gebraucht wurden⁷⁾. Es waren aber

3) *Gaius Comm. I. §. 22. 23. et 25. III. §. 75. ULPIAN.*

Fragm. Tit. XX. §. 10. et 14. L. 1. pr. D. ad Legem Falcid. (XXXV. 2.) Hug. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 5. §. 3. et 4. (Vol. III. pag. 502. sq. edit. noviss. Norimberg.)

4) *L. 16. pr. L. 19. D. h. t.*

5) *Zimmern Grundriss des Erbrechts im Anhange S. 49.*

6) Ein Beyspiel von sich selbst erzählt *PAINIUS CERCILEUS Epistol. Lib. VIII. Ep. 16.* Er klagt daselbst über die Sterbsfälle seiner Sclaven, und tröstet sich damit, daß er ihnen erlaubt habe, *quasitestamenta facere*, eaque, sagt er, *ut legitima custodio.* *S. Alb. Diet. TRAECKEL Tr. de origine atque progressu testamentifact. Cap. III. §. 62. pag. 205.* und *Joh. Ge. ESTOR von dem Quasi-Testamente, in Dasselben neuen kleinen Schriften 2. Bd. (Marburg 1762. 8.) Nr. LXXIII. S. 708 — 711.*

7) *Livius Lib. XXVI. cap. 47; Plinius Lib. X. Epist. 30. et 31. VII. Ep. 18. Livius Lib. IX. 29. et XLIII. 16.*

nur die servi publici Populi Romani, die Slaven des Staates, denen über die Hälfte ihres, doch wohl übrigens nur wie ein Peculium anzuschenden, und also in dem Eigenthume des Staates befindlichen Vermögens zu testiren erlaubt war⁸⁾.

TACITUS *Hist. Lib. I. Cap. XLIII.* nr. 3. GELLIUS *Noct. Attic. XIII.* 13. CICERO *Orat. Philip. XIII.* 13. VELLERI. PATERCULUS *Lib. XI. cap. 19.* nr. 2. S. Pet. PITHORUS *ad Mosaic. et Romanar. Legg. collat. Tit. 5.* not. 4. bey SCHULTING. pag. 753. SAM. PITRISCI *Lexicon Antiquit. Rom.* Tom. III. pag. 425. und HENR. CANNEGISTER *de mutata romanor. nominum sub Principibus ratione. (Trajecti ad Rhen. 1758.)* pag. 45.

- 8) ULPIAN. *Fragm. Tit. XX. §. 16.* Servus publicus *populi Romani* partis dimidiae testamenti faciendi habet ius. So nach der richtigen Lesart in Hugo iure civili *Antejust. Tom. I.* pag. 61. Denn die Lesart: *Servus publicus Praetoriani* parte dimidia testamenti faciendi habet ius, in *Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejust.* pag. 632. und in *Jo. CANNEGISTER Fragment. Domitii Ulpiani* pag. 89. ist offenbar unrichtig, so sehr sich auch Joh. Ge. Eßler in den neuen kleinen Schriften 2. Bd. 6. St. Nr. LXXIV. §. 4. ff. S. 713. ff. gemartert hat, dem Wort *praetoriani* einen vernünftigen Sinn beizulegen. Schon *Jac. CUIACIUS Observation. Lib. XVII. Cap. 28.* hat bemerkt, daß durch Missverständ der Siglen P. R. die Lesart *praetoriani* erzeugt worden sey, indem vielmehr *Populi Romani* gelesen werden müsse, und die Richtigkeit dieser Emendation hat sein Schüler *Ant. FOQUELINUS in Praelection. Aurelian. ad Titt. Instit. de vulg. et pupill. substitut. (Lügd. Batav. 1676. 12.)* pag. 117 — 125. außer allen Zweifel gesetzt. Dennoch verwirft *Greg. MAJANSIUS in Disp. de testamento facto apud hostes* (S. die Note 10. a. E.) §. 17. diese Emendation, und will statt *praetoriani* lieber *Praetorisve* lesen. Denn

2) Unfähig zum Testiren waren ferner römische Bürger, welche in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, nämlich während derselben, weil die Gefangenschaft zum Sclaven mache⁹⁾. Ein Testament, welches ein Röm. Bürger, während er sich in feindlicher Gefangenschaft befand, errichtet hatte, galt nicht, obgleich er daraus zurückkehrte¹⁰⁾. Hatte er aber vorher testirt,

jede Stadt, sagt er, hatte ihren Sclaven. *L. ult. D. Quod cuiusque univ. nomine. L. ult. Cod. de servis reip. manumittendis.* Diese Sclaven seyen servi publici genannt; (*L. 18. D. de adopt. L. 2. D. rem pupill. salv. fore*) und zum Dienst der Magistratspersonen, (*Livius Lib. XLIII. Cap. 18*) und insonderheit auch zum Dienst des Prätors gebraucht worden. Allein daß die servi publici deswegen den Namen von einem Röm. Magistrate geführt hätten, findet sich nirgends. Sie hatten auch nicht alle gleiche Rechte. Nur servi publici Populi Romani waren es, nicht servi civitatum und municipiorum, welche das Recht hatten über die Hälfte ihres Peculiums ein Testament zu machen. *S. Pet. FABER Semestrium Lib. II. Cap. 24. pag. 367. sqq.* (*Genevae 1660. 4.*) *Jac. Cujacius ad Ulpian. fragm. c. I. bey SCHULTING pag. 632.* *Herm. VULTEJUS in Institut. iuris civ. Comment. ad §. fin. Tit. Quib. non est permiss. fac. testam. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. Bd. 2. Abth. §. 185. S. 672.*

9) *PAULUS Sent. Recept. Lib. III. Tit 4. A. §. 8. §. 5. J. Quib. non est permiss. fac. test. L. 8. pr. D. h. t.* Auch selbst das militärische Recht mache hier keine Ausnahme. *L. 10. D. de testam. milit. (XXIX. 1.)* Es müssten nur aber wirkliche Feinde seyn, die von den Römern selbst, als solche, geachtet wurden. Denn die von Räubern waren gefangen worden, blieben frey, und konnten daher testiren, wie *Marcian* lehrt *L. 15. pr. D. t.*

10) *L. 8. pr. D. h. t.* Den Grund enthält *L. 201. D. de*

während er noch im Staate war; so kam er entweder aus der Gefangenschaft zurück, oder er starb darin. Im ersten Falle galt das Testament iure postliminii¹¹⁾. Hierdurch trat der gefangen gewesene Römer dergestalt

reg. iur. Man vergl. auch L. 210. D. cod. und Jos. Fernand. de Rets Opusculor. Lib. VI. Cap. 8. nr. 1. (in Thes. Meerm. Tom. VI. pag. 201.) Auf diesen Fall, da ein Testament während der Gefangenschaft war gemacht worden, war aber auch weder die Fiction des Postliminiums noch der Lex Cornelius anwendbar. Denn vermöge der Fiction des Postliminiums wird die Zeit der Rückkehr mit der Zeit der Kaptivität, vermöge der Fiction der Lex Cornelius aber wird die Zeit der Kaptivität mit der Zeit des Todes verbunden. Tempora captivitatis, sagt Papinian L. 44. §. ult. D. de usurpat. et usucap. (XLII. 3.) ex die, quo capitur, morti iunguntur. Die mittlere Zeit, da die Gefangenschaft statt fand, wird also nach beyden abgerechnet, oder vielmehr gar nicht gerechnet, gar nicht anerkannt. Hat also jemand während dieser Zeit testirt, so hat er sein Testament zu einer solchen Zeit gemacht, wo er es nicht machen konnte, weil diese Zeit nicht gerechnet wird. Er hat es also zu seiner Zeit gemacht. Reht er nun auch zurück, so kann ja ein solches Testament nicht iure postliminii convalesciren, was als gar nicht gemacht angesehen wird. Stirbt er aber in der Gefangenschaft, so hat er ja sein Testament zu einer solchen Zeit gemacht, wo nach der Fiction des Cornelischen Gesetzes angenommen wird, et sepius nicht mehr am Leben, also war sein Testament auch hier für nichts zu rechnen. Man sehe vorzüglich Greg. Majansii Disp. de testamento facto apud hostes. In eius Disputation. iuris Tom. I. (Lugd. Bat. 1752. 4.) Disp. XXXI. pag. 461 — 473.

11) L. 6. §. 12. D. de iniusto, rapt. et irrit. testam. (XXVIII. 3.)

wieder in seine vorigen Rechtsverhältnisse ein, als wären sie nie unterbrochen worden¹²⁾). In dem letzten Fall hingegen ward das vor der Gefangenschaft gemachte Testament durch die Fiction aufrecht erhalten, der Testator sey schon im Augenblick der Gefangenschaft, also noch im letzten Moment seiner Freyheit gestorben¹³⁾), welche durch eine lex Cornelia¹⁴⁾), gewiß eben diejenige, welche Cornelius Sulla gegen Fälschungen und höchst wahrscheinlich auch gegen das Unterschieben und Unterschlagen von Testamenten derer, die in feindlicher Gefangenschaft gestorben waren, und infofern testamentaria genannte¹⁵⁾), gegeben hat, ist eingeführt worden¹⁶⁾). Was von Testamenten gesagt worden, gilt auch von Codicillen. Daher gelten Codicille, die ein Römer während seiner Gefangenschaft gemacht hatte, so wenig, wie ein Testament, wenn er

12) *GAIUS Comm. I. §. 129. §. 5. J. Quib. mod. ius potest. solvit. (l. 12.) L. 4. L. 5. §. 1. L. 19. pr. D. de captiv. et de postlimin.* (XLIX. 15.)

13) *ULPIAN. Fragm. Tit. XXIII. §. 5. L. 12. D. h. t. L. 15. D. de iniasto, rapto, irrato testam.* (XXVIII. 5.) *L. 28. D. de vulg. et pupill. substitut.* (XXVIII. 8.) *L. 10. pr. L. 18. D. de captiv. et postlim.* §. 5. *J. Quib. non est permis. fac. test.*

14) *S. Jos. Fernand. de Retes Opuscotor. Lib. VI. Cap. 14. et 15. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 302 — 307.)*

15) *PAVLUS Sentent. Recept. Lib. IV. Tit. 7. et Lib. V. Tit. 25. L. 1. D. de publ. iud.* (XLVIII. 1.) §. 7. *J. de publ. iud.* (IV. 18.)

16) *Hugo Gesch. des Röm. Rechts* §. 540. der 8. und 593. der 10. Aufl. und Zimmermann Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Band. §. 196. §. 723.

auch gleich noch vorher ein Testament gemacht, und diese darin bestätigt hätte. So lehrt *Marcianus libro II. Regularum*¹⁷⁾. *Quaedam non referuntur ad confirmationem codicillorum, veluti si ante captivitatem quis codicilos confirmaverit, et in captivitate codicillos scribat, nam non valent.* Denn man hielt sich streng an den Grundsatz: Codicilos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest¹⁸⁾. Dennoch siegte hier, wie *Eryphoninus libro IV. Disputationum*¹⁹⁾ sagt, die Willigkeit über die Subtilität des Rechts. Es heißt nämlich an dem angeführten Orte:

Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripsérunt, non creduntur iure civili confirmari testamento, quod in civitate fecerat: sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum, et is postea reversus est, et postliminio ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicilos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset.

¹⁷⁾ *L. 7. pr. D. de iure codicillor.* (XXIX. 7.) Wie genau die Zeit der Testamentserrichtung von der Zeit, da die Codicille errichtet worden sind, zu unterscheiden sey, lehren *L. 8. §. 4. D. eod. L. 17. §. ult. D. de testam. milit. L. 17. L. 92. D. ad Leg. Faloid.* und *L. 7. D. Qui et a quib. manamissi.*

¹⁸⁾ *L. 6. §. 3. D. eod.*

¹⁹⁾ *L. 12. §. 5. D. de captivis et postlimin.* (XLIX. 15.)

Anton Faber²⁰⁾ will zwar das, was hier vom Eryphonin aus Gründen der Billigkeit ist angenommen worden, für einen Zusatz und Erfindung von Tribonian halten, welcher hier wieder seine Unwissenheit verrathen habe, indem bekannt, daß das ius postlimii, welches das Andenken der Gefangenschaft vertilge, und die benden Extreme der Kaptivität und Rückkehr verbinde, nicht zu der Fiction berechtige, als ob dasjenige, was während der Gefangenschaft geschehen, zu einer andern Zeit geschehen sey, und daher nie auf Handlungen erstreckt werden könne, die während der Kaptivität vorgenommen worden sind. Allein Joseph Fernandes de Netes²¹⁾ hat Tribonians Ehre gerettet, und die Aechtheit des Fragments außer Zweifel gesetzt. Es ist hier durchaus nichts zu finden, was gegen die Grundsäze des Rechts anstoßen sollte. Geht man von dem Grundsatz aus, daß ein Testament nach dem strengen Recht irritum werde, wenn der Testirer nachher in feindliche Gefangenschaft gerath²²⁾; so waren die während der Kaptivität errichteten Codicille als solche anzusehen; welche ab intestato gemacht worden, wenn sie an sich, abgesondert vom Testamente, betrachtet werden. Solche Codicille haben das Eigene, daß wenn sie auch im Zustande der Unfähigkeit gemacht worden sind, dieselben dennoch gelten, wenn derjenige, welcher sie errichtet hat, noch vor seinem Tode die Testamentsfähigkeit

20) Jurispr. Papinian. scient. Tit. XI. Princ. VIII. Illat. 10.
pag. 620. sq.

21) Opuscular. Lib. VI. Cap. 8. nr. 4. et 5. (in Th. Meerman. Tom. VI. pag. 291. sqq.)

22) §. 5. J. Quib. mod. testam. infirm. L. 6. §. 5. D. de iniusto, rapto, irrito testam. (XXVIII. 5.)

keit erlangt, weil angenommen wird, als wären sie jetzt erst gemacht worden²³⁾. Hier hatte nun aber der Gefangene noch vorher ein Testament gemacht, und darin die Codicille schon zum voraus bestätigt, welche er nachher während der Gefangenschaft errichtet hat. Rehrt er aus derselben zurück, so tritt er in die vorigen Rechtsverhältnisse wieder ein, als ob er nie in der Gefangenschaft gewesen wäre. Das Testament erhält daher seine vorige Gültigkeit wieder vermöge der Fiction des Postliminiums. Nun waren die Codicille in diesem Testamente bestätigt worden, sie müßten also auch billig als ein Theil des Testaments gelten, eben so als ob gar keine Captivität eingetreten wäre. Eben so entscheidet in einem ähnlichen Falle auch Paulus *libro singulari de iure codicillorum*²⁴⁾. Man hat daher gar nicht nöthig, mit Faber einen Tribonianismus anzunehmen. Den Captivis werden in den römischen Gesetzen gleichgestellt

3) Die Geiseln (obsides), nämlich solche, welche die Römer von andern Nationen, mit denen sie Krieg geführt, durch den Friedensschluß zu ihrer Sicherheit erhalten hatten²⁵⁾. Diese konnten auch schon als pere-

23) *L. 1. §. 1. D. de legat.* XXXII. UPLIAN. libro I. *Fideicommissorum.* Sed si filiusfamilias vel servus fideicommissum reliquerit, non valet. Si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum videri, quasi nunc datum, cum mors ei contigit. *S. de Ratis Opuscotor.* Lib. I. Cap. 22. nr. 17. pag. 75.

24) *L. 8. §. 5. D. de iure codicillor.* S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1899.

25) Suetonius in Aug. cap. 21. Tacitus Annal. Lib. II.

grini bey den Römern nicht testiren, es müßte ihnen denn ausdrücklich gestattet worden seyn²⁶⁾). Starben sie, so zog ihr Vermögen, nach einem Rescript des Divus Commodus, eben so wie das Vermögen der in Röm. Kriegsgefangenschaft Gerathenen, der Fiscus ein²⁷⁾), wenn es ihnen nicht durch ein beneficium principale war vorbehalten worden; welches sie dadurch erhalten, wenn ihnen war erlaubt worden bürgerliche Kleidung zu tragen (accepto usu togae romanae)²⁸⁾. Dann wurden sie wie cives romani behandelt, und konnten nach einem Rescript der divorum Fratrum auch sogar von römischen Bürgern zu Erben eingesetzt werden²⁹⁾.

Was von römischen Sclaven, Kriegsgefangenen, und Geisseln gesagt worden ist, fällt jetzt weg³⁰⁾.

cap. 1. Die Römer pflegten ihren Feinden keine Geißeln zu geben. S. Westphal von Testamenten. §. 54.

26) *L. 11. D. h. t. S. Pagan. GAUDENTII iuridicar. Exposition. Lib. II. cap. 2. (Tom. III. Thes. Otton. p. 370.) und Jos. FINESTRAE Hermogenian. pag. 109.*

27) *L. 31. D. de iure fisci. (XLIX. 14.)*

28) Peregrini durften sich nur eines Palliums bedienen. Daher der Unterschied zwischen einem Togatus und Palliatus bey SUETON. in Claudio. Cap. 15. Die Toga war den Röm. Bürgern so eigen, daß Virgil die Römer davon eine gens togata nennt, und es war daher gleichviel, accipere ius togae oder ius civitatis. S. Greg. MAJANSIUS Disp. cit. §. 5. und FERRARIUS de re vestiar. P. II. Lib. IV. cap. 5.

29) *L. 32. D. de iure fisci.*

30) *S. STRYK de caut. testam. Cap. III. §. 45. Jo. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 19. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 24.*

Schon Kaiser Leo der Philosoph³¹⁾ hatte hierin mildere Grundsätze aufgestellt, die dem heutigen Kriegs- und Völkerrechte entsprechen. Daß auch Leibeigne in Deutschland testiren können, ist bekannt³²⁾.

Da das Recht zu testiren zu den Vorzügen der römischen Bürger gehörte³³⁾, so konnten

4) Nichtrömer kein Testament machen. Ausgeschlossen waren daher die Peregrini, die Latini Juniani und Dedititii³⁴⁾. Da jedoch in der Folge der Unter-

31) *Nov. XL.*

32) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. Just. Claproth von Testamenten. §. 6. und Mittermaier Grds. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 79. Was in der Notariatsordnung Maximilians Tit. von Testamenten §. 7. vorkommt, ist jetzt nicht mehr anwendbar. S. Runde Grds. des gem. deutsch. Privatrechts §. 552. und Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts. Bd. VI. S. 107. f.

33) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bandes 2. Abth. §. 124.

34) ULPIAN. *Fragm. Tit. XX.* §. 14. Gehörte jedoch der Peregrinus einer gewissen Stadt an, so konnte er nach den Gesetzen seiner Stadt testiren. Dieses Recht konnte ihm nicht benommen werden, *ut adversus* (das heißt hier soviel als secundum) *leges civitatis suae testetur*, wie Ulpian a. a. D. sagt. Man sehe hier die gelehrt Note *Ant. SCHULTINGII* in *Jurispr. vet. Antejust.* p. 631. sq. Ein dedititus aber konnte nicht einmal als peregrinus testiren, *quoniam nullius certae civitatis est*. Die gesmeine Lesart: *civitatis sciens*, bey *Ant. SCHULTING c. l.* ist wohl unstreitig unrichtig. *Cujacius* liest dafür *civitatis civis est*. Diese Lesart billigt auch *Schulting ad h. l. not. 44.* und *Hugo in iure civ. Antejust. Tom. I. p. 61.*

schied zwischen Römern und Fremden innerhalb des Staatsgebiets aufgehört, und Justinian vollends den Unterschied zwischen Bürgern, Latinen, und Dedititien aufgehoben hat³⁵⁾), so galt das, was das ältere Recht verordnet hatte, nachher nur noch bey Ausländern, welche man Barbari nannte, und bey solchen Römern, welche wegen eines Verbrechens die Civität verloren hatten, wie z. B. in insulam deportati, welche nicht testiren könnten³⁶⁾). In Deutschland findet aber auch nicht einmal ein Unterschied zwischen Einheimischen und Ausländern in Absicht auf das Recht zu testiren statt³⁷⁾. Blos Relegirte verloren jedoch selbst nach

hat sie in den Text aufgenommen. Allein Jo. CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta h. l. pag. 88. meint, die gemeine Lesart könne bestehen, wenn man sie nur recht erkläret. *Sciens*, sagt er, sey eine Abbreviatur, welche aus mehreren Worten zusammengesetzt sey, nämlich aus *sicuti*, welches die Alten nach MAGNO SCI. geschrieben hätten, ferner en. nach VALERIUS PROBUS für *etiamnunc*, und das letzte S. bedeute nach beyden soviel als *sunt*. Ulpian habe demnach so geschrieben: *quoniam nullius certae civitatis, sicuti etiamnunc sunt*. Latini Juniani könnten nach der Lex Junia Norbana nicht testiren. GAJUS Comm. I. §. 23. Man vergleiche noch van der Hoop Diss. de iure peregrinorum. Lugd. Batav. 1759. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bd. §. 201. und 208.

35) §. 3. J. de libertin. Lib. VII. Tit. 5. et 6. Cod. de dedititia, it. de latina libertate tollenda. S. Zimmern Gesch. §. 123. u. §. 124. und den 2. Th. des Commentars §. 125. u. 126.

36) L. B. §. 2. D. h. t.

37) Auct. FRIDERICI II. Omnes peregrini Cod. Communia de Successionibus. (VI. 59.) S. den 2. Theil des Com-

dem Röm. Rechte das ius testamenti faciendi nicht, weil ihnen die Civität blieb³⁸⁾). Ein gleiches Recht hatten diejenigen, welche nicht auf immer, sondern nur eine Zeitlang zum opus publicum waren verurtheilt worden. Auch diese behielten, eben so wie Melegirte, die Civität, und konnten testiren³⁹⁾.

b) Zum Tode Verurtheilte, oder die haupt zu einer *poena capitalis* rechtskräftig waren verurtheilt worden, verloren nach dem Röm. Rechte, wegen der mit jeder Capitalstrafe in der Regel verbundenen Verm gensconfiscation⁴⁰⁾, das Recht ein Testament zu machen. So lehrt Gaius, libro XVII. ad *Edictum provinciale*⁴¹⁾:

Hi vero, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bona-

mentari s. 127. Mittermaier's Ords. des gem. deutsch. Priv. R. s. 100.

38) L. 8. s. 3. D. h. t.

39) PAULUS Sentent. Receptar. Libr IIII. T t. 4. A. s. 9.

CALLISTRATUS L. 28. s. 1. D. de poenis. (XLVIII. 19.)

ULPIAN. L. 7. s. 3. D. de Interdict. et relegat. (XLVIII. 22.)

G. Westphal von Testamenten. s. 57.

40) L. 1. pr. D. de bonis damnatorum. (XLVIII. 20.)

41) L. 8. s. 4. D. h. t. L d. MENCKEN Diss. de testamenti

factione damnatis ad mortem iure civili denegata, et

morbis plerisque asserta. Lipsiae 1694. 4. Ich be-

merke hier nur zur Erläuterung des s. 4. L. 8., dass die

Redebarkeit *ad ferrum* damnari, so wie die in der nach-

her angeführten L. 6. vor kommende *ad gladium*, so viel

heisst, als *ad ludum gladiatorium* damnari. G. BAIS-

SONIUS de Verbor. Signific. voc. *ferrum* nr. 5. et voc.

gladium nr. 2.

que eorum publicantur: unde apparet, amittere eorum testamenti factionem.

Auch das Testament verlor seine Gültigkeit, es wurde irritum, was der Verbrecher vor seiner Verurtheilung gemacht hatte. Denn der Verurtheilte erlitte eine *capitis deminutio maxima*. Er verlor die Freyheit, und wurde ein *poenae servus*, wie Ulpian *libro X. ad Sabiniūm*⁴²⁾ sagt:

Sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel ad aliam poenam, quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet, et non tunc, cum consumitus est⁴³⁾, sed cum sententiam passus est⁴⁴⁾: nam poenae servus efficitur.

Dieses Recht entstand erst unter den Kaisern. Denn zur Zeit der Republik erlitten die *capite damnati*, selbst die zum Tode Verurtheilten, keine *capitis deminutio maxima*⁴⁵⁾. Sie konnten daher sogar noch nach der

42) L. 6. §. 6. *D. de iniusto, rupto, irrito testament.*

(XXVIII. 3.) Auch GAIUS L. 8. §. 1. *D. h. t.*

43) Id est, cum poena ei irrogata est, wenn er hingerichtet worden ist. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Consumere* nr. 4.

44) Id est, cum condemnatus est. Der Ausdruck *sententiam pati* für *condemnari* kommt auch in der Rubrik des Tit. 23. libri XLVIII. vor.

45) CAR. FRID. WALCH in Diss. de donatione capite damnati (Jenae 1766. 4.) §. 2. will zwar den Ursprung der servitus poenae vom Tullius Hostilius herleiten, von dem LIVIUS Lib. I. cap. 26. erzähle, daß er ein Gesetz gegeben, daß dieselben Bürger, welche wegen eines Capitalverbrechens wären verurtheilt worden, zuvor von den Duumviren für perduelles, d. h. für hostes, und der Rechte der Ci-

Berurtheilung Testamente errichten; und auch die früher von ihnen errichteten wurden bey Kräften erhalten. Hatten sie nicht testirt, so wurden die Intestaterben zur Erbschaft gelassen⁴⁶⁾). So blieb es noch unter den er-

stät für verlustig erklärt werden sollten. Hieraus erschäre sich auch, wenn Justinian Nov. XXII. Cap. 8. sage, die servitus sey iuxta veterum leges (κατὰ τὸ παρε
τὸν ταῦταν ρομανῶν) poenae loco inficta. Allein die im Proces des Horatius wegen des von demselben an seiner Schwester verübten Mords auf den Vorschlag des Tullus Hostilius vom Volk ernannten Duumviri Verdunctoris wurden durch kein bleibendes Gesetz eingeführt. Es war eine blos temporelle Maasregel, die also nur ein momentanes Interesse gehabt hat. G. Dirksen's Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. Abb. VI. Kap. 7. S. 541. Das war freylich vom dem ältesten Rechten her Rechtens, daß keine Capitalstrafe über einen cives Romanus iniussu populi verhängt werden könnte. L. 2. §. 16. et 23. D. de Orig. iur. S. Christfr. Wachtler Opusc. a Trotz edit. pag. 335.

- 46) CICERO de invent. rhet. Lib. II. cap. 50. Auctor ad Herenniam Lib. I. Cap. 13. CICERO Or. pro Domo. Cap. 17. — quum tam moderata iudicia populi sint a maioribus constituta; — ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur. Erst Julius Cäsar beschränkte dieses ältere Recht. Suetonius in Caes. Cap. 42. erzählt von ihm: Poenas facinorum auxit, et, cum locupletes eo facilius scelera se obligarent, quod INTEGRIS PATRIMONIIS exulabant, parricidas, ut CICERO scribit, bonis omnibus, et reliquos dimidia parte multavit. Noch unter August kannte man jedoch die Confiscation noch nicht als Folge des Straferkenntnisses. Dio Cassius Lib. LVI. pag. 587. Man vergleiche besonders Herm. CANNECIER Commentar. ad fragmenta vet. Jurisprudentias, quae

sten Kaisern ⁴⁶⁾). Erst späterhin, wahrscheinlich nach Ziberius, knüpfte man die Confiscation, unter dem Schein einer nothwendigen Folge, an das Strafverfahren. Sollte nun also der Verbrecher sein Leben, Freiheit und Vermögen verlieren, sollte er, wie bei gewissen Strafen, z. B. bey der Verurtheilung zum Bergbau, der Fall war, zeitlebens in Ketten gehalten, und zu slavischen Arbeiten verdammt seyn, so war es freylich ganz folgerecht, daß man den Verbrecher für einen servus erklärte. Diese Art der Sclaveren war jedoch von einer eigentlichen Servitus im gewöhnlichen Sinne ganz verschieden. Denn die servi poenae wurden, als servi sine domino betrachtet, sie gehörten nicht, wie servi publici, dem Staate, oder dem Kaiser an. Hiel daher dem servus poenae eine Erbschaft an, so erwarb er sie nicht dem Fiscus, sondern sie wurde nach einem Rescript des Divus Pius pro non scripta gehalten ⁴⁸⁾), und

extant in Collat. Legg. Mosaicar. et Rom. (Franeque-ras 1765. 4.) Cap. II. pag. 22. sqq. und Marezoll über die bürgerliche Ehre. 1. B. 2. Abschn. §. 2. C. 27. f.

47) Nic. Kloeschop Hist. iuris Rom. de bonis damnatorum. (Lugd. Bat. 1749. 8.) pag. 128. sqq. und Marezoll a. a. D. C. 28.

48) L. 23. §. 3. D. de acquir. vel omitt. heredit. (XXIX. 2.) ULPIAN. lib. VIII. ad Sabinum. Si quis plane servus poenae fuerit effectus, ad gladium, vel ad bestias, vel in metallum damna^tus, si fuerit heres institutus, pro non scripto hic habebitur, idque Divus Pius rescripsit. Hiermit ist noch zu verbinden L. 17. D. de poenis, aus MARCIANI libro I. Institutionum: Sunt quidam servi poenae, ut sunt in metallum dati et in opus metalli, et si quid eis testamento datum fuerit, pro non scripto

ward er begnadiget, so war dies keine Manumission, wodurch er in den Zustand eines libertinus versetzt wurde, sondern er war, wie vor der Strafe, ein ingenuus, und verlor weder *sui* noch *legitimi* hereditius⁴⁹⁾. Die Servitus poenae war in den Fällen, wo sie ohne Todesstrafe eintrat, ihrem Wesen nach blos eine öffentliche Straf- und Arbeitsanstalt, unter sehr strenger Aufsicht, und mit sclavischer Behandlung des Verbrechers, vielleicht unsfern öffentlichen Zwangsarbeiten in der Karre, in Bergwerken u. d. nicht unähnlich. Denn die servi poenae wurden zu den härtesten, schimpflichsten, und lebensgefährlichsten Arbeiten gebraucht⁵⁰⁾.

Die Regel, daß die zu einer poena capitalis Verurteilten, als servi poenae, nicht testiren konnten, hatte jedoch auch Ausnahmen⁵¹⁾. Eine Ausnahme fand schon im ältern Röm. Rechte bey Soldaten Statt, die wegen militärischen Verbrechens zu einer Capitalstrafe waren verurtheilt worden. Diese konnten testiren, wenn ihnen, wie auch nach einem Rescript des Divus Hadrianus zu geschehen pflegte, das Recht ein Testament zu machen, in dem Urteil war vorbehalten worden. Der verurteilte Soldat konnte aber alsdann nur über die bona castrenia testiren, welche sich jedoch nicht gerade auf das peculium castrense eines filiusfamilias

est, quasi non Caesaris servo datum, sed poenae.
Zimmerm. Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bd. S. 197.
S. 725.

49) *Pactus Sententiar. Receptar. Lib. IV. Tit. 8. S. 24.*
Marejoll angef. Abhandl. S. 30.

50) *Marejoll a. a. D. S. 28. f.*

51) *Marejoll S. 41. f.*

beschränkten, sondern das Vermögen überhaupt umfassten, was der Soldat, als solcher sich erworben hat⁵²⁾). Eben deswegen kann sich der Soldat bey Errichtung des Testaments auch seines militärischen Rechts bedienen. Hatte er schon vorher ein Testament errichtet, so brauchte er kein neues Testament zu machen, sondern das schon vorher gemachte, aber wegen der Strafe irritum gewordene Testament galt, wenn er wollte, daß es gelten solle, und dies wird angenommen, wenn er kein neues Testament gemacht hat. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 6. §. 6. D. de iniusto, rupto, irr. testam.
ULPIANUS libro X. ad Sabinum. Sed et si quis fuerit capite damnatus, — testamentum eius irritum fiet, — nam poenae servus efficitur : nisi forte miles fuit ex militari delicto⁵³⁾ damnatus : nam huic permitti solet testari, ut divus HADRIANUS rescripsit⁵⁴⁾, et credo, iure militari testabitur. Qua ratione igitur damnato ei testari permittitur? numquid, et si quod ante habuit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero poena irritum factum reficiendum⁵⁵⁾ est? Et, si militari

52) G. Marezoll über die bürg. Ehre §. 58.

53) *L. 2. et 6. D. de re militari.* (XLIX. 16.) G. Jo. Voigt de re militari lib. sing. Cap. IV. pag. 117. sqq. (edit. Fischer. Frfti et Lips. 1758. 8.)

54) *L. 1. D. de veteranor. et milit. successione.* (XXXVIII. 12.)

55) So liest die florentinische Ausgabe, mit welcher auch Bandoga und Merlinus übereinstimmen. Halsoander, Miräus und Beck lesen hingegen *reüciendum*. Allein jene Lesart ist wohl unstreitig die richtigere, wie auch Guil. Bass Rat emendandi Leges. Cap. XI. §. 3. pag. 184.

*Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 71
iure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin,
si voluerit id valere, fecisse id credatur⁵⁶).*

(edit. Neuhaus. Lips. 1745. 8.) gezeigt hat. Der Ausdruck *reficere testamentum* kommt auch *L. 9. pr. D. de testam. militis (XXIX. 1.)* vor, und heißt soviel als *novum facere testamentum, iterum testari.* S. Duckar Opusc. de Latinit. vet. ICtor. pag. 352.

- 56) Westphal von Testamenten §. 886. erfordert eine besondere Willensäußerung des Soldaten, wenn das vorher gemachte Testament wieder gelten solle. Allein eine solche Willenserklärung wird nur erfordert, wenn der Testator eine *capitis deminutio ex causa voluntaria*, z. B. durch Arrogation erlitten hatte, wodurch das Testament irritum geworden war. Ist er nachher wieder emancipirt worden, so ist freylich, um dem Testament seine Gültigkeit wieder zu geben, nöthig, daß der Testator erkläre, er wolle, daß sein Testament gelten solle. Der Grund ist, weil durch seine Einwilligung in die Arrogation auch das vorher gemachte Testament mit seinem Willen aufgehoben worden ist. Starb also der Testator ohne jene Erklärung, so konnte dem Testamentserben, wenn er aus dem Testamente die Bonorum possessio zu erhalten suchte, (denn ein solches Testament galt nur nach dem prätorischen Rechte) die *exceptio doli*, d. h. die *exceptio mutatae voluntatis* von den Intestaterben entgegengesetzt werden. *L. 11. §. 2. D. de bonor. possess. secundum tabulas. (XXXVII. 11.)* Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Testator durch Verurtheilung zu einer Capitalstrafe eine *capitis deminutio maxima* oder *media* erlitten hat, und dadurch sein Testament irritum geworden war. Hier ist, nach Aushebung derselben, keine neue Willenserklärung des Testators nöthig, um dem Testament seine Gültigkeit wieder zu verschaffen, sondern es gilt *ipso iure.* *L. 6. §. 12. D. de iniusto, rupto, irrit. testam.* Denn hier kann dem Testamentserben die *exceptio mutatae voluntatis* nicht ent-

L. 32. §. 8. D. de donation. int. vir. et ux.

ULPIANUS libro XXXIII. ad Sabinum. Si miles uxori donaverit de castrenibus bonis, et fuerit damnatus, quia permisum est ei de his testari, si modo impetravit, ut testetur, cum damnaretur, donatio valebit.

L. 11. pr. D. de testam. milit. *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum.*

Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis duntaxat castrenibus: sed utrum iure militari, an iure communi, quaeritur? Magis autem est, ut iure militari eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi, consequens erit dicere, iure militari ei testandum: quod ita intelligi oportet, si non sacramenti fides rupta sit⁵⁷⁾.

gegengesetzt werden. *S. Jos. Finestres Hermogenian.* Tom. II. Lib. III. ad L. a. *D. de bonor. poss. contra tabb.* pag. 692. und *Jos. Fern. de Retes Opusculor.* Lib. VI. Cap. 8. nr. 18. et 19. (Tom. VI. *Theos. Meerman.* pag. 294.) Dies ist nun hier bey einem Soldaten der Fall, welcher, jedoch mit Vorbehalt der Testamentsfaction, zu einer Capitalstrafe verurtheilt worden ist, und schon vorher testirt hatte. Durch diesen Vorbehalt wird das schon vorher gemachte Testament ipso iure wieder gültig, als wäre es nun erst nach seiner Verurtheilung gemacht worden. Eine besondere Erklärung, daß es gelten solle, wird also hier, um die Intestaterben auszuschließen, nicht erforderlich.

57) Das heißt, der Soldat muß nicht als Verräther, oder als Ueberläufer zum Tode verurtheilt seyn. Denn ein solcher wurde nicht mehr als Soldat anerkannt, sondern für einen Feind erklärt, *L. 7. D. de re militari.* (XLIX. 18.) wie

L. 22. §. 1. D. de legat. XXXII. HERMOGENIANUS libro IV. iuris Epitomarum. Miles, in eum ex militari delicto capitali dicta sententia, permittente eo in ipsa sententia, qui damnavit, sicut testamenti faciendi, ita fideicommissi relinquendi potestatem consequitur.

Das militärische Privilegium vom Hadrian ging aber nicht blos auf die Errichtung der Testamente, sondern auch auf Codicille, wodurch ein Soldat, der wegen eines militärischen Verbrechens zur Capitalstrafe war verurtheilt worden, die Intestaterben mit einem Fideicommiss beschweren konnte. Dies scheint hier Hermogenian mit den Worten sagen zu wollen: sicut testamenti faciendi, ita fideicommissi relinquendi pote-

diese Stelle Ant. Murexus in Notis ad Tit. Dig. de militari testam. (Oper. a Dav. RUPPENKONIO editor. Tom. IV. Lugd. Batav. 1789. 8. pag. 394.) erklärt hat. Da jedoch ein Soldat mit den darauf gesetzten schimpflichen Todesstrafen nicht belegt werden könnte, L. 5. §. 10. D. ebdem. L. 8. §. 2. L. 38. §. 1. D. de poenis. (XLVIII 19.) so mußte der zu Verurtheilende zuvor ex auctoritate, d. h. schimpflich verabschiedet werden. L. 8. C. de Quaestion. (IX. 41.) S. Pet. FABRI Semestrium Lib. I, cap. 18. pag. 110. sqq. Man vergl. auch cap. 17. pag. 103. sqq. und den 31. Th. dieses Commentars. §. 1355. m. S. 413. ff. Daher erklärt Hug. DONELLUS in Comm. ad Cod. L. 13. de testam. milit. nr. 4. pag. 343. (Francof. 1599. f.) den auch Jo. Jac. WISSENBRUCH-Commentation. in Cod. ad L. 13. cit. pag. 535. gefolgt ist, die Worte Ulpianus: si non sacramenti fides rapta sit, si: nisi sacramenti fide solitus sit. miles ignominiae causa, quod ita sit, si ex auctoratus. L. 2. §. 2. D. de his, qui nolant infam.

statem consequitur. So wie die Worte gefaßt sind, mag dieses vielleicht anfangs zweifelhaft gewesen seyn, und scheint erst durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten diese Ausdehnung erhalten zu haben, wie Joseph Finestres⁵⁸⁾ bemerkt hat. Ueberhaupt beruhete dieser Vorzug der Soldaten wohl weniger auf einer allgemeinen Vorschrift, als auf einem Herkommen, welches der Kaiser Hadrian hier blos bestätigte⁵⁹⁾. Daher durfte auch dieser Vorbehalt in dem richterlichen Straferkenntniß nicht übersehen werden⁶⁰⁾.

Doch war dies alles nur auf die castrenia bona des Soldaten beschränkt. In Ansehung des nicht militärischen Vermögens (bona pagana) blieb es bey der Regel des gemeinen Rechts, nach welcher der fiscus in die bona damnatorum succedit⁶¹⁾, so wie auch in dem Falle, wenn der Soldat wegen eines gemeinen Verbrechens zum Tode war verurtheilt worden⁶²⁾. Starb der Soldat ohne Testament, so fielen die bona ca-

58) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libr. IV. ad §. 1. L. 22. D. de legat. 3. §. 4. pag. 773. sq.

59) G. Marejoll in der angef. Schrift. §. 42.

60) DONELLUS Comment. ad L. 13. Cod. de testam. milit. nr. 3. pag. 342.

61) L. 1. pr. D. de bonis damnator. (XLVIII. 20.) L. 8. §. 4. D. h. t. L. 2. C. de bonis proscriptor. (IX. 49.) DONELLUS c. l. nr. 4. Jos. FINESTRES et de MONSALVO Hermogenian. c. l. §. 9. pag. 776.

62) L. 1. in fin. D. de veteran. et milit. success. DONELLUS c. l. nr. 6. et 7. pag. 343. und CUSACIUS Comment. in libr. XVI. Respons. Papin. ad L. 2. D. de veter. et milit. succ. (Opp. postum. Tom. I. pag. 597.)

strensia an die nächsten Intestaterben. Der Prätor gab ihnen die Bonorum possessio bis zum fünften Grade, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 1. D. de veteran. et milit. success. MACER libro II. de re militari. Militi, qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum, PAULUS et MENANDER scribunt, eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto, non ex communi punitus sit.

Daß hier blos von bonis castris, wenn es gleich nicht ausdrücklich gesagt worden, die Rede sey, erscheint daraus, weil das Gesetz von einem Soldaten spricht, der zu einer Capitalstrafe ist verurtheilt worden. Da nun einem solchen Soldaten nur über die bona castris zu testieren erlaubt ist, so können auch die bona intestati, welche an die nächsten Verwandten des selben kommen sollen, keine andern seyn, als eben dieselben⁶³⁾.

L. 2. D. eodem. PAPINIANUS libro XVI. Respondentium. Bona militis intestato defuncti castris fisco non vindicantur, cum heres legitimus ad finem quinti gradus exstitit, aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem accipit.

Nach diesen Gesetzen ist es also keinem Zweifel unterworfen, daß der, wegen eines Militärvergehens, zu einer Capitalstrafe verurtheilte Soldat seine bona ca-

63) G. DONALLUS c. l. s. Sed huic parti etc. FINESTRA Hermogen. c. l. pag. 776. sq. und MAREGOLI a. a. D. G. 42.

strengia auf die gewöhnliche Art vererbe, indem, wenn kein Testament da ist, die nächsten Intestaterben den Fiscus ausschließen. Allein diesen Gesetzen scheint eine Verordnung der Kaiser Valerianus und Gallienus entgegen zu seyn. Es ist die L. 13. Cod. de testamento milit. (VI. 21.) welche folgendermaßen lautet:

*Et militibus nostris, centurionibus quoque ob
flagitium militare damnatis, non aliarum quam ca-
strensum rerum testamentum facere permittitur, et
intestatis iure proprio succeditur a fisco. Prop.
Non. August. VALERIANO III. et GALLIENO II. AA.
Cons. a. Ch. 255.*

Nach dieser Constitution scheint also der Fiscus ohne Unterschied in das Vermögen eines ohne Testament nach der Verurtheilung verstorbenen Soldaten zu succediren. Allein die Worte *iure proprio* lösen das Räthsel. Nach dem gemeinen Rechte würde allerdings der Fiscus in die bona militis capite damnati succediren. Dieses strenge Recht ist aber aus besonderer Begünstigung des Soldatenstandes in Ansehung der honorum castrensum gemildert worden. Dem Fiscus bleibt also nur noch das Recht in die bona pagana militis capite damnati zu succediren, in Ansehung welcher der miles damnatus allemal intestatus versterben muß. Es ist demnach blos von den bonis militis capite damnati paganis zu verstehen, wenn das Gesetz sagt: *intestatis iure proprio succeditur a fisco*, und es ist nun allerdings ein eigenes und besonderes Recht des Fiscus, daß nur die bona pagana militis damnati an ihn fallen, während der Soldat in Ansehung seiner honorum castrensum einen Testaments- oder gesetzlichen Erben hat. So

haben dieses Gesetz auch *Donellus*⁶⁴⁾, *Finestres*⁶⁵⁾, und *Wissenbach*⁶⁶⁾ erklärt.

Die servitus poenae und die damit verbundene Confiscation trat jedoch nicht gleich im Augenblick der Begehung des Verbrechens, sondern erst im Augenblick der rechtskräftigen Verurtheilung des Verbrechers ein⁶⁷⁾. Denn erst durch diese Verurtheilung ging die libertas verloren, wodurch der Verurtheilte eine capitis deminutio maxima erlitte. Starb dabei ein Capitalverbrecher vor der rechtskräftigen Verurtheilung, so erlitte er keine capitis deminutio, und eben darum trat auch hier keine Confiscation ein. Hatte er also testirt, so blieb sein Testament den Kräften; und starb er ohne Testament, so trat die Intestaterbfolge ein⁶⁸⁾. Des Verbrechens Tod hob die pein-

64) *Comm. ad lib. L. 13. Cod. nr. 5.* pag. 343. usq. Lib. 13.

65) *Comm. in Hermogenian.* pag. 776.

66) *Commentarii in Cod. ad L. 13. C. cit.* pag. 535.

67) *L. 10. §. 15. & 12. L. 29. D. de potenis.* (L. 1. et L. 2.)

D. de bonis damnator. (XLVII. 26.) *Theologica*

Paraphr. Inst. græc. ad Tit. quibus mod. in possessum

solvit. I. 12. §. 3. S. Jo. Fr. GRONOKII *Observation*.

Lib. I. Cap. 8. pag. 59. (edit. Frid. PLATNERI Lipsiae

1755.) und MAREZOLL über die bürz. Ehre. S. 40. und

C. 44.

68) *L. 9. D. h. t. ULPIANUS libro XLV. ad Edictum.* Si quis post accusationem in custodia ficerit defunctus indemnatus, testamentum eius valebit. — *L. 45. §. 1.*

D. de iure fisci (XLIX. 14.) *PAULUS libro V. Sententiar.*

Bona eorum, qui in custodia, vel in vinculis,

vel in compedibus decresserunt, hereditibus eorum

non auferuntur, sive testato, sive intestato decres-

liche Anklage auf, und er verstarb noch integri status, er mußte nur nicht der Verduellion wegen angeklagt seyn, denn hier konnte die Confiskation seines Vermögens noch Statt finden, wenn auch der Angeklagte vor der Verurtheilung gestorben war, wosfern seine Erben nicht die Schuldlosigkeit ihres Erblassers darzuthun vermochten, wie Ulpian *libro VIII. Disputationum*⁶⁹⁾ lehrt, wo es heißt:

Is, qui in reatu decedit, integri status decedit: exstinguitur enim crimen mortalitate, nisi forte quis maiestatis reus fuit: nam hoc criminis nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur. Plane non quisquis legisJuliae maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus rempublicam vel principem animatus: ceterum si quis ex alia causa legisJuliae maiestatis reus sit, morte criminis liberatur.

Der Grund dieser Ausnahme ist, weil bey diesem Verbrechen die Confiscation nicht als stillschweigende Folge der Capitalstrafe anzusehen ist, sondern auf ausdrücklicher Androhung des Strafgesetzes beruht⁷⁰⁾. Es mußte also immer die Verurtheilung des Verbrechers noch bey dessen Lebzeiten erfolgt seyn, wenn die servitus poenae mit ihren Folgen eintreten sollte. Das Straferkenntniß mußte aber auch rechtskräftig geworden

runt. S. Jo. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disp. LIV. §. 17. pag. 564. und besonders MAREZOLL S. 45 — 48.

69) L. 11. D. ad Leg. Jul. Majestat. (XLVIII. 4.)

70) MAREZOLL S. 50.

seyn. Hatte daher der Verurtheilte gegen das Strafgerichtskenntniß appellirt, so konnte derselbe in der Zwischenzeit bis zur Erledigung der ergriffenen Appellation noch testiren, und sein Testament blieb bey Kräften, wenn er starb, ehe durch die oberrichterliche Sentenz die frühere Verurtheilung war bestätigt worden, wie folgende Gesetzesstellen beweisen.

L. 13. §. 2. D. Qui testam. fac. poss. MARCIANUS libro IV. Institutionum. Si quis in capitali criminis damnatus appellaverit, et medio tempore, pendente appellatione, fecerit testamentum, et ita decesserit, valet eius testamentum.

L. 6. §. 8. D. de iniusto, rupto, irrito, facto testam. (XXVIII. 3.) *ULPLANUS libro X. ad Sabinum.* Hi autem omnes, quorum testamenta irrita damnatione fieri diximus, si provocaverint, capite non minuuntur, atque ideo neque testamenta, quae antea fecerunt, irrita fient, et tunc testari poterunt, (hoc enim saepissime est constitutum) nec videbuntur, quasi de statu suo dubitantes, non habere testamenti factionem: sunt enim certi status, nec ipsi de se interim incerti⁷¹⁾.

71) Die florentinische Ausgabe liest: nec ipsi de se interim certi. Allein diese Lesart ist offenbar unrichtig. *Incerti* lesen fast alle, z. B. Halvander, Baudoza Gestius, Hugo a Porta, Merlinus, Miranus, und Bed. Vielleicht ist nach der Bemerkung von SMALLenburg ad Ant. SCHULTINGII Notas ad Dig. seu Pand. h. I. Tom. V. pag. 33. sq. das in wegen des vorhergehenden Buchstabens m in dem Worte *interim* ausgelassen worden, welches auch in den Röm. Classikern häufig der Fall ist, wie DRAKENBOREN ad Liviam lib. V. cap. 27. und OUDAN-

Ulpian begegnet hier zugleich einem Zweifel, welcher gar leicht gegen die Gültigkeit des während der Appellation errichteten Testaments erregt werden könnte, nämlich der Testator habe das Testament in der Un gewisheit über seinen Zustand gemacht. Dieser Zweifel wird aber durch den Umstand gehoben, daß die zu einer *poena capitalis* Verurtheilten, dum pendet provocatio, noch keine servi poenae sind. Denn ein nicht rechtskräftiges Straferkenntniß gilt noch nicht juristisch als *condemnatio*⁷²⁾. Der Zustand des Testators während der Appellationszeit war also an sich nicht ungewiß, wenn es auch zweifelhaft war, wie sein künftiger Zustand seyn werde. Darauf kommt es aber nicht an, genug daß er in Ansehung des Zustandes, in welchem er testirte, nicht im Zweifel war. Denn da er zu der Zeit noch kein servus poenae war, so war auch noch keine Confiscation seines Vermögens eingetreten⁷³⁾.

Die Regel, daß die als stillschweigende Folge der Verurtheilung zu einer Capitalstrafe eintretende Confiscation nicht zur Anwendung kommen kann, wenn der Peinlich angeklagte vor rechtskräftiger Zuverkennung der Strafe stirbt, leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn der peinlich Angeklagte vor jenem Zeitpunkte sich selbst durch ad *Suetoniam in Tiberia Cap. 65.* aus mehreren Beispiele erwiesen haben.

72) *L. 2. s. 2. D. de poenis. Ulp. lib. XLVIII. ad Edictum.* Eum accipiemus *damnatum*, qui non provocavit: ceterum si provocet, nondum *damnatus* videtur.

73) *G. Jac. Cusacii Comment. ad h. tit. Pand. L. 14. Qui in testamento. und Jo. Guil. Hoffmann Meletem. seu Observation. war. ad Pand. Disc. XXIV. s. 6.*

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. **S**i entleibt. Es muß nur die Selbstentleibung nicht aus Melancholie, oder aus Ungeduld gegen körperliche Leiden, oder sonst, sondern aus Furcht vor der ihn erwartenden Capitalstrafe geschehen seyn. Hier gilt der Selbstmörder als confessus und condemnatus, und sein Vermögen verfällt an den Fiscus. Hat er also darüber testirt, so ist das Testament ungültig. So belehrt uns *Marcianus libro singulari de Delatoribus*⁷⁴⁾:

Qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi⁷⁵⁾, metu criminis imminentis⁷⁶⁾ mortem sibi conciverunt⁷⁷⁾, heredem non habent⁷⁸⁾. **PAPINIA-**

74) *L. 5. pr. D. de bonis eorum, qui ante sentent. mortem sibi conciv.* (XLVIII. 21.) *Christph. Lud. CABELL Observationes ad L. 5. cit. Vitembergae 1731. 4.*

75) Es wird also hier ausdrücklich vorausgesetzt, daß der Verbrecher entweder schon angeklagt, oder wenigstens auf der That selbst ertappt worden sey, und daher die peinliche Anklage befürchte. *S. Marezvoll* S. 49.

76) Das ist, metu accusationis instantis, wie es auch *L. 1. §. 23. D. de SCto Silan.* (XXIX. 5.) und *L 28. §. 1. D. de bonis libert.* (XXXVIII. 2.) heißt. Das Wort *Crimen* für *criminatio* oder *accusatio* ist eine sehr gewöhnliche Bedeutung. *S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. Crimen.*

77) Diese Lesart, welche auch Halvander, Baudouza, Merlinus, Claud. Chevallon, Miräus, Diou. Gothofredus und Beck haben, ist wohl der florentinischen constituerunt vorzuziehen.

78) Es muß nur gewiß seyn, um welches Verbrechens willen sich der Verbrecher entleibt hat. Dies sagt *PAULUS L. 45. §. 2. D. de iure fisci* (XLIX. 14.) ausdrücklich voraus, wenn er daselbst sagt: *Eius bona, qui sibi mortem concivit, non ante ad fiscum coguntur, quam prius con-*

nus tamen⁷⁹⁾ libro sexto decimo Responsorum ita scripsit: *Qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non vindicentur: non enim facti sceleritatem⁸⁰⁾ esse obnoxiam, sed*

stiterit, cuius criminis gratia manus sibi intulerit. Auch muß das Verbrechen ein Capitalverbrechen seyn, welches die Confiscation des Vermögens zur Folge hat. *L. 3. S. 1. 2. et 3. D. de bonis eor. qui ante sent. mort. sibi consiv.*

79) Für tamen lesen Halsander und Miräus besser etiam. In vielen Ausgaben, z. B. in der des Claud. Chevallo-nius, fehlt das tamen ganz, und daß diese Lesart: PAP-NIANUS libro sexto etc. die richtigste sey, bemerkt Corn. van BINKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. IV. Cap. 4. pag. 233. edit. Heinecc.

80) Die Lesart ist hier bestritten. Einige, wie z. B. Elb. LEONINUS Emendat. Lib. IV. Cap. 5. und Hugo Grotius in Florum spars. ad ius Justinian. ad h. L. pag. 280. sq. wollen *fati celeritatem* lesen, weil der Selbstmörder seinen Tod freywillig beschleunige. Diese Lesart findet sich auch in mehreren alten Ausgaben, nämlich bey Robert Stephanus, bey den Brüdern Genneton, bey Wilh. Merlinus und Petrus ab Area Baudoza Cestius. Allein dagegen hat schon Jac. GUTHRIUS de iure Manium. Lib. I. cap. 10. pag. 58. (Paris 1615. 4.) erinnert, daß von einem so unnatürlichen Tode der Ausdruck *fati celeritas* nie gebraucht werde, sondern blos von einem natürlichen plötzlich erfolgten Tode, welcher mit Recht betrauert wird. Man sehe BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Fatum*, und Jac. GOTHOFREDI Glossar. Nomic. Cod. Theodos. voc. *Fatalis* pag. 198. adj. Tom. VI. P. II. Cod. Theod. edit. Ritter. Andere Ausgaben, wie die des Halsanders, Miräus und Chevallonius lesen *facti celeritatem*. Allein die Richtigkeit der florentinischen Lesart *facti celeritatem* haben Car. Annib. FABROTUS Ex-

*Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 83
conscientiae metum in reo velut confessio teneri
placuit. Ergo aut postulati esse debent, aut in sce-*

*ercent. V. de morte voluntaria, (in Ev. OTTONIS Thes.
jur. Rom. Tom. III. pag. 1190.) Ev. OTTO in Papiniano.
Cap. IX. §. 7. pag. 228. (Bremas 1743. 8.) und be-
sonders CORN. VAN BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom.
c. I. pag. 234. außer allen Zweifel gesetzt. Dass das Wort
sceleritas selten sey, und, außer bey unserm MARCIAN,
sonst nirgends vorkomme, hat schon GESNER in novo Lin-
guae Lat. Thes. Tom. IV. h. v. pag. 322. bemerkt; allein
die Seltenheit des Worts ist noch kein Grund, die Lesart
als unrichtig zu verwerfen, da es viele eben so ungewöhn-
liche Worte giebt, welche in tas sich endigen, und doch von
den besten Classifern gebraucht worden sind. Z. B. *Appietas* und *Lentalitas*. CICERO ad Famil. Lib. III.
Ep. 7. *Faustitas*. HORAT. Carm. IV. 5. v. 18. *Infor-
tanitas*. GELLIUS VI. 1. *Maximitas* LUCRET. II. v. 497.
Differitas. LUCRET. IV. v. 640. *Pestilitas*. LUCRET. VI.
v. 1130. Noch mehrere eben so seltsame Wörter führen
GE. CASP. KIRCHMAIER in Opuscul. de Latinitate Di-
gestor. a GE. SAM. MADIEN Halae 1772. 8. edit.
pag. 140. und CAR. ANDR. DUKE Opusc. de Latini-
tate ICtor. vet. pag. 525. sq. an. So braucht auch ULP-
PIAN. L. 5. D. *Quod met. caus.* nach der florentinischen
Lesart das Wort *malitas*. Nun entsteht aber noch eine
Schwierigkeit, worauf sich die *facti sceleritas* beziehe.
JAC. CUJACIUS Comm. ad L. 6. §. 7. D. de iniusto,
rupto, irr. testam. glaubt, es werde damit die That des
Selbstmords bezeichnet. Allein van BYNKERSHOEK c. I.
hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Er selbst versteht
die *facti sceleritas* vielmehr von dem Verbrechen, für dessen
Strafe sich der Verbrecher gefürchtet, und sich deswegen
entleibt hat. Der Sinn dieser Worte sey also der, es werde
hier nicht sowohl das begangene Verbrechen an sich,
als welches durch den Tod des Verbrechers aufgehoben ist,
bestraft, sondern, weil er aus Furcht vor der Strafe,*

lere deprehensi, ut, si se interficerint, bona eorum confiscentur.

Selbstmord eines Verbrechers, welcher noch nicht peinlich angeklagt, auch nicht auf der That selbst ertappt war, hat also keine Confiscation zur Folge, und macht daher auch das von demselben errichtete Testament nicht ungültig, weil durch den Tod das Verbrechen aufgehoben wird⁸¹⁾). Jedoch können auch in jenem Falle die

welche bey demjenigen vermutet wird, der wegen eines Capitalverbrechens angeklagt, oder auf der That selbst ertappt war, sich selbst entleibt hat, wird der Selbstmörder als confessus und condemnatus angesehen, und darum sind seine bona dem Fiscus verfallen. Diese Erklärung wird besonders durch den Nachsch. bestätigt: Ergo aut postulati esse debent etc. Ihm sind auch *Ev. Otto* in *Papiniano* c. 1. und *Jo. CANNEGISTER* ad *Domit. Ulpiani* fragmenta Tit. VII. pag. 42. beygetreten. Dennoch haben dem Cujaz lieber bestimmen wollen *Car. God. WINKLER* Comm. de mortis voluntariae prohibitions ac poenis. *Lipsiae* 1775. und *Car. Frid. WALCH* ad *ECKHARDI* Hermeneuticam iuris Lib. I. §. 138.

81) L. 6. §. 7. D. de iniusto, rupto, irr. testam. L. 1. §. 23. D. de SCIO. Silan. (XXIX. 5.) L. 2. C. Qui testam. fac. poss. (VI. 22.) L. 1. et 2. C. de bonis eor. qui mort. sibi conciv. (IX. 50.) L. 3. D. de public. india. XLVIII. 1.). L. 5. et 6. Cod. Si reus vel accusat. mort.. fuerit. (IX. 6.). Der Selbstmord an sich ward nach den Lehrsätzen der Stoia nicht für strafbar gehalten. Das Testament eines Selbstmörders blieb daher gültig. L. 6. §. 7. D. de iniusto, rup. irr. test. wo Ulpian sagt: Quodsi quis taedio vitae, vel valetudinis adversae impatientia, vel iactatione, ut quidam philosophi, mortem sibi conciverint, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant. Daß ein solcher Selbstmörder

Erben des Selbstmörders nach einem Rescript des Divus Pius den Nachtheil der Confiscation dadurch von sich abwenden, wenn sie bereit sind, ihren Erblasser zu vertheidigen, und seine Unschuld zu beweisen⁸²⁾.

Man hat es bisher fast allgemein als eine gar leichten Zweifel unterliegende Wahrheit angenommen, daß K. Justinian in der Nov. XXII. Cap. 8. die servitus poenae mit allen ihren Wirkungen aufgehoben habe⁸³⁾). Diese Meinung hat nun aber Herr Prof.

auch ab intestato beerbt werden könne, rescribitur Divus ANTONINUS L. 3. §. 4. *D. de bon. eor. qui ante sent.* Man vergl. BYNKERSBOEK c. 1. und WALCH ad Eckhardam I. c. auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Bd. 1. Abth. §. 62. Die Peinl. Gerichts-Ordnung Carls V. Art. 135. hat das Röm. Recht hierin bestätigt. — S. Jo. Sam. Fr. de BOZEMER Meditation. in Const. Crim. Carol. ad h. Art. pag. 632 — 638. und von Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts. §. 241. der 10. Außg.

82) *L. 3. §. ult. D. de bon. eor. qui ante sentent. Sed Divus Pius Modesto Taurino rescriptsit: si parati sint heredes defensionem suscipere, non esse bona publicanda, nisi de criminis fuerit probatum.*

83) *Helfr. Ulr. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Qu. 10. pag. 201. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. 3. §. 6. Jan. a COSTA Comm. ad §. 3. J. Quib. mod. ius potest. solvitur Car. Frid. WALCH Diss. de donatione capite damnati. §. XV. Jo. Gottl. HEINECCIUS Antiquitat. Roman. Lib. I. Tit. 16 §. V. pag. 181. (edit. Haubold.) Gall. Aloys Kleinschrod syst. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 5. Th. §. 63. Carl von Grotsman Grds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 160. a. E. Job. Christ Hasse Güterrecht der Ehe-*

Marezoll⁸⁴⁾ aus nicht unbedeutenden Gründen bestritten. Die Novelle selbst lautet nach der Hombergischen Uebersezung folgendermassen:

Quod autem severitate legum prius introductum fuit, nos benigna indulgentia abrogamus. Si enim sententia iudicis vir aut foemina quaedam ad metallum damnata sit, (quale nunc est in Proconneso, et, ut vocatur, Gypso) servitus quidem iuxta veterum leges poenae loco infligebatur, et matrimonium solvebatur, cum poena condemnatum haberet servientem: *nos vero hoc remittimus, neque eum, qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus.* Non enim liberam conditionem in servilem statum mutamus, qui ut eorum, qui antea servi fuerunt, manumissores essemus, operam dedimus. Maneat igitur illo casu matrimonium, eique sententia eiusmodi non noceat, tanquam inter personas liberas consistens.

Es ist also hier freylich blos von einer solchen servitus poenae die Rede, welche ohne Todesstrafe eintrat, wie besonders bey der hier genannten damnatio ad metallum. So wie es nun aller Sclaverey gemein war, daß sie die Ehe aufhob⁸⁵⁾, eben so hatte auch die servitus poenae diese Folge. Dies änderte nun

gatten nach Röm. R. 1. Bd. §. 55. S. 199. Not. 279. Zimmern Grundrisß des Erbrechts, im Anhange Nr. 1. S. 50. Für diese Meinung habe ich mich auch schon längst erklärt. S. den 2. Th. dieses Commentars §. 219. S. 145.

84) In der mehrmals angef. trefflichen Abh. über die bürgerl. Ehre. S. 32.

85) L. 1. D. de divorc. (XXIV. 2.)

Justinian hier zu Gunsten der Ehe ab. Um also die Erhaltung rechtlich geschlossener Ehen zu befördern, und ihre Trennung möglichst zu verhindern, verordnet er, daß ein zum Bergbau verurtheilter Ehegatte, er sei der Mann oder die Frau, nicht mehr in der Art in servilem statum verfallen solle, daß dadurch die bisher unter ihnen bestandene Ehe ipso iure aufgelöst werde. Damit ist nun aber allerdings die mit der poena metalli verknüpfte Folge der Confiscation eben sowenig, als die Strafe selbst, aufgehoben worden. Denn gerade dieses hatte ja auch schon Kaiser Constantin der Große in Rücksicht des Einflusses der Deportation auf die Ehe verordnet⁸⁶⁾, und dennoch sollte die damit verbundene capitis deminutio mit ihren Folgen, namentlich der Confiscation, bleiben. Und eben diese Constitution hat Justinian in derselben Novelle XXII. Kap. 13⁸⁷⁾ bestätigt.

Allein man kann dies alles zugeben, und doch mit Grund behaupten, daß Justinian die servitus poenae für immer aufgehoben habe, nämlich, welches nicht übersehen werden darf, bey Freygeborenen, die nie in einer rechtmäßigen Sclaverey sich befunden haben. Denn gerade darin äusserte sich die Härte der ältern

86) L. 24. C. de donation. inter vir. et uxor. (V. 16.)

87) Deportatio tamen, nach Homberg's Uebersetzung, quae veteri aquae et ignis prohibitioni successit, (quam aqua et igni interdictionem vocant nostrae leges) non solvit matrimonia. Hoc enim iam antea sacratissimo CONSTANTINO humanum visum, et a nobis quoque probatum, huic vero legi non annexum est: adeo ut nec de effectibus eius dicendum sit, cum res in suo statu maneat.

Gesetze, daß ein Ehegatte, der zur Strafe des Bergbaues war verurtheilt worden, nun als ein servus poenae behandelt, und seine bisher bestandene Ehe ipso iure aufgelöst wurde. Daß Justinian diese Härte hat aufheben wollen, hat er deutlich genug gesagt: *nos benigna indulgentia abrogamus*. Er will durchaus nicht mehr gestatten, daß ein *ingenius* in Zukunft servus poenae werden solle. Zwar spricht Justinian hier nur von einem *damnato in metallum*, aber die Verordnung selbst ist ganz allgemein gefaßt: *καὶ οὐδέποτε τῷ εἰς ἀρχῆς εὐ γεγονότων ἐκ τιμωρίας γίνεσθαι συγχωρούμενον οἰκέτην*. i. e. *neque eum, qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus*. Sie geht also auch gewiß auf einen zum Tode verurtheilten *ingenuus*, wenn gleich hier Todesstrafen mit keinem Worte erwähnt werden. Denn von einer Todesstrafe konnte hier darum gar keine Rede seyn, weil der Tod schon von selbst die Ehe aufhebt. Also nicht blos um der Ehe willen soll die servitus poenae aufgehoben seyn; nein, die Ehe, von deren Aufhebung das Gesetz handelt, gab nur blos die Veranlassung, die servitus poenae, wodurch nach der Strenge des alten Rechts die Ehe aufgehoben wurde, überhaupt bey Freygeboren en⁸⁸⁾ abzuschaffen. Denn darin äußerte sich vorzüg-

88) Man hat hier einen Hauptbeweis für die Aufhebung der servitus poenae bey Freygeborenen übersehen, welcher in dem folgenden Kap. 9. der Novelle 22. liegt. Daselbst handelt Justinian von dem Falle, da eine freygelassene Person oder auch deren Kinder durch richterliches Erkenntniß zur Strafe wieder in die Sclaverey zurückgebracht worden sind. Hier soll die servitus poenae mit allen ihren Folgen, selbst in Beziehung auf die Ehe, eintreten. Ma-

lich die Härte der ältern Gesetze, welche der Kaiser Justinian hier aufhob. Sollte außer dem Fall, da der Capitalverbrecher in einer rechtmäßigen Ehe lebt, oder bei einem zum Tode verurtheilten Verbrecher die servitus poenae noch Statt finden, so hätte es ja Justinian in der Novelle 134. Cap. 13. sagen müssen, wo er von solchen Verbrechern handelt, welche zum Tode oder wenigstens zu einer solchen Strafe verurtheilt worden sind, mit welcher die Confiscation des Vermögens verknüpft ist. Allein seit der Novelle 22. ist davon gar keine Rede mehr. Es war ja auch nicht die servitus poenae allein, mit welcher die Confiscation verbunden war, sie war auch schon ohne Servitus an den

trimonium quidem ab initio constituit, heißt es nach Homborg's Uebersetzung, servitus autem postea emergens illos; *voluti morie secuta, (ωοτελη τελευτης ἀνοικοδομητης)* separat: quoniam maiores nostri dicunt, *servitatem supervenientem non multum a morte differre.* Um den hier von Justinian gemachten Unterschied zwischen ingenui und libertini noch mehr hervorzuheben, hat Henr. Agylarus in libr. sing. ad ea, quae in Novellis Justiniani Constitutionibus ius civ. attingunt, (in ZEPERNICK delectu scriptor. Novellas Justiniani earumque histor. illustrant. (Halae 1783. 8.) pag. 41.) den Sinn des Cap. 9. folgendermassen dargestellt: *In libertinis vero eoramque liberis haec leges vim et auctoritatem retineant, ut poenae servitutis subiectis ipsis iustam ac necessarium divortiam subsequatur.* Dies ist also nur noch der einzige Fall einer servitus poenae, welche Justinian Nov. LXXXVIII. Cap. 9. nochmals bestätigt hat. S. Jac. Henr. BORN Diss. de poenis libertor. ingrator. apud Romanos. Lips. 1758. §. XV. in fin.

blosen Verlust der Civität geknüpft ⁸⁹⁾). Immerhin konnte also Justinian zur Ehre der freien Geburt die servitus poenae aufgehoben haben, *non enim liberam conditionem*, sagt er, *in servilem statum mutamus, qui, ut eorum, qui antea servi fuerunt, manumissores essemus, operam dedimus*; darum war ja die damit verknüpfe Folge der Confiscation noch nicht aufgehoben, weil diese mit jeder *capitis deminutio magna*, also auch mit dem Verlust der Civität verbunden war. Es steht demnach mit der in der Novelle 22. geschehenen Aufhebung der servitus poenae in gar keinem Widerspruch, wenn der Grunds z des alten Rechts, nach welchem jede Capitalstrafe die Confiscation zur Folge hatte, sich auch noch in dem neuesten Justinianischen Rechte findet. Justinian ⁹⁰⁾ hat ihn blos dahin ge-

89) *L. i. pr. de bonis damnator.* (XLVIII. 20.)

90) *Novell. CXXXIV. Cap. 13.* Sancimus, si illi, qui ob crimin , in quibus leges publicationem vel mortem definit, accusantur, convicti, vel condemnati: ne illorum facultates magistratibus, vel eorum cohortibus lucro cedant, sed neque secundum veteres leges fisco deferantur: verum, si descendentes habeant, illi bona habeant, exceptia iis, quas per id crimen ad eos venerunt. Si nulli descendentes adsint, sed ascendentes usque ad tertium gradum, illi ea habeant. Si ita condemnati uxores habeant, omnibus modis iubemus, ut illae et dotem et donationem propter nuptias accipient. Quodsi etiam sine dote eiusmodi personis cohabitant: legibus nostris definitam partem ex tota condemnati substantia accipient, sive liberos habeant, sive non. Si is, qui deliquit, neminem ex ante dictis habeat, tunc fisco substantiam illam deferri volumus. In illis autem, qui ob crimen laesa Majestatis con-

mildert, daß das Vermögen derjenigen, welche wegen eines Verbrechens, worauf die Gesetze die Todesstrafe oder die Confiscation androhen, verurtheilt worden sind, nicht sogleich an den Fiscus fallen, sondern dasselbe, wenn der Verurtheilte Descendenten hat, diesen, und zwar ohne Unterschied des Grades, -wenn aber deren keine vorhanden sind, den Ascendenten desselben, jedoch diesen nur bis zum dritten Grade, überlassen werden, und diese dem Fiscus vorgehen sollen. Hinterläßt ferner der Verurtheilte eine Ehefrau, so soll diese ihre dos und donatio propter nuptias auf jeden Fall behalten; hat sie hingegen keine dos eingebracht, so soll sie wenigstens ihr gesetzliches Erbrecht, soweit ihr, ein solches zu

demnati sunt, veteres leges servari iubemus. Irnerius hat in der *Auct. Bona damnatorum Cod. de bonis proscriptor.* (IX. 49.) den Sinn der Novelle ganz entstellt. Sie wird darin ganz gegen die Absicht des Gesetzgebers und die klaren Worte des Gesetzes auch auf die Seitenverwandten bis zum dritten Grade ausgedehnt. Den Irrthum hat *Ant. MATTHIAS de criminibus ad Libr. XLVIII. Tit. 18. Cap. 2. S. 2. pag. 766. (Vesaliae 1672. 4.)* aus seiner Quelle gezeigt. Man sehe auch meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. § 64. S. 276. Zwar hat *Hieron. ELENUS Diatribar. seu Exercitation. ad ius civ. Lib. II. Cap. 23. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. II. pag. 1449.)* die Integrität und den Vorzug der Auct. vor der Novelle darzuthun versucht; aber aus nichtigen Gründen. Man sehe vielmehr *Ant. FAZZA de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iur. Decad. LXXIII. Err. 5.* Die irrite Meinung derjenigen, welche die Novelle 134. auch bey Descendenten bloß auf den dritten Grad beschränken wollen, habe ich in meiner *Erörtert. der Lehre von der Intestaterbsfolge* §. 162. S. 517. §. (Der 2. Aufl.) widerlegt.

steht⁹¹), gestend machen dürfen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Verurtheilte Kinder hinterläßt, oder nicht. Erst wenn von allen diesen Personen keine vorhanden ist, soll das Vermögen des Verurtheilten an den Fiscus fallen. Nur in dem Falle, daemand wegen des Verbrechens der beleidigten Majestät d. h. hier wegen Hochverraths, verurtheilt worden ist, soll es beynt ältern Rechte bleiben. Daß hier blos von stillschweigenden Confiscationen die Rede sey, welche in Gefolge der Verurtheilung zu Capitalstrafen eintreten, und nicht von denen, die ausdrücklich zum Vortheil dritter Personen angeordnet sind, wie z. B. der Entführten beym criminē raptus⁹²), oder der Kinder beym Incest⁹³), liegt schon in den Worten des Gesetzes. Daß auch das Gesetz nur von einer totalen Vermögens-Confiscation, nicht von einer blos theilweisen rede, erscheint daraus, weil bei der letztern von jeher keine Berücksichtigung der Angehörigen Statt fand⁹⁴). Ob aber nach dieser Novelle die zu einer Capitalstrafe verurtheilten Verbrecher auch testieren können, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere⁹⁵) wollen dieses aus dem Grunde behaupten,

91) *S. Nov. CXVII. Cap. 5.* und *Jo. LEONCLAVIUS Notator. Lib. II. Notat. CCLXXIII.* (in *Th. iur. Rom. Octon.* Tom. III. pag. 1560.)

92) *L. un. C. de raptu virg.* (IX. 13.)

93) *Nov. XII. cap. 1.*

94) *L. 1. §. 3. D. de bonis damnator.* *CALLISTRATUS libro I. de iure fisci et populi.* Liberis eius, cui pars dimidia duntaxat bonorum ablata est, partes non dantur, idque et divi Fratres rescripserunt.

95) *Henr. HAHN Observation. theor. pract. ad Wesenbe- cium. Lib. XXVIII. Tit. 1. Nr. XIII. ad vv. Quorum*

weil nun der ganze Grund, warum sie nach dem Civilrecht nicht testiren konnten, wegfallt. Denn so wie durch die Novelle 22. Kap. 8. die servitus poenae, so sey durch die Nov. 134. Kap. 13. mit der Confiscation auch die Ursach derselben, nämlich die capitis deminutio, aufgehoben worden. Allein daß diese Meinung sich nicht vertheidigen lasse, hat schon Lüder Mencken⁹⁶⁾ sehr gründlich gezeigt. Die Folgen der Capitalstrafe, daß sie, wenn sie auch nun keine Servitut mehr, doch wenigstens immer noch den Verlust der Civität zur Folge hat, und daher mit einer Confiscation des Vermögens verbunden ist, hat Justinian keinesweges aufgehoben, sondern die letztere blos aus besonderer Begünstigung der Descendenten, Ascendenten⁹⁷⁾ und Ehefrauen dahin beschränkt, daß diese dem Fiscus vorgehen sollen. Da dieselben also nicht als Erben in das Vermögen des Ver-

utramque pag. 259. Helf. Utr. HUNNIUS Var. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Qu. 10. Sim. van LEUWEN Cens. for. Lib. III. Cap. 3. pr. 7. Sam. de COCCOJI iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVIII. Tit. 1. Qu. 1. u. m. a.

96) Diss. de testamenti factione damnatis ad mortem iure civ. denegata. Lips. 1694. Th. IV—IX.

97) Schon in früheren Verordnungen der Kaiser, z. B. eines Hadrians, Gratians, Valentinians II. und Theodosius I., desgleichen eines Theodosius II. und Valentian III. wurden die Descendenten, und Ascendenten des Verurtheilten in Rücksicht der Confiscation bald mehr, bald weniger begünstigt. *L. 7. D. de bonis damnat. L. 8—10. Cod. Th. de bonis proscriptor. L. 8. et 10. C. Just. eodem. (IX. 49.) S. Marzoll angef. Abb. S. 57—62. und meine Erort. der Intestaterfolge §. 85. S. 290. f. der 2. Aufl.*

urtheilten succediren, sondern blos aus Rücksichten der Milde dem Fiscus vorgehen sollen, folglich das ihnen bleibende Vermögen blos dem Gesetz als eine Wohlthat zu verdanken haben; so kann sich der Verurtheilte um so weniger zur Errichtung eines Testaments für berechtigt halten, als ihm das Recht zu testiren dadurch nicht zurückgegeben worden ist, welches ihm wegen der mit der Strafe verknüpften Capitis-Deminution ohnehin gar nicht zustehen kann. Die durch das Gesetz begünstigten Personen treten vielmehr in die Stelle des Fiscus ein, und erhalten das Vermögen mit denselben Rechten und Pflichten, die der Fiscus haben würde, wenn er selbst das Vermögen des Verurtheilten einzöge. Er kann also zum Nachtheil der Begünstigten sich eben so wenig einer Disposition über sein Vermögen anmassen, als wenn der Fiscus das Vermögen selbst für sich behielte⁹⁸⁾). Diese Meinung wird auch von den meisten Rechtsgelehrten⁹⁹⁾ angenommen.

Eine andere Frage ist, ob das Röm. Recht noch jetzt gelte, oder nicht vielmehr durch das deutsche Criminalrecht abgeändert worden sey? Eine streitige Rechtsfrage, noch streitiger, als die vorhergehende. Mehrere

98) S. besonders MAREZOLL. S. 67—70.

99) *Ant. MATTHAI de criminibus ad Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 2. §. 5.* pag. 768. sq. *Hug. DONELLUS Comment. de iure civ. Lib VI. Cap. 16. §. 28.* pag. 400. sq. (Vol. III. edit. noviss. Norimb. 1807. 8.) *Reinh. BACHOV Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. II. Disp. X. Th. II. Lit. H.* pag. 527. sp. *Ulr. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 12. §. 7.* *Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. et Interpret. juris Decad. LXXIII. Err. 2. et 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. u. a. m.*

angesehene Rechtsglehrten¹⁰⁰⁾ behaupten, daß römische Recht gelte noch jetzt. Allein diese Meinung ist mit Recht zu verwerfen, weil das Römische Recht durch den Art. 218. der Peinl. Gerichtsordnung Carls V. abgeändert worden ist. Denn so verschieden auch dieser Artikel von den Criminalisten erklärt wird¹⁾, so ist man doch jetzt wenigstens darin einverstanden, daß dadurch die stillschweigende Confiscation, die nach dem Röm. Rechte Folge einer jeden Capitalstrafe war, aufgehoben sey²⁾. Sie soll nicht blos zum Besten der Descendenten und Ascendenten aufhören, wie sie Justinian in der Novelle 134. Kap. 13. gemildert hatte; nein, sie soll überhaupt der Regel nach aufgehoben

100) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. pag. 717. sqq. *Gul. Hieron. Brückner Progr. de confiscatione bonorum in delictis. Jenae 1707. rec. 1735. circ. fin. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 787. §. 657. der 3. Außg. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 470. und Valett Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Band. §. 959.*

1) *S. de Bozemer Meditation. in Const. Crim. Carolin. ad Art. CCXVIII. und Eiusdem Observation. select. ad Carpovium Quaest.-CXXXV. Obs. 3. pag. 117. sqq. Nic. Ge. Bern. de Loewenstein Progr. de bonorum publicatione in suppliciorum consequentiam nemesi Carolina sublata, ad interpretandum Art. CCXVIII. C. C. C. Baetzvü 1776. 4. Ott. Dav. Henr. Bömann Progr. ad Art. CCXVIII. C. C. C. Goettingae 1783. 4. und Car. Frid. Walch Glossar. Germ. interpretat. C. C. C. inserviens. Introd. in lection. C. C. C. §. 5. pag. 8—11.*

2) *S. von Quistorp Grds. des peinl. Rechts. 1. Th. §. 76. von Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 153. der 10. Außg. Littmann Handb. des gemeinen deutschen Peinl. Rechts. 1. Th. §. 77. Not. 5. u. a. m.*

ben seyn. Sie soll nach der richtigern Erklärung³⁾ nur bey dem Verbrechen der beleidigten Majestät, worunter K. Carl V. auch den Hochverrath versteht, und in den Fällen Statt finden, wo sie die Gesetze ausdrücklich mit der Todesstrafe verknüpft haben, das heißt hier Leib und Gut verwirken⁴⁾. Daher behaupten jetzt die meisten Rechtsgelehrten⁵⁾, daß auch zum Tode

3) S. Joh. Christ. Koch's Vorrede zu seiner Ausgabe der Hals- oder Peinl. Gerichtsordnung Carls V. §. 9. S. 36 — 42. Gall. Alloys Kleinschrodt's syst. Entwicklung der Grundbegriffe und Ordwahrh. des Peinl. Rechts. 3. Th. §. 66 und 67. Salchow Darstell. der Lehre von Strafen und Verbrechen. 1. Bd. §. 147. S. 298.

4) WALCH Glossar. Germ. interpretat. C. C. C. inversiens. voo. *Leib.* pag. 362. sqq. Es verdient hier die lateinische Uebersetzung von Ge. Remus Nemesis Karolina. *Herbornae Nassov.* 1600. 8. einen Platz. Sie lautet Cap. 218. §. 6. pag. 195. folgendermaßen: *Denique indices gravissime delinquent, cum extra laesae majestatis crimen, ob delicta alia capitali suppicio, non autem bonorum confiscatione plectenda sontes puniant, damnatorumque bona in aerarium redigunt. Unde eorum uxores et liberos, illa dote, his patrimonio exspoliatis, ad summam miseramque paupertatem recidere oportet.*

5) Lüd. MENCKEN Diss. cit. §. XXVII. sqq. Jo. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXVIII. §. 28. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. XXIX. de BOEHMIS Meditation. ad Art. CCXVIII. C. C. C. §. 8. pag. 955. Just. Claprosth von Testamenten und Codicissen §. 6. S. 52. der 2. Aufl. Car. Christph. HOFACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1254. Chr. Aug. GÜNTHER Princ. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 716.

Qui testam. facere possunt; et quemadmod. etc. 97:

verurtheilte Verbrecher, sie mögen Kinder haben, oder nicht, testiren können, sofern das Verbrechen kein solches ist, mit welchem die Gesetze ausdrücklich die Confiscation verbunden haben.

S. 1407. a.

Testamente deret, welche sich noch in der väterlichen Gewalt befinden.

Ausgeschlossen von der activen Testamentifaction sind ferner

6) diejenigen, welche sich noch in der väterlichen Gewalt befinden⁶⁾, sofern sie kein solches Vermögen besitzen, in Rücksicht dessen sie als gewaltfreie Personen angesehen werden. Qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, so lehrt schon Justinian in seinen Institutionen⁷⁾, und in einer Constitution vom Jahre 531.⁸⁾ sagt er: Nullo etenim modo filiisfamilias, cuiuscunque gradus vel sexus, testamenta facere permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiisfamilias, nisi in certis

not. d. Chr. FRID. MÜLLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. III. §. 461. not. g. von Hartig'sch Erbrecht. §. 21.

6) Ger. JOTTER BRAACK Diss. de testamento filiisfamilias. GROENING. 1754. 4. CAR. AUG. RINGEL Diss. de iure testandi, quod competit filiofamilias, praes. ERN. GOTTFR. CHRIST. HÜGEL def. WÜTTEMBERGAE 1806. 4. und CHRIST. NIC. SCHUMACHER Diss. de exclusione filiorumfamilias a testamenti factione, speciatim quoad bona adventitia extraordinaria. GOETTINGAE 1781. 4.

7) PR. J. QUIB. non est permis. fac. testam. (II. 12.) S. auch L. 16. D. h. t.

8) L. 11. C. Qui testam. fac. poss. (VI. 22.)

Glück's Erläut. d. Pand. 34. Th.



casiibus, testamenta facere nullo modo concedit. Das von einem filiusfamilias errichtete Testament ist daher, und bleibt ungültig, wenn er auch als homo sui iuris gestorben wäre, wie Modestinus libro V. *Randectarum*⁹⁾ lehrt. Den Grund, warum ein filiusfamilias nicht testieren kann, glaubt man insgemein in dem Gesetz der 12 Tafeln: *Paterfamilias uti legassit, ita ius esto*, gefunden zu haben. Indem also das Gesetz nur dem Paterfamilias das Recht zu testieren gestattet, so folgert man daraus, daß dieses Recht einem filiusfamilias nicht zustehen könne¹⁰⁾. Allein daß der Zusatz *Paterfamilias* unächt sey, ist nun wohl als entschieden anzusehen¹¹⁾. Es fällt mithin auch der darauf gebauete Grund von selbst weg. Kein einziger der

9) L. 19. D. h. t. Eben so Justinian pr. J. cit. in fin. *Tacophilus* in *Paraph. graec.* Tom. I. pag. 361. (Der Reich. Ausg.) macht hierbei die Bemerkung: γὰρ ἀεὶ οὐ μόνον τὸν κατόπιν τῆς τελευτῆς, ἀλλὰ καὶ τὸν τῆς ποιήσεως τῆς διαδίκησης εἰς ἐκατέρῳ χρόνῳ παρῆσταινε σῆκτε τοῦ διατίθεσθαι, i. e. Spectamus enim semper non modo tempus mortis, sed et confectionis testamenti, an utroque tempore testandi licentiam habuerit.

10) *Franc. Duarenus* Comm. ad h. Tit. Pand. Cap. 2. *Ant. FABER* Jurispr. Papinian. Tit. II. *Princ. V.* Illat. 1. pag. 47. *de Rets Miscellaneor.* Lib. I. Cap. 22. nr. 8. (Tom. VI. *Thes. Meerman.* pag. 73.) *HEINSCHIUS Antiquitat. Rom.* Lib. II. Tit. 10. 11. 12. §. XVIII. u. a.

11) S. Erb Unächtheit des *Paterfamilias uti legassit* in den 12 Tafeln, in *Hugo civilist. Magazin* IV. Band. Nr. XV. S. 462 — 483. und *Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der 12 Tafel-Fragmente.* Kap. 11. Tab. V. Fragm. 5. pag. 329. ff.

juristischen Classiker¹²⁾ , welche das Gesetz der 12 Tafeln anführen, weiß von diesem Worte. Ja würden sich nicht die Röm. Juristen auf dieses Gesetz, als einen eben so unwiderrücklichen wie unwandelbaren Beweis, vor allen andern berufen haben, um damit den Satz, daß ein filiusfamilias nicht testieren könne, zu begründen, wenn der Zusatz Paterfamilias ächt wäre? Und würde man nicht, wenn das Wort paterfamilias in den 12 Tafeln gestanden hätte, Frauenspersonen von dem Rechte zu testieren ausgeschlossen haben, welche doch, wenn sie nur sui iuris waren, obwohl tutore auctore, testieren konnten¹³⁾? Einen ganz andern Grund, warum ein filiusfamilias nicht testieren könne, geben die Römischen Juristen an. Ulpian¹⁴⁾ sagt: *Filiusfamiliae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit.* Eben diesen Grund führt auch Theophilus¹⁵⁾ an, wenn er sagt: *πρεγούσιος γάρ οὐ δύναται διατίθεσθαι. ἐπειδὴ διαδίκην*

12) Man vergleiche ULPIAN. *Fragm. Tit. XI.* §. 14. GAIUS *Institut. Comm. II.* §. 224. POMPONIUS *L. 120. D. de Verb. Signif. Instit.* JUSTINIAN. *Lib. II. Tit. 22. pr.* Justinian führt in der *Nov. XXII. Cap. 2.* das Gesetz der XII Tafeln mit den Worten an: *Uti legassit quisque de rebus suis, ita ius esto.*

13) GAIUS *Inst. Comm. II.* §. 118. ULPIAN, *Fragm. Tit. XX.* §. 15. G. Dernburg's Beiträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Kap. IV. S. 266—301. und Schilling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 375. Vergl. auch den 33. Th. dieses Commentars S. 1404. d. S. 406 ff.

14) *Fragm. Tit. XX.* §. 10.

15) *Paraphr. graec. Instit. Lib. II. Tit. 10. §. 9. (Tom. I. pag. 340. edit. Reitz.)*

εστὶ τῶν ὄντων διατύπωσις, οὐ γομίζεται δὲ τι ἔχειν
διάπεξούσιος ἐν πληρεστάτῃ εἶσουσιᾳ, ὅστε πράττειν
ἀβούλεται ἐπ' αὐτῷ. i. e. *Alieni enim iuris qui est, testari non potest, quoniam testamentum est rerum suarum ordinatio, verum, qui alieni iuris est, haud creditur quidquam in plenissima habere potestate, ita ut, quae velit, in eo facere possit.*
Denselben Grund, warum ein filiusfamilias nicht testieren könne, wiederholt Theophilus nochmals an einem andern Orte¹⁶⁾), wo es heißt: ἐπειδὴ διαδῆκη ἐστὶ τῶν ὄντων διατύπωσις διάπεξούσιος δὲ οὐ δύναται,
ὅς βούλεται, τὰ οἰκεῖα διατυποῦν. — *filius autem familias res suas, ut vult, ordinare nequit.* Es ist wohl unverkennbar, daß Theophilus hierbei an das Gesetz der XII Tafeln: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*¹⁷⁾), wie sie uns Gaius¹⁸⁾, und Pomponius¹⁹⁾ angeben, gedacht, und also den angeführten Grund aus den Gesetzen der 12 Tafeln hergeleitet

16) Lib. II. Tit. 12. Pr. pag. 358.

17) Wenn Ulpian *Fragm. Tū. XI. §. 14.* das Gesetz vollständiger so darstellt: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei;* so werden die Worte *suae rei* nicht von *pecunia tutelave*, sondern von *legassit* construit. Denn die Redensart *legare suae rei*, für *legem dicere suae rei* ist bekannt. Die Worte *super pecunia tutelave* sind also nur als ein Zwischenfaß zu betrachten, wodurch das *suae rei* näher bestimmt wird, und welche soviel sagen wollen: sive *super pecunia* (Vermögen) sive *super tutela*. S. vorzüglich Schilling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte S. 97. Not. 228. Man vergleiche damit den 29. Th. des Commentars §. 1505. Not. 99. S. 205.

18) L. 120. D. de Verbor. Signif.

19) Instit. Comm. II. §. 224.

habe. Gewiß würde *Theophilus* auf das Wort *paterfamilias* ein größeres Gewicht gelegt haben, als auf *suae reti*, wenn jenes in den 12 Tafeln gestanden hätte. Aus diesem erscheint soviel, daß der Grund der Testamentsunfähigkeit bei Familien-Kindern ursprünglich in der Strenge der väterlichen Gewalt lag, vermöge welcher sie kein *suum* hatten, worüber sie hätten testiren können. Denn nach dem Familien-Recht war es nur, wie *Ulpian libro XLVI. ad Edictum*²⁰⁾ lehrt, der Paterfamilias allein, qui in domo dominium habet, nämlich über das zur Familie gehörige Vermögen²¹⁾. In der Folge konnte nun zwar der filiusfamilias eigenes Vermögen erwerben, man hätte also glauben sollen, der Grund, warum der filiusfamilias kein Testament machen kann, wäre nun weggefallen. Dennoch dauerte die Testamentsunfähigkeit fort, weil der alte Gesichtspunct doch nicht gänzlich wegfiel. Denn soviel die bona adventitia des Haussohns betrifft; so wird dem Vater selbst vom Kaiser Constanti²²⁾ ein solches Verwaltungsrecht in Ansehung derselben zugeeignet, als ob solidum perfectumque dominium ei acquisitum fuisset. Galvani²³⁾ nennt es nicht unpassend ein dominium patri iure familiae competens. Stand auch die Proprietät davon dem Kinde zu, so war sie doch dem Sohne kein solches *suum*, daß er darüber hätte ein Testament

²⁰⁾ L. 195. §. 2. De de Virg. Signis.

²¹⁾ Zimmer's Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. S. 179. G. 659.

²²⁾ L. 1. C. de bonis matern. (VI. 66.)

²³⁾ De usfructu Cap. VIII nr. 6. G. den 14. Th. des Commentars S. 909. G. 372.

errichten können. Es galt, so lang der Sohn noch in der väterlichen Gewalt war, gewissermassen für einen Theil des väterlichen Vermögens. Daher gab es auch der Vater bey dem Census als sein Vermögen an. So erkläre ich mir, wenn R. Justinian in der L. 7. G. *Qui bonis cedere poss.* (VII. 71.) den filiusfamilias die cessio bonorum gestattet, cum possint habere substantias, quae patribus acquireti vetitas sunt, und sogar des peculii castrensis namentlich gedenkt; aber dennoch sagt: etsi nihil in suo censu hi, qui in potestate parentum sunt, habeant. Das peculum castrense war freylich das einzige, und das späterhin ihm nachgebildete quasi castrense, worüber dem filiusfamilias zu testiren in kaiserlichen Constitutionen gestattet wurde; allein bediente sich der Sohn seines Rechts nicht, so fiel nach dem ältern Rechte des ohne Testament verstorbenen Sohnes castrensis Vermögen dem Vater, der dessen nur bedingt entbehrte, postliminii cuiusdam similitudine, wie Tryphonin²⁴⁾ sich ausdrückt, nicht als Erbschaft, sondern quasi peculum anheim, als wenn er von Anfang an umumschränkter Eigenthümer geblieben wäre²⁵⁾, retroque videatur ha-

24) L. 19. §. 3. in fin. D. de castrensi peculio. (XLIX. 17.)

25) L. 3. §. 10. D. de minor. L. 1. au. 9. 14. et 27. pr. et §. 1. D. de castr. pec. S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterfolge. §. 68. der 2. Aufl. MÜHLENBACH Observation. juris Rom. Specim. I. (Regiomonti 1818. 8.) Cap. I. nr. 11. pag. 28. seqq. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 187. S. 687. Vergl. noch Jos. Fernand. de Ratras Opusc. Lib. V. Cap. 9. und den 2. Th. dieses Commentars §. 139; S. 208. u. §. 256. S. 254. f.

buisse rerum dominia. Der Vater erwarb also nicht das peculum castrense des Sohnes²⁶⁾, sondern es blieb nun bey demselben²⁷⁾. Denn er war schon bey Lebzeiten des Sohns Eigenthümer, nur daß sein Eigenthum so lange der Sohn lebte, und noch ungewiß war, ob sich derselbe nicht seines Rechts, darüber zu testiren, bedienen werde, ohne Wirkung²⁸⁾. Nur der Sohn könnte über dieses Peculum, als unumschränkter Eigenthümer, gerade so, wie ein paterfamilias, disponiren²⁹⁾, ohne daß ihn der Vater daran hindern, oder durch eigne Verfugungen eingreifen durfte³⁰⁾. Der Vater konnte zwar solche Geschäfte in Unsehung desselben vornehmen, die dem Sohne vortheilhaft waren, z. B. Güter desselben von den darauf lastenden Servituten befreien³¹⁾;

26) *L. 1. §. 22. D. de collat. honor.* (XXXVII. 6.) non enim nunc acquiritur, sagt derselbst Ulpian, sed non admittitur.

27) *L. 5. C. de castr. pec.* (XII. 37.) Intelligis filio, qui militavit, defuncto, so rescribiten die RR. Diocletian und Maximian, peculum eius penes patrem remansisse, non hereditatem patri quaesitam.

28) *S. Jos. Fernand. de Rets Opusc. Lib. V. Cap. 6.*
(in *Thes. Meerman. Tom. VI.* pag. 256. sqq.)

29) *L. 2. D. de SCto Maced.* *L. 15. §. 3.* *L. 18. §. 4. et 5.*
D. de castr. pec. (XLIX. 17.)

30) *L. 4. §. 2.* *L. 5. 6. 10. 12. D. de castr. pec.* *L. 2. et 3.*
C. eodem. Hierauf bezieht sich auch, wenn *JUVENALIS Satyr. XVI.* v. 51 — 54. sagtes:

Solis praeterea testandi militibus ius
Vivo patre datur: nam quae sunt parta labore
Militiae, placuit non esse in corpore census;
Omne tenet cuius regimen pater.

31) *L. 18. §. 5. D. de castr. pec.*

andere hingegen konnten nur, jedoch rückwärts, gültig werden, insofern der Sohn von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hatte³²⁾. Das peculum castrense war also nur insofern ein *suum* des *filiusfamilias*, als er von dem ihm gestatteten Rechte darüber zu testiren wirklichen Gebrauch mache³³⁾. Man sieht hieraus, daß es hier mehr um Begünstigung des Soldatenstandes, als um Beschränkung der väterlichen Gewalt zu thun war³⁴⁾. Denn starb der Sohn ohne Testament, so stach der Character des alten Peculiums recht sichtbar hervor, in dem nun das castrense peculum dem Vater als peculum verblieb. Nam cum apud patrem remanet, sagt Paulus, *libro XI. Quaestionum*³⁵⁾, *IUS PRISTINUM durat, et PECULIUM est.* Allein auch selbst, wenn der Sohn testirte, zeigten sich noch unverkennbare Spuren davon. Denn so wurde Erstens der in dem Testamente desselben eingesetzte Erbe nicht als eigentlicher heres betrachtet, sie ward dem Erben nur als eine quasi *hereditas deseripta*, es mochte der Vater, oder ein Fremder zum Erben eingesetzt seyn. Ulpian sagt *libro IV. Disputationum*³⁶⁾: *castrense peculum filii familias,*

32) *L. 18. §. 1. D. eodem. L. 44. pr. D. de legat. XXX.*

L. 98. § 3. D. de solut. (XLVI. 3)

33) *S. Erb angef. Abhandl. in Hugo civil. Magaz. IV. S. 472.*

34) *L. 10. pr. D. ad Sct. Tertull. et Orphit. (XXXVIII. 17.)*

Magis enim iudicio militum hoc beneficium concessum est, sagt daselbst Pomponius, *non ut omnimodo quasi patres familiarum in ea re sint.* Man vergl. über diese Stelle vorzüglich MÜHLENBAUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 302.

35) *L. 18. pr. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.)*

36) *L. 9. pr. D. de castr. pecul.*

si quidem testatus decessit, quasi hereditatem defiri heredi scripto, sive extraneum scripsit heredem, sive patrem. Sed cum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur. Eben so sagt Ulpian quidem libro LXVII. ad Edictum³⁷⁾: Si filiifamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculum patri deferuntur: si autem testamento facto, hic³⁸⁾ pro hereditate habetur castrense peculum. Daß der eingesetzte Erbe ein Universal-Successor sey, war wohl ausser Streit³⁹⁾; nur das scheint unter den Röm. Juristen zweifelhaft gewesen zu seyn, ob er für einen prätorischen Successor zu halten, oder ob er kraft der Constitutionen per universitatem succedire⁴⁰⁾. Für das Letztere erklärte sich jedoch die herrschende Meinung.

37) L. 2. D. eodem.

38) Hic, id est, hoc in casu, patre scil. herede scripto, et hereditatem adeunte. S. de Regis c. I. Lib. V. Cap. 8. nr. 2.

39) Der successor des filiifamilias militis war daher, wie ein Erbe, zu allen Schulden verbunden, während sein Vater, wenn der Sohn ohne Testament starb, nur peculiotenus und nach dem prätorischen Rechte nur ein Jahr für die Schulden haftete. L. 17. pr. D. de castri pec. PAPINIAN. libro II. Definitionum. Pater, qui castrensq peculum intestati filii retinebit, aes alienum intra modum eius, et annum utilem iure praetorio solvere cogitur. Man verbinde damit die L. 1. D. Quando dg. peculio actio annalis est. (XV. 1.)

40) G. MÜHLENBRUCH Observation: iur. Rom. Spec. I. Cap. 1. pag. 31. Passus über Universitas iuris und rerum, im Archiv für die civilist. Praxis 5. Band. S. 48. und 69.

Dies erscheint aus der Neusserung Ulpian's, welcher libro XIX. ad Edictum⁴¹⁾ sagt: *Si filiusfamilias militis peculum sit, fortius defendi potest, hereditatem effectam per constitutiones.* Man räumte daher auch dem Successor die Rechte und Rechtsmittel eines Erbilerben (nicht blos eines prätorischen) ein. Z. B. das iudicium familiae exercitūndae, welches Ulpian a. a. D. anführt, ferner die hereditatis petitio. *Filiisfamilias militis*, sagt Paulus libro XX. ad Edictum⁴²⁾, *PUTO peti posse hereditatem ex testamento nobis obvenientem*, und Papinian sagt libro II. Definitionum⁴³⁾: *Si testamento scriptus heres existiterit, perpetua cīvilitē ut heres convenietur.* Das peculum castrense, worüber der filiusfamilias

42) L. 34. princ. D. de hereditat. petit. (V. 3.)

43) L. 17. pr. D. de castr. pecul. Papinian spricht hier eigentlich vom Vater. War dieser von seinem Sohne zum Erben eingesetzt worden, so hafte er für die Schulden des Sohnes nach dem Civilrechte, und also nicht blos, wie wohl ihm das peculum iure patriæ potestatis geblieben wäre, ein Jahr lang, sondern er konnte actions perpetua belangen werden. Schlug der Vater die Erbschaft ex testamento aus, um den Nachlass quasi ab intestato, nämlich iure peculii, zu erhalten, so konnten die Legationen zwar ex Edicto *si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* gegen den Vater klagen, und zwar perpetuo, nicht blos binnen einem Jahre, allein doch nur insoweit als das peculum castrense zu reichte, wie Papinian L. 17. cit. §. 1. sagt. Man vergleiche Jos. Fern. de Rets Opusc. Lib. III. ad L. ult. D. ad Leg. Falcid. (in Thes. Meerm. Tom. VI. pag. 281. nr. 7.)

testirt hat, ward auch Zweyten nicht fogleich nach dem Tode desselben wie eine hereditas angesehen, sondern erst dann, wenn das Testament durch die Amtierung der Erbschaft war bestätigt worden, so daß also in der Zwischenzeit die rechtliche Fiction, nach welcher sonst eine noch nicht angetretene Erbschaft die Person des Verstorbenen repräsentirt, hierbei nicht zur Anwendung kam.⁴⁴⁾ Folgende Gesetzstellen werden dieses deutlich bestätigen.

L. 18. pr. D. de stipulatione servorum. (XLV. 3.) PARINIANUS libro XXVII. Quaestionum. Si servus communis Maevii et castrensis peculii, defuncto filiofamilias milite, antequam adeat institutus hereditatem, stipuletur: socio, qui solus interim dominus invenitur; tota stipulatio quaeretur: quoniam partem non facit hereditas eius, quae nondum est. Non enim si quis heredem existere filiafamilias dixerit, statim et hereditatem eius iam esse consequens erit: cum beneficium principium constitutionum in eo locum habeat, ut filiusfamilias de peculio testari possit: quod privilegium cessat, priusquam testamentum ADITIONE fuerit confirmatum.

L. 18. pr. D. ad legem Falcidiam. PAULUS libro XI. Quaestionum. Filiusfamilias, qui mili-

44) G. n. Jas. Fern. de Retes Opusc. Lib. V. Cap. 7. (Thes. Meerm. Tom. VI. pag. 262. sqq.) und Schil-ling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. S. 368. Anderer Meinung ist jedoch Gregor. Majansius in Diss. de hereditate iacente. §. 20. (in Eius Disputation. in-ris civ. Tom. II. Nr. XXXVI. pag. 49. sqq.)

taverat, decedens patris sui fidei commisit codicilis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret. Quaerebatur, an ut heres quartam deducere possit? Dixi, legem Faleidianam inductam esse a Divo Pro etiam in intestatorum successionibus propter fideicomissa: *sed in proposito nec hereditatem esse: quamvis placeret mihi; extraneo herede instituto⁴⁵), fieri hereditatem aditione eius.*

Der Grund, warum das castrense peculium nicht sogleich nach dem Tode des filii familias wie eine Erbschaft angesehen wurde, sondern erst dann, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus dem Testamente antrat, war, damit das peculum, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlug, wieder an den Vater zurückfallen könnte. Denn hatte der Sohn testiert, so mußte das Eigenthum des Vaters an dem Peculium des Sohnes aufhören. Eine Fortdauer desselben nach dem Tode des Sohnes, während der Erbe deliberte, konnte darum nicht ange-

45) *Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XI. Prince. IX.*
Illat 5. pag. 657. will aus den Wörtern: *extraneo herede instituto* folgern, Paulus sey in dem Falle, da der Vater zum Erben eingesetzt worden, anderer Meinung gewesen, als Ulpian *L. 9. D. de castri pec.* und giebt der Meinung des Paulus den Vorzug, weil ja dem Vater schon das Eigenthum des peculii castrensis iure patriae potestatis zustehe, und also nicht durch die Adtion erwerben könne, was schon Sein ist. Allein wie unrichtig hier des großen Fabers Ansicht sey, hat *de Ratis Opusc. Lib. V. Cap. 8. nr. 9. et 10. pag. 267. sq.* gezeigt. Vorzüglich aber ist zu vergleichen *Jac. Cujacii Comment. in Libr. XII. Quaestions Pauli ad h. L. 18. (Oper. posthum. a FABRO editor. Tom. II. pag. 2149.)*

nommen werden, weil man dann hätte sagen müssen, der Erbe, wenn er nachher die Erbschaft antritt, erhalte das Eigenthum der zum Peculium gehörigen Sachen nicht vom Testator, sondern vom Vater, welches ungereimt gewesen wäre. War also auch in der Zwischenzeit, wo der eingesetzte Erbe deliberte, noch keine Erbschaft vorhanden, so nahm man doch, wenn der Sohn einen Erben im Testamente ernannt hatte, wenigstens eine wahrscheinliche Erbsfolge an, die noch zu hoffen war, und neben welcher also das Eigenthum des Vaters nicht fortbestehen konnte. Wenn nun aber das peculium castrense nach dem Tode des Sohnes weder dem Vater gehörte, noch als eine hereditas angesehen werden konnte, solange sie der Erbe noch nicht angetreten hatte, blieb nun dasselbe darum ohne Eigenthümer? Mein, man fingirte ein peculium castrense iacens mit demselben Rechte, welches die hereditas iacens einer patrisfamilias hatte. Nun ging nichts verloren, was während der Deliberationszeit etwa durch einen servus castrensis dem Peculium zuwuchs. Es blieb in suspenso, bis der eingesetzte Erbe die Erbschaft antrat, oder ausschlug. Im ersten Falle gehörte der Zuwachs dem Erben, nicht anders, als ob er die Erbschaft gleich mit dem Tode des Testators angetreten hätte. In dem letztern Falle dem Vater, dem das peculium nun wieder rückwärts zufiel, als wenn der Sohn gar nicht testirt hätte. So hatte man die strengere Meinung, nach welcher sonst der ganze Zuwachs in Rücksicht des Vaters, weil der Slave während der Deliberationszeit dem Vater nicht gehörte, für nichts zu rechnen gewesen wäre, aus billiger Berücksichtigung der dem Vater schuldigen Achtung gemildert, und den Unterschied zwischen dem eingesetzten Erben, wenn

dieser die Erbschaft antrat, und dem Vater, wenn in dem entgegengesetzten Falle diesem das castrense peculium wieder anheimfiel, aufgehoben⁴⁶). Es gehören hierher folgende Gesetzstellen:

L. 14. §. 1. et 2. D. de castrensi peculio. PAPINIANUS libro XXVII. Quaestionum. Proxima species videtur, ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus interim stipulatus est, vel ab alio sibi traditum accepit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti videatur, quum in illo tempore non fuerit servus patris, quod autem ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intelligatur: ut enim hereditarius fuisse credatur, post aditam sit hereditatem⁴⁷). Sed paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam acquisitio stipulationis vel rei traditae per servum fiat⁴⁸). §. 2. Legatum, quod ei servo relictum

46) *S. de Rets l. c. Cap. 7. nr. 4—9. pag. 263.* und *Jac. Cujacii Comment. in libr. XXVII. Quaest. Papiniani ad L. 14. D. de castr. pec. (Oper. postumor. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 702. sq.)*

47) *Greg. Majansius in Diss. de peculio castrensi. §. 45.* (inter Eius Disputation. iuris civ. Tom. I. Nr. XIV. pag. 294.) hält diese Worte für keine Entscheidung des Papinianus, sondern für den Inhalt der Frage, welche Papinian in den nachher folgenden Worten: *Sed paterna verecundia etc. entscheide.* Allein die ganze Wortfassung widerspricht schon dieser Erklärung.

48) *Jac. Cujacius Comm. cit. loc. pag. 706.* meint, diese Worte seyen nicht vom Papinian, sondern eine eingeschaltete Note des Ulpianus zu Papinian, der hier nur

Qui testam. facere possunt, et quae madmod. etc. 110
est, quamvis tunc propter incertum nulli sit ac-
quisitum, omisso testamento patri tunc primum per
servum acquiretur, quum, si fuisset exemplo here-
ditatis peculio acquisitum, ius patris hodie non
consideraretur.

Daß der Vater das Legat acquirire, welches in der Zwischenzeit, während der eingesezte Erbe deliberirte, einem servus castrensis hinterlassen worden ist, wenn der Erbe nachher die Erbschaft ausschlägt, und das peculium castrense wieder an den Vater zurückkehrt, giebt hier selbst Papinian zu, wenn er auch in Rücksicht der Stipulation oder einer andern acquisitio inter vi-
vos nach den Regeln des strengen Rechts anderer Meinung war, und nur aus Achtung für den Vater der billigeren Meinung huldigte. Allein eine solche Retro-Ac-
quisition, wie bey dem Erben, wenn dieser die Erbschaft angetreten hätte, will hier Papinian bey dem Va-
ter nicht Statt finden lassen. Nein, der Vater, sagt er, erwerbe das Legat durch den Sclaven nur erst von
der Zeit an, da die Erbschaft ausgeschlagen, und daß

nicht genannt sey. Daß dies Ulpian's Meinung sey, was hier gesagt worden, erhelle aus L. 33. pr. D. de acquir.
rer. dom. Allein auch davon abgesehen, daß es schon gar nicht glaublich sey, daß die Verfasser der Pandecten hier die Note eines dem Papinian widersprechenden Rechts-
gelehrten eingeschaltet haben sollten, ohne ihn zu nennen;
so hat Ulpian, wie aus Abr. WIRLING Jurispr. resti-
tuta pag. 318. und den daselbst angeführten L. 51. s. 2.
D. de negot. gest. und L. 3. pr. D. de administ. rer.
ad civitat. pertinent. erhellet, zwar Noten zu Papi-
nian's libri Responsorum, aber nicht Quaestionum ge-
schrieben.

Testament destituit worden ist. Denn während der heres scriptus deliberirte, war noch keine wahre hereditas vorhanden, sondern, wie Tryphoninus in der nachher noch anzuführenden L. 19. §. 5. *D. de castr. pec.* sagt, nur eine imago successionis. Daher konnte das Legat, was in dieser Zwischenzeit dem servus castrensis war hinterlassen worden, wegen der Ungewissheit, ob die Erbschaft werde angetreten werden, oder nicht, Niemand acquiriren, nicht der Vater, weil sein Eigenthum durch die imago successionis war unterbrochen worden, auch nicht der Erbe, weil durch die Ausschlagung der Erbschaft das Eigenthum, was in dieser Zwischenzeit der imago successionis war beygelegt worden, erloschen war, denn es war nur ein wiederrufliches. Das Legat konnte also nun erst, nachdem das Testament des Sohnes durch die von dem eingesetzten Erben geschehene Ausschlagung der Erbschaft destituit worden war, dem Vater durch den Sclaven erworben werden, weil nun erst der Sclave wieder sein Eigenthum geworden war. Die Erwerbung konnte daher nicht retrotrahirt werden. Der Grund ist, weil in der Zwischenzeit das Eigenthum der castrensischen Sachen bey der imago hereditatis iacentis war, wäre nun angenommen worden, das Eigenthum hätte bey dem Vater nicht aufgehört, so würde dieses die Ungereimtheit herbengeführt haben, daß das Eigenthum bey zweyen zu gleicher Zeit gewesen wäre. Allein Papinian fügt noch einen andern Grund hinzu. Wäre eine wahre hereditas iacens vorhanden, so wäre das Legat, welches dem Sclaven während der Deliberationszeit war hinterlassen worden, dem Peculium unwiederruflich zugewachsen, der Erbe möge die Erbschaft antreten oder ausschlagen. Allein die imago succes-

sionis, welche in der Zwischenzeit rechtlich angenommen wird, schafft nur ein interimistisches Eigenthum, welches in der Folge entweder bestätigt oder vernichtet wird, je nachdem der eingesetzte Erbe die Erbschaft nachher entweder angetreten, oder ausgeschlagen hat. Wenn nun also der Erbe die Erbschaft ausschlägt, und das Eigenthum des Vaters an dem peculium castrense des Sohnes wieder erwacht; so kann das Recht des Vaters an dem Legate nur erst jetzt in Betrachtung kommen, weil man annimmt, in der Zwischenzeit habe dem Vater durch den servus castrensis nichts erworben werden können. So ist nun diese Stelle Papinius ganz deutlich⁴⁹⁾:

L. 33. pr. D. de acquir. rer. domia. (XLI.1.)
ULPIANUS libro IV. Disputationum. In eo, quod servo castrensi ante aditam hereditatem filiifamilias militis legatur, vel eo; quod stipulatur servus, tractatur apud MARCELLUM libro vicesimo, ex cuius persona vel stipulatio vires habeat, vel legatum? Et puto verius, quod et SCAEVOLAE videtur, et ipse MARCELLUS tractat: si quidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo: si adita non sit, ut in proprio patris esse spectanda⁵⁰⁾; et si usus-

49) G. CUSACIUS c. I. und de Rates c. I. nr. 16. pag. 265.

50) Soll es nach diesem Gesetze, im Falle der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hat, rücklichlich dessen, was dem servus castrensis während der Zeit, da der eingesetzte Erbe deliberte, vermacht worden ist, über derselbe stipulirt hat, eben so, wie bey einem eigenen Slave n des Vaters gehalten werden; so hat der Vater, wenn ihm nun das peculium castrense verbleibt, das Legat durch den servus castrensis acquirirt, als wenn er schon damals sein Eigenthum gewesen wäre... s. 3. S. Per quas per-
 Glücks Erläut. d. Band. 34. Th.

fructus fuerit huic servo relietus, modo patri videri delatum, modo heredi: nec a persona in personam creditur transisse.

L. 19. §. 5. D. de castrensi peculio. TRYPHONINUS libro XVIII. Disputationum: Quid autem, si testamentum fecerit filius, et non sit eius adita hereditas? *Non tam facile est dicere, continuatum patri post mortem filii rerum peculii dominium:* cum medium tempus, quo deliberant instituti heredes *imaginem successionis*⁵¹⁾ praestiterit: alioquin, et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur, a patre ad eum transisse proprietatem: quod absurdum est, si⁵²⁾ in pendent, ut in Caliis, et in hac

son. nobis acquir. §. 1. *J. de stipulat. servor.* Nach dieser Meinung wäre also die Acquisition zu retrotrahiren. Daher behauptet CUSACIUS in Comm. in libr. XXVII. Quaestion. Papiniani ad L. 14. D. de castr. pecul. (*Opp. postum. Tom. I. pag. 707*) dieselbe billige Rücksicht, welche Papinian L. 14. §. 1. *D. de castr. pec.* bey der *acquisitio stipulationis et rei traditiae per servum* einzutreten ließ, müsse auch bey dem legato servo castrensi relieto Statt finden, so daß der Vater das Vermächtnis nicht erst von der Zeit der ausgeschlagenen Erbschaft an, sondern gleich Anfangs erworben zu haben, angenommen werden müsse.

51) So liest die florentiische Ausgabe. Richtiger scheint aber die Lesart *successionis* zu seyn, welche BAUDOZA, CESCIUS, CLAUDIO CHEVALLONIUS und BECK haben. HALOANDER und MIRÄUS lesen *successori.*

52) Mehrere Ausgaben lesen hier nisi, z. B. BAUDOZA, HALOANDER, CHEVALLONIUS, MIRÄUS und MERLINUS, und dieser Lesart giebt die Glossen den Vorzug. Eben so ANTON. FABER JURISPR. PAPINIAN. TIT. XI. PR. IX. II-

specie habeamus dominia, ut ex facto retro fuisse, aut non fuisse patris credamus. Secundum quod difficile erit expedire, si, dum deliberant heredes, dies cesserit legati servo dati istius peculii testamento eius, ex quo pater nihil capere potuisset: an id ad ipsum pertineat, cum utique ad heredem filii pertineret: facilior tamen de libertate servi delibera-
ratio est in specie, in qua intestatus filius decessisse proponitur. Non est ergo ratio respondendi, com-
petere libertatem eo tempore datam, quo non fuit in dominio patris. Favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus^{53).}

lat. 5. Greg. MAJANSIUS Diss. cit. de peculio castrensi.

§. 35. pag. 285. und POTHIER Pand. Justinian. Tom. III.

Lib. XLIX. Tit. 17. Nr. XIII. not. e. pag. 589. Allein

man sehe dagegen de Rets Opusculor. Lib. V. Cap. 7.
nr. 9. pag. 263.

55) Tryphoninus scheint hier die erste Frage nicht entschei-
den zu haben, nämlich wenn einem servus castrensis in
der Zwischenzeit, da der eingesetzte Erbe deliberirt, ein
Vermächtnis von einem solchen hinterlassen worden ist, aus
dessen Testamente der Vater das Legat nicht hätte acquiri-
ten können, und der Erbe des verstorbenen Sohnes, der
das Legat hätte acquiriren können, die Erbschaft ausschlägt,
ob nun der Vater den Sclaven mit dem peculio castrensi
erwerbe, welches jetzt an ihn zurückfällt? Cujacius in
Comm. in Lfbr. XXVII. Quaest. Papini ad L. 14. D.
de castri pec. (Opp. postam. Tom. I. pag. 707.) ent-
scheidet diese Frage bejahend, weil der Vater zu der Zeit,
da das Legat dem Sclaven anfiel, im rechtlichen Sinne noch
nicht als Herr des Sclavens könnte angesehen werden. Es
lässe sich daher auch nicht annehmen, diem legati inutili-
ter cessisse. Dies ist auch richtig. Denn das Vermäch-
tnis accrescitur während der Deliberationszeit dem Peculium,

*L. 9. in med. D. eod. tit. ULPIANUS libro IV.
Disputationum.* — Quibus ita praemissis, et in proposito dicebam, cum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse: unde posse dici, etiam aqua patris bona per hanc repudiationem.

Ulpian und Tryphonin stimmen also darin mit einander überein, daß wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, das peculum castrense wieder an

tanquam imaginis hereditatis iacentis, wie Tryphonin sagt. Das peculum castrense instar hereditatis quasi iacens repräsentirte also den verstorbenen Sohn, als wenn dieser noch Eigentümer wäre, und welcher des Legats nicht unsfähig war. Schlägt nun nachher der Erbe die Erbschaft aus, so fällt das Legat mit dem peculio castrensi an den Vater. Tryphonin ging zwar gleich, ohne Entscheidung dieser Frage, auf eine andere Frage über, nämlich ob auch der servus hereditarius die Freyheit erwerbe, wenn sie ihm vom Vater zu einer solchen Zeit gegeben wurde, wo der Slave nicht in seinem Eigenthume war. Nach dem strengen Rechte würde der Slave, die Freyheit eben so wenig erworben haben, als der Vater das dem Slaven hinterlassene Legat, wenn man denselben schon während der Deliberationszeit des eingesetzten Erben für ein Eigenthum des Vaters hätte halten wollen. Allein Tryphonin hat nachher in den Worten: *Favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus*, beyde Fälle für den Vater entschieden. S. de RIBAS c. 1. nr. 18. pag. 265. Athanas. OTBRA et OLANO Paralipomen. et Elector. iuris. cir. Lib. III. Cap. 12. nr. 31—34. (in Thes. Meerman. Tom. I. pag. 588. sq.) und POTHIER Pand. Justinian. Tom. III. Lib. XLIX. Tit. 17. Nr. XIII. not. e. g. b. pag. 589.

den Vater zurückfalle, als wenn es nie aufgehört hätte, sein Eigenthum zu seyn.

Dieses alte ius peculii des Vaters ist jedoch im neuern Rechte sowohl in Ansehung des peculii castrensis als quasi castrensis aufgehoben worden, nach welchem dieses peculum nun, wie das übrige Vermögen eines während der väterslichen Gewalt gestorbenen Kindes, iure communi vererbt wird.⁵⁴⁾

Ausser dem peculum militare, es sey von dem filiusfamilias in castris oder quasi in castris erworben, giebt es kein peculum, worüber der filiusfamilias testiren könnte. Justinian sagt pr. J. *Quibus non est permis. fac. testam.* ausdrücklich:

Praeter hos igitur, qui castrense peculum vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

In Ansehung des castrensis peculii bemerkt jedoch Justinian⁵⁵⁾ noch insonderheit, daß Anfangs der Kui-

54) S. meine Erör. der Lehre von der Intestativerfolge §. 80. der 2. Aufl. und den 2. Th. des Commentars. §. 136. S. 255. der 2. Ausg. Vergl. auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bd. 2. Abth. §. 187. a. E. und §. 188. S. 691.

55) Pr. J. cit. Quod quidem ius ab initio tantum *militantibus* datum est; tam auctoritate divi AUGUSTI, quam NERVAE, nec non optimi Imperatoris TRAJANI; postea vero subscriptione divi HADRIANI et dimissis honeste a militia, id est, veteranis, concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint. Si

ser Augustus, dann Nerva, und auch Trajan nur solchen Söhnen das Recht ertheilt hätten, über dieses

vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstribus, ad parentes eorum iure communī pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem posse adimere, neque patris creditors id venderé, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed proprium eius esse, qui id in castris adquisierit, quamquam iure civili omnium, qui in parentum sunt potestate, peculia perinde in bonis parentum computantur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis vide licet iis, quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris propter diversas causas non adquiruntur. Das
bey bemerkte ich nur, daß ULPIAN. *Fragsm. Tit. XX.*
§. 10. in Ansehung des Geschichtlichen von Justinian hier abweicht, wenn er sagt: *Sed Divus Augustus Marcus constituit, ut filius familiae miles de eo pecalio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.* Um den Ulpian mit Justinian zu vereinigen, wollen einige mit Cuius das Wort *Marcus* als ein unnützes Glossem wegstreichern, wie z. B. ANT. SCHULTING ad *Ulpianum* not. 34. in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 630. EV. OTTO *Comm. ad pr. J. Qnib.* non est permitt. fac. test. pag. 257. und *de Rets Opuseulor. Lib. V.* Cap. 3. nr. 18. in fin. Andere, wie *Marc. Aarel. GALVANUS de Usufructu. Cap. IX.* nr. 6. lesen *Magnus* statt *Marcus*. Allein dagegen hat schon SCHULTING l. c. erinnert, daß Kt. Augustus nie, wohl aber ANTONINUS *CARRACALLA* von den Römischen Rechtsgelehrten mit dem Beynamen *MAGNUS* bezeichnet werde. CORN. *Valer. Vonck in Observation. miscellan. (Traj. ad Rhen. 1744. 8.) Cap. XVIII.* pag. 95. verwandelt *Marcus* in *Imperator*. JO. *CANNEGIETAR ad Ulpiani fragmenta* pag. 86. hingegen in *militibus*. Siehe H. G. van

Peculium ein Testament zu machen, welche wirklich noch als Soldaten dienen; nachher aber sey es auch durch ein Rescript des Divus Hadrianus: denen verstatett worden; welche mit Ehre vom Kriegsdienst entlassen worden sind, das ist, den Veteraneⁿ⁵⁶⁾. Wenn sie daher über ihr castrensisches Vermögen testirt haben, so werde es der eingefetzte Erbe erhalten. Sind sie aber ohne Testament gestorben, so werde es nun nach dem neuern Rechte nur dann an den Vater kommen, wenn sie keine Kinder hinterlassen haben, und auch keine Brüder da sind, und so werde also jetzt die gemeine Erbfolge eintreten⁵⁷⁾. Hieraus lasse sich erkennen, sagt

VANHOFF Observation. iuris civ. (Amstelaeed. 1747: 8.)

Cap. XXXI. pag. 157. dem auch J. L. E. PÖTTINGER Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 12. und RÄMMERER in den Beiträgen. S. 98. ff. gefolgt sind, ändert nichts, sondern meint, Ulpian schreibe das ius testandi de castrensi peculio, wenn es gleich schon vorher von den Kaisern August, Mervia, und Trajan war eingeführt worden, allein dem Kaiser Marcus, weil detselbe dieses Recht durch eine Constitution aufs neue bestätigt habe. Denn nicht selten hätten die Röm. Juristen Rechte solchen Kaisern zugeeignet, von denen sie nicht zuerst eingeführt, sondern nur erneuert worden sind. Allein man s. ZIMMERN Gesch. des Röm. Pr. Rechts 1. B. S. 187. Rot. 3.

56) Soldaten, welche einen schimpflichen Abschied erhalten haben, (qui ignominiae causa missi sunt) haben das Recht, über ihr castrense peculium zu testiren, verloren. Denn es ist den Soldaten praemii loco ertheilt, wie Macer L. 96. D. de testam. milit. sagt.

57) L. 3. L. 4. Cod. de bonis, quae liberis. (VI. 60) L. ult. C. Communia de succession. (VI. 58.) enthalten das ius commune, wovon Justinian hier spricht. Dies hat aber Justinian in der Nov. m. B. Kap. 2. wieder abgeändert, nach welcher beyde Eltern mit den vollbürtigen

Justinian weiter, daß das Vermögen, was ein Soldat, der noch in väterlicher Gewalt ist, im Kriegsdienst erworben hat, demselben weder von dem Vater selbst genommen, noch von den Gläubigern des Vaters verkauft, oder sonst in Beschlag genommen werden könne, er es auch nach des Vaters Tode nicht mit seinen Brüdern zutheilen brauche⁵⁸⁾, sondern ganz das Eigenthum des Sohnes bleibe, der es im Kriegsdienste erworben hat, wenn gleich nach dem Civilechte die Peculien Aller, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, eben so zu dem Vermögen der Väter gerechnet werden; als die Peculien der Gesaven zu dem Vermögen der Herren gezählt werden, jedoch mit Ausnahme desjenigen Vermögens der Kinder, was nach den Constitutionen des Kaisers, besonders nach seirten, den eigenen Verordnungen des Kaisers Justinian, aus verschiedenen Ursachen der Vater nicht erwirbt.

Justinian unterscheidet daher E. 37. pr. Cod. de inoff. testam. (III. 28.) bei Gelegenheit der Testamente eines filiusfamilias drey Arten von Peculien, das

Geschwister des Sohnes in sein Vermögen zu gleichen Theilen als intestato sucedirent. S. Vinnii Comment. ad pr. J. Qui testam. fac. poss.

58) Hierin segt Theophilus in Paraphr. gr. Instit. ad princ. tit. Qui testam. fac. poss. einen Unterschied zwischen dem paganum und castrense peculium, daß das erste, sofern es nämlich vom Vater herrührt, den Kindern gemeinschaftlich seyn; το δέ πάντες καταπέπιπον τον πατέρα τῶν αδελφῶν das castrense aber dem allein gehöre, der es erworben hat, τὸ δὲ καταπέπιπον μόνον τοῦ πατησαμένου.

paganum, worunter denn nun auch das peculum adventitium⁵⁹⁾ begriffen ist, das castrense, und ein mittleres zwischen beiden, quod medietatem inter utrumque obtinet, welches quasi castrense genennet werde. So viel das letztere betrifft; so war vor Justinian noch nicht allen filiisfamilias, welche eine Staatsbedienung bekleideten, das Recht zu testiren gestattet; sondern nur gewisse Beamten, z. B. den Consuln, Legaten, und Praesides der Provinzen, also solchen Söhnen, welche hohe Staatsbedienungen bekleideten. Justinian aber hat dieses Recht auf alle Söhne ausgedehnt, die ein peculum quasi castrense im Staatsdienst erworben haben.⁶⁰⁾ Das sogenannte peculum adventitium steht nun zwar in so fern dem castrense peculum gleich, daß es ein ausschließliches Eigenthum des Kindes ist, welches ein solches Vermögen erworben hat; folglich der Vater es dem Kinde weder selbst nehmen kann, noch die Gläubiger desselben daran Ansprüche machen dürfen, dasselbe auch nach dem Tode des Vaters keiner Theilung mit den übrigen Geschwistern unterworfen ist^{61).} Dies

59) S. Zimmer's Gesch. des Röm. Privatrechts. 2. Band. 2. Abth. §. 189. und §. 190. Hugo epulistic. Magazin. 6. Bandes 1. Heft. Nr. IV. S. 75—86. und besonders Unterholzner in der Lübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswiss. 5. Bd. S. 204—210.

60). L. ult. C. Qui testam. fac. poss. L. 37. G. de inoff. test. §. ult. J. de militari testam. (II. 11.) L. 3. §. 5. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) L. 7. §. ult. D. de donation. (XXXIX. 5.) L. 1. §. 6. D. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1.) S. Zimmer's Gesch. §. 188.

61) L. ult. C. de collation. (VI. 20.) L. 6. C. de bonis, quae liber. (VI. 61.)

wollte auch wohl nur Theophilus⁶²⁾ sagen, welcher gleichwohl von mehreren⁶³⁾ mißverstanden worden ist, wenn es bey ihm heißt: Τὰ δὲ εἰσηγένετα περὶ τῶν κα-
στρεύσιον νόει καὶ ἐπ' ἔκεινον τῶν μὴ πρόσπορο-
μένων τῷ πατρὶ εἰς τῶν διατάξεων κατὰ διαφόρους
αἵτιας. i. e. Quae vero de castrenibus sc. bonis
dicta sunt, intellige etiam de his, quae patri non
adquiruntur ex constitutionibus propter varias
causas. Allein bis zum Rechte, darüber zu testiren,
ist es nie gesommen. Iustinianus erklärt vielmehr ein
jedes Testament, welches kein filiusfamilias über ein
anderes peculium, als das eastrense oder quasi ca-
strense, errichtet hat, für null und nichtig, wie aus der
oben angeführten Stelle der Institutionen erhellet. Dies
hat nun auch Theophilus treu wiedergegeben, wenn
er sagt: δίχα τοινυ τοῦ ἔχοντος καστρέυσιον ἢ
κονάστη καστρέυσιον πεκούλιον, σάν τις ὑπεξούσιος
ὤν δρατίσται, ἔχοντος ἢ τούτον δεαδίκην, zum deut-
lichen Beweise, daß in den vorher angeführten Worten
von der Testamentification gar nicht die Rede war.
Zwar hätte Iustinian durch seine Constitution, L. ult.
§. 53 C. de bonis, quae liberis (VI. 61.):

Filiis autem familiæ in his duntaxat casibus,

62) Paraphr. Gr. ad pr. J. II. 12. Tom. I. pag. 360. sq.
edit. Reitz.

63) J. B. Egin. Bks in Comm. ad pr. J. Quib. non est
permitt. fac. testam. und Car. Witts in Disput. de
luctuosis hereditatibus. (Uratislav. 1834.) pag. 9. Al-
lein man sehe die Anmerkung des Fabrotus ad Theophili
c. i. bey Reitz. pag. 361. not. r. und MÖHLENBRUCH
Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 305. not. 1. pag. 361.
edit. sec.

in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt; nec de iisdem rebus testari permittimus, nec citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda, dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare;

beynähe zu dem Mißverstände Anlaß gegeben, als ob einem filiusfamilias alsdann über das adventitium peculium zu testiren gestattet sey, wenn dem Vater daran der Missbrauch nicht zuseht. Allein Justinian säumte nicht diesen Mißverstand durch eine Constitution vom Jahre 531. zu beseitigen. Es ist die L. 11. Cod.

Qui testamenta fac. poss. welche folgendermaßen lautet:

Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus, in rebus, quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum, aut permissum esse filiusfamilias cuiuscunque gradus vel sexus testamenta facere: sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus: sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiusfamilias, nisi in certis casibus, testamenta facere nullo modo concedit, et in his personis, quae huiusmodi facultatem habere iam concessae sunt.

Nach diesem Gesez ist es nun also ganz entschieden, daß ein filiusfamilias auch über dasjenige peculium gültig nicht testiren könne, welches von den Neuern als adventitium extraordinarium oder irregularare bezeichnet zu werden pflegt, und es ist gar keinem Zweifel

unterworfen, daß sich diese Constitution auf die vorige *L. ult.* §. 5. *C. de bonis; quae liber.* beziehe, und als eine authentische Erklärung derselben anzusehen sey. Es ist daher auch ganz unrichtig, wenn Biglius Zuidhemu^s⁶⁴⁾ diese *L. ult.* von dem castrensi und quasi castrensi peculio darum verstehen will, weil zu der Zeit, da diese Constitution gegeben worden, es, ausser dem militärischen Peculum, nur einen Fall gegeben habe, wo dem Vater nicht der Missbrauch zustand, nämlich wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters eine ihm angefallene Erbschaft antrat.⁶⁵⁾ Denn daß es schon im Pandectenrechte solcher Fälle genug gegeben habe, wo der Vater an dem sogenannten peculium adventuum keine Rechte hatte, sollte doch wohl diesem großen Rechtsgelehrten nicht unbekannt gewesen seyn^{66).}

trotz jener deutlichen Entscheidung des Kaisers Justinian, fehlt es doch nicht an sehr angesehenen Rechtsgelehrten^{67),} welche der Meinung sind, daß Ju-

64) Comment. in decem tit. Institut, ad Tit. Quibus non est permis. fac. test. nr. 16. pag. 67. (Basiliae 1534. f.)

65) L. 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae liber.*

66) L. 50. mit L. 16. §. 11. *D. ad SCtam Trebell.* (XXXV. 1.)
L. 52. pr. *D. de acqua. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.)
L. 3. §. 7. fin. *D. de minorib.* (IV. 4.) G. Zimmer
Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. 2. Abth. §. 189. und den
14. Th. dieses Commentars. §. 910.

67) Marc. LYCKLAMA a NYHOLT Membranar. Vol. II. Lib. VII.
Eclog. 53. pag. 366. sqq. (Jenae 1634. 8.) Jo. VAV-
DVS Variar. Quaestiones iuris civ. Lib. I. Qu. 1. (Ha-
noviae 1607. 18.) Helf. ULR. HUNNIES Variar. Reso-
lution. iuris civ. Lib. II. Tract. V. Quaestio. pag. 464.

nian den filiisfamilias das Recht zu testiren, was ihnen noch in den Verordnungen des Codex so nachdrücklich abgesprochen worden, durch die Novelle 117. Cap. 1. über das peculium adventitium irregulare gestattet habe. Denn diese Novelle erlaube den Personen, die noch in väterlicher Gewalt sind, über das Vermögen, welches ihnen auf eine solche Art hinterlassen oder geschenkt worden ist, daß der Vater daran weder den Missbrauch noch sonst ein Recht haben solle, sofern sie das gehörige Alter haben, auf welche Art sie wollen, zu verfügen. Dies sey nun nicht blos auf Handlungen unter Lebenden zu beschränken, 1) weil die allgemeine Fassung des Textes dagegen streite; 2) weil über die Zulässigkeit der Verfügung unter Lebenden nie ein Zweifel entstanden sey, indem dieses aus der Natur eines vollkommenen und uneingeschränkten Eigenthums schon von selbst folge, und überdem von Justinian schon L. 7. et 8. *Cod. de bonis, quae liberi's* bestimmt worden sey. Daß aber Justinian über eine unzweifelhafte Sache eine Verordnung sollte erlassen, oder ohne Grund zweymal das Nämliche sollte verordnet haben, sey gar nicht zu glauben. Hierzu komme, daß Justinian wirklich die Absicht gehabt habe, etwas Neues zu verordnen, und in der Novelle 117. eine Frage zu entscheiden, welche in den früheren Constitutionen nicht entschieden war. Dies erhelle aus der Präfation, und Justinian habe dieses auch durch das Wort *Sanicus* angedeutet. Diese Frage könne also jetzt nicht mehr die Disposition unter den Lebenden betreffen, son-

(*Francof. et Marburgi 1670. 4.*) *Christ: Rau Historia iuris civ. de peculiis.* (*Lipsiae 1770. 4.*) s. X.
pag. 42 — 44. u. a.

dern die testamentarische. Das Neue, was Justinian in der Novelle 117. Kap. 1. verordnet habe, bestehet also hauptsächlich darin, daß er die Verordnungen im Codex, wodurch den Kindern noch keine unumschränkte Gewalt über ihre bona adventitia extraordinaria zu verfügen, sey eingeräumt worden, durch die Nov. 117. abgeändert, und ihnen darüber das volle Dispositionsrecht ertheilt habe. Denn wohl zu erwägen seyen die Worte: *καὶ ὁρθὸν βούλονται τρόπον διοίκειν*. In diesen Worten seyn den Personen, die noch in väterlicher Gewalt sind, die ausgedehnteste Macht über die bona adventitia extraordinaria sowohl unter den Lebenden, als auf den Todesfall zu verfügen, ertheilt, und die Grenzen des Rechts erweitert worden, welches dieselben an diesem Vermögen hatten. Zwar wollten die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung einwenden, daß griechische Wort *διοίκειν* habe die ausgedehnte Bedeutung nicht, daß es auch die Testamentisaction unter sich begreiffe, sondern es bezeichne in seiner eigentlichen Bedeutung nur das Verfügen unter Lebenden. Allein wenn sich gleich bey den alten griechischen Schriftstellern jene weite Bedeutung dieses Worts vielleicht nicht finde; so sey ja bekannt, daß zu Justinians Zeiten die griechische Sprache von ihrer alten Reinheit sehr herabgesunken sey. Justinian hätte wenigstens zu seinen Zeiten keinen bessern und schicklichere Ausdruck finden können, um die den filiusfamilias ertheilte unumschränkte Macht, über ihre bona adventitia extraordinaria auf alle mögliche Art sowohl inter vivos als mortis causa zu verfügen, anzudeuten, als das Wort *διοίκειν*. Daß aber das Wort in dieser weiten Bedeutung hier zu nehmen sey, erfordere schon der Begriff eines vollen

und uneingeschränkten Eigenthums, denn dieses begreiffe auch ein vollkommenes Dispositionsrecht in sich, also nicht blos eine unumschränkte Gewalt über das Vermögen unter den Lebenden zu verfügen, sondern auch das Recht darüber zu testiren. Nun sehe man zwar, um die eingeschränktere Bedeutung von διοικεῖν zu begründen, in welcher dieses Wort blos ein Verwalten unter Lebenden bezeichne, noch die Worte entgegen: εἰ μὲν τελείας εἰσὶν ἡλικίας. Hier sey davon die Rede, wenn der Sohn die Grossjährigkeit erreicht hat. Zur Testamentisfaction aber sey schon ein Alter von vierzehn Jahren hinreichend. Es könne also von einem διατίθεσθαι, testari, gar nicht die Rede seyn. Allein man hält auch diesen Grund für unbedeutend. Denn da der Kaiser hier von der Verwaltung der bonorum adventitiorum irregularium überhaupt handelt, so habe er doch bestimmen müssen, was für ein Recht in Ansehung derselben Statt finden solle, je nachdem die unter der väterlichen Gewalt stehenden Personen, denen diese Güter gehören, entweder schon grossjährig, oder noch minderjährig sind.

Um diese Meinung gründlich zu prüfen, ist es nothig, die Worte der *Nov. CXVII. Cap. 1.* selbst vor Augen zu stellen. Sie lauten folgendermassen:

Θεοπιζομέν τοινυ ἄδειαν εἶναι καὶ μητρὶ καὶ μάμη καὶ τοῖς ἄλλοις γονεῦσι, μετὰ τὸ καταλιπεῖν τοῖς παισὶ τὸ ἐκ τῶν νόμων ὀφειλόμενον μέρος, τὸ ὑπόλοιπον τῆς αὐτῶν περιουσίας, εἴτε εἰς ὀλόκληρον βουληθεῖεν, εἴτε ἐκ μέρους, τῷ νίῳ η τῇ θυγατρὶ, η ἐγγόνῳ η ἐγγόνῃ, η τοῖς ἐφεξῆς κατιοῦσι δωρεῖσθαι, η καὶ διὰ τελευταῖς βουλήσεως καταλιπάνειν ἐπὶ τοι-

οὐτῷ δρῳ τὲ καὶ αἰρέσει, εἰγε βουληθεῖν, ὅστε τὸν πατέρα η τὸν ὄλως ἔχοντα τόντους ὑπεξουσίους, ἐν τούτοις τοῖς πράγμασι μηδὲ usumfructum, μηδὲ τὴν οἰανοῦν παντελῶς μετονοίαν ἔχειν ταῦτα γὰρ δὴ καὶ ἔξωτικοῖς ηδύναντο καταλιπάνειν, ὅδεν οὐδεμία τοῖς γονεῦσιν ἀφέλεια προσεγένετο. τοῦτο δὲ οὐ μόνον τοῖς γονεῦσιν, ἀλλὰ παντὶ προσώπῳ ἔξειναι παρακελευόμεθα.

HÖMBERGK. *Sancimus igitur, ut matri, et aviae, reliquisque parentibus, ubi liberis portionem legibus debitam reliquerunt, reliquam ipsorum substantiam, sive solidum, sive partem voluerint, filio, vel filiae, vel nepoti, vel nepti, vel reliquis descendantibus donare, vel etiam ultima voluntate relinquere liceat: hac lege et conditione, ut, si velint, pater, vel quicunque eos in potestate habet, in his rebus neque usumfructum, nec ullam plane partem habeat. Haec enim extraneis etiam relinquere poterant, unde nulla inde ad parentes utilitas pervenisset. Jubemus autem, ut hoc non solum parentibus, sed omni etiam persona liceat.*

Es ist nicht zu läugnen, daß Justinian hier etwas Neues verordnet, und eine Frage entschieden habe; die in seinen früheren Verordnungen nicht entschieden ist, nämlich ob die Mutter oder mütterliche Großeltern ihren Kindern, oder Enkeln, außer dem ihnen gebührenden Pflichttheile, ihr übriges Vermögen ganz oder zum Theil mit der Bedingung schenken oder hinterlassen können, daß der Vater, oder in wessen Gewalt sie sich sonst befinden, weder den Nießbrauch noch sonst einen Theil

daran haben solle⁶⁸⁾? Diese Frage entscheidet der Kaiser bejahend. Von einer Testamentification der Kinder, denen diese Güter geschenkt oder hinterlassen worden sind, ist aber hier gar keine Rede. Aber auch eben so wenig in den folgenden Worten:

§. α'; Τὰ δὲ πράγματα τὰ οὗτοι καταλιπτάνομενα ἢ διερούμενα τοῖς υπεξονσίοις προσώποις, εἴ μὲν τελείας εἰσὶν ἡλικίας, καὶ τὸ υπεξονσιοις ὄσιν, ἀδειαν ἔχετωσαν· καθ' ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν· εἰ δὲ τὴν ἡλικίαν ὄσιν ἀτελεῖς, δι' οὕτορ διανυῖδοι ὁ testator η̄ ὁ διερούμενος αὐτὰ διοικεῖσθαι, μέχρις ὅταν ἐκεῖνοι οἵτις ἐδιωρῆθη η̄ κατελείφθη, εἰς τεκέλαιν ἐλθῶσιν ἡλικίαν, ἀδειαν ἔχοντος τοῦ διατίθεμένον η̄ διερούμενον, καὶ τῇ μητρὶ καὶ τῇ μάμαῃ τούτων οἵτις τὰ πράγματα παρεσχεθῆ, τὴν τῶν αὐτῶν πραγμάτων, εἰ βούλοντο, διοίκησιν καταπιστεῦσαι καὶ συνοικῶσιν ἀνδράσιν αἱ εἰρημέναι γυναικεῖς οὕτω μέντοι εἰπερ καὶ αὐταὶ τὴν τοιαύτην διοίκησιν καταδέχεσθαι.

HOMBERG. *Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictæ vel donatae sunt, si quidem perfectæ aetatis sint, licet sub potestate constituti, quo velint modo, administrandi facultatem habeant. Si vero imperfectæ aetatis sint, ab eo administrantur, qui testatori vel donatori placuerit, donec illi, quibus donatum vel relictum est, ad perfectam aetatem veniant: licentiam habente testatore vel donatore earum administrationem matri; et aviae eorum, in quos res collatae sunt, si velint, credere, quamvis*

68) S. den 7. Th. des Commentars. §. 546. S. 82. ff.

dictae mulieres maritos habent: ita tamen si illae administrationem suscipere velint;

Justinian bestimmt hier blos, wie es mit der Verwaltung solcher adventizischen Güter, woran dem Vater der Ussusfructus nicht zusteht, gehalten werden solle, und sagt, wenn der Sohn die Volljährigkeit erreicht hat, so könne er sie selbst, nach seinem Gefallen, verwalten. Nun werden die hier gebrauchten Ausdrücke διοικεῖν, und διοίκησις sowohl von den alten griechischen Schriftstellern, als von den Neugriechen nie in einer andern Bedeutung genommen, als von einer Verwaltung oder Besorgung von Geschäften unter Lebenden, sie mögen die Staatsverwaltung, oder das Privatvermögen des Bürgers betreffen, von leitwilligen Verfügungen werden sie nie gebraucht⁶⁹⁾). Daß aber diese

69) 3. B. διοικεῖν τὴν πόλιν, *rempublicam administrare*. XENOPHON *de Vectigalib.* Cap. IV. nr. 40. τὸν ἐαυτῶν οἰκον διοικεῖν, *rem suam familiarem administrare*. XENOPHON *Oeconom.* Cap. XI. nr. 10. διοικεῖν τὰ προσηκούτα, *administrare ea, quae nobis incumbunt*. XENOPHON *ibid.* VII. 4. διοικεῖν τὰ δυτά, *administrare res suas*. XENOPHON *ibid.* VIII. 10. διοικεῖν, *regnare, gubernare*. ISOCRATES *προς Νικοκλεα.* pag. 19. (Opp. a LANGUS editor. Halle 1803. 8.) διοικεῖν, *curare et administrare*. ISOCRATES *Πανηγυρικός* pag. 62. edit. Lang. τὸν οὐρανὸν διοικεῖν, *coelum gubernare*. PLATO. Legg. X. nr. 896. et nr. 905. (Opp. Tom. VII. pag. 262. et 286. edit. AST. Lipsiae 1824. 8.) τὰ ἴδια διοικεῖν, *res suas administrare*. HARMENOPOLUS *Προχειρ. νομῶν.* Lib. I. Tit. 12. §. 33. (in Th. Meerm. *Supplēm.* pag. 76.) διοίκησις, *administratio*. XENOPHON *Histor. Graec.* Lib. VI. Cap. 1. nr. 2. διοίκησις χρημάτων, *administratio reddituum publicorum*. XE-

Ausdrücke hier in keiner andern Bedeutung genommen worden sind, erhellet schon daraus ganz deutlich, weil theils zur eigenen Verwaltung Kinder vorausgesetzt werden, welche die Großjährigkeit erreicht haben, die doch zur Testamentification nicht erforderlich wird, theils weil ja gleich nachher gesagt wird, daß wenn die Kinder noch minderjährig sind, diese Adventizien von dem verwaltet werden sollen, welcher von dem Testator oder Donator dazu bestellt worden ist. Von einer Testamentification ist also hier gar keine Rede, und konnte auch keine Rede seyn, noch weniger von einer Abänderung des ältern Rechts. Wer sollte auch glauben, daß Justinian das ältere Recht, was er wenige Jahre vorher durch die L. 11. C. Qui testam. fac. poss. erst mit allem Nachdruck erneuert, und gegen alle Missdeutung zu sichern gesucht hatte, ohne alle Erwähnung desselben, und ohne Anführung irgend eines Grundes, sollte aufgehoben, und den filiisfamilias eine Befugniß jetzt auf einmal sollte eingeräumt haben, welche er ihnen in seinen kurz vorhergegangenen Constitutionen so nachdrücklich versagt, und das ältere Recht zu beobachten so ernstlich befohlen hatte? Man müste ja Justinians Maxime nicht kennen, der, wie schon längst Arn. Vin-

norbon Memorab. Socratis. Lib. IV. Cap. 6. nr. 14.

η περι διοικήσεως ἀγορῆ, negotiorum gestorum actio. HARMONIUS. Lib. II. Tit. 3. §. 5. Passow

Griech. Handwörterbuch voc. *διοικέω*, führt zwar die Bedeutung von verwalten, besorgen, wirtschaften, einrichten, leisten und regieren an, ohne sie jedoch nur mit einer einzigen Stelle unterstüzt zu haben. Man sehe vielmehr Frid. Ast Annotation. in Phaedrum, in PLATONIS Oper. Tom. X. pag. 395. C. 100. *διοικεῖν*. und Guili. Ott. REITZI Glossar. Theophilin. voc. *διοικητης*.

nius⁷⁰), Abrah. Wieling⁷¹), und mehrere andere⁷²) bemerkt haben, nie etwas vom alten Rechte abzuändern pflegte, ohne dasselbe ausdrücklich zu erwähnen, und das dagegen eingeführte neue Recht zu empfehlen. Man täuscht sich, wenn man sagt, Justinian habe hier gerade einen solchen Ausdruck gewählt, der alle Arten der Verfügung sowohl unter den Lebenden als von Todes wegen in sich schließe. Dann hätte gewiss das Wort *deoīxēt̄* am wenigsten gepaßt. Hier hätten ihm wohl andere Ausdrücke zu Gebote gestanden z. B. *deatvōt̄*, *deatattēt̄*, *deatidēt̄*, *disponere*, *ordinare*. Dieß sind Ausdrücke, welche sowohl von lezwilligen Verordnungen, als Verfügungen unter Lebenden gebraucht werden⁷³). Hierzu kommt noch, daß nicht nur die Basiliken⁷⁴) gerade die entscheidende Verordnung des Kaisers Justinian, die *L. 11. C. Qui testam. fac. poss.*, nebst der Novelle 117. enthalten, in welche doch bekanntlich keine antiquirten Gesetze aufgenommen worden sind; sondern auch der griechische Rechtslehrer Constantinus Harmenopu-

70) Select. juris Quaest. Lib. II. Cap. 20. circ. med. p. 201.
(Franequerae 1690. 4.)

71) Lection. juris civ. Lib. II. Cap. 31. pag. 254. (Trajecti ad Rhēn. 1740.)

72) G. Jos. Lüd. Ern. PÖTTMANN Diss. de querela inoff. testamenti fratribus uterinis haud conced. Lipsiae 1761. Cap. II. §. 2. und meine Opusc. iurid. Fasc. I. p. 111. sq.

73) G. TABORPHILI Paraphr. Gr. Lib. I. Tit. 6. §. 7. und Lib. II. Tit. 12. pr.

74) Lib. XXXV. Tit. 3. Const. 11. et Schol. a. Tom. IV. Fabroti pag. 779. und Lib. XL. Tit. 5. Const. 3. Tom. V. pag. 492.

Ius⁷⁵), welcher, wie er in seiner Præfation sagt, blos das geltende Recht gelehrt hat, noch den Sac*z* aufstellt, ein filiusfamilias könne zwar über das peculium castrense und quasi castrense, aber über das paganum auf keine Weise testiren. Mögen also auch dem Haussohne an dem peculio adventitio irregulari noch so viel Rechte zustehen, so ist doch nirgends der Sac*z* ausgesprochen, daß er in Ansehung derselben eben so, wie in Ansehung des castrensis oder quasi castrensis peculii, als paterfamilias anzusehen sey. Es sind auch wirklich die Gründe des Erwerbs von solchen adventizischen Gütern viel zu sehr verschieden von denen eines castrensis und quasi castrensis peculii; als daß man auch mit jenen die Rechte eines patrisfamilias hätte verbinden mögen. Denn jene Gründe sind bloße Privatgründe. Allein der Grund, warum die Gesetzgebung diese Rechte an das peculium castrense und quasi castrense knüpfte, ist Belohnung des filiusfamilias für die dem Staate geleisteten Dienste. Mit Recht konnte daher Ulpian auch noch zu seiner Zeit sagen: *Filius familiae nihil suum habet, ut testari de eo possit, obwohl es schon damals Fälle gab, wo der Haussohn ein Vermögen besitzen konnte, an welchem der Vater keine Rechte hatte*⁷⁶). Denn um ein solches Suum zu haben, daß man darüber testiren konnte, gehörte nicht blos ein eigenes freies Vermögen, sondern auch ein eigenes Familienrecht. Dieses erlangten die Kinder in der Regel erst durch den Tod des Vaters. Cum pa-

75) Προχειρον νομον. Lib. V. Tit. 2. §. 6.

76) S. die Note 66.

terfamilias moritur, sagt Ulpian⁷⁷⁾, *quotquot capita ei subiecta fuerunt; singulas familias incipiunt habere*; *singuli enim patrum familiarum nomen subeunt*. So lange also der Vater lebte, waren die Kinder zwar Mitglieder der Familie, allein ein eigenes Familienrecht hatten sie nicht, und da alles im väterlichen Hause befindliche Besitzthum dem Hausvater gehörte, *pater enim familias appellatur*, sagt Ulpian, *qui in domo dominium habet*; so machte das Vermögen der Kinder, selbst das peculium castrense nicht ausgenommen, blos einen, obgleich abgesonderten, Bestandtheil von dem Vermögen des Hausherrn aus⁷⁸⁾). Denn auch das castrensische Vermögen wurde, außerdem daß der Sohn darüber frey verfügen konnte, wie ein gewöhnliches Peculium behandelt, weil es nicht nur, wenn der Sohn ohne letzten Willen starb, *pri-stino peculii et potestatis iure* bey dem Vater blieb; denn das Recht darüber zu testiren, verdankte der Sohn blos einer dem Soldatenstande verliehenen Begünstigung, welches ihm also nicht seines erworbenen freien Vermögens wegen, sondern blos darum, weil er Soldat war, *praemii loco* zustand, wie Macer⁷⁹⁾ sagt; sondern auch, wenn der Sohn ein Verbrechen beging, welches Vermögensentziehung zur Folge hatte, dem Vater das castrense peculium nach einem Rescript des Kaisers Alexander⁸⁰⁾ nicht entzogen werden durste;

77) L. 195. §. 2. D. de verb. Signif.

78) S. besonders Marc. Aar. GALVANTUS de Usufructu. Cap. VIII. nr. 3. et 18.

79) L. 26. D. de testam. milit.

80) L. 3. C. de bonis proscriptor. (IX. 49.) S. Zimmerman Gesch. des R. Priv. R. 1. B. S. 187. S. 688.

weil nur das Recht, welches blos zur Begünstigung gereichen sollte, nicht mehr angewendet werden konnte⁸¹⁾). Zu einem Suum, de quo testari licebat, gehörten aber nach dem Röm. Familienrechte auch sacra. Diese waren gleichsam das innere Band der Familie, so wie das äussere die väterliche Gewalt war. Daher mussten die Sacra bey der Familie erhalten werden, weil mit der Vernachlässigung oder Auflösung derselben der Untergang der ganzen Familie verbunden war. De sacris autem, sagt Cicero⁸²⁾, haec sit una sententia, *ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra.* Sacra und familia waren daher unzertrennlich verbunden. Diese sacra privata standen unter der Obsorge und Verwaltung des Familienhäuptes. Der Paterfamilias war *curator et administratus sacrorum*, und gleichsam *suae familiae sacerdos*. Er opferte selbst den Laren und Penaten im Atrium seines Hauses, umgeben mit den Bildnissen der Vorfahren⁸³⁾. Es war, wie Cicero⁸⁴⁾ lehrt, *auctoritate Pontificum eingeführt, ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret.* Daher waren die Sacra mit dem Vermögen des Paterfamilias verbunden, und giengen

81) G. Unterholzner in der Lübing. krit. Zeitschrift für Rechtswiss. 5. Bd. S. 206.

82) *De Legib. Lib. II. cap. 19.* G. von Savigny über die jurist. Behandlung der *sacra privata* bey den Römern; in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 2. Bd. Nr. XV. S. 362 — 404.

83) G. Car. Frid. Heuberg de familiari patriciorum nexu. (Slesvici 1829. 8.) Cap. II.

84) Loc. cit.

mit diesem Vermögen nach dem Tode desselben auf den Nachfolger über, an welchen das Vermögen kam, wie Cicero in den gleich nachher folgenden Worten bemerkt, *iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit*; und an einem andern Orte⁸⁵⁾: *Sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege, coniuncta sunt*. Ein solches Vermögen, mit welchem sacra verbunden waren, hieß nun eigentlich *pecunia*⁸⁶⁾. Dieses verwaltete der paterfamilias, so wie die Sacra. Daher heißt es in dem Gesetz der XII Tafeln: *Uti legassit super PECUNIA tutelave suae rei, ita ius esto*⁸⁷⁾. Denn unter den Privathandlungen eines paterfamilias war gewiß die Testamentisfaction, wie Cicero in der zweyten Philippischen Rede Kap. 42. sagt, die allerwichtigste. Nur der paterfamilias konnte daher sacra und pecuniam haben, worüber er testiren konnte. Die Kinder, so wie die matresfamilias, nahmen zwar an dem häuslichen Cultus und den Rechten der Familie Theil⁸⁸⁾, sie selbst aber konnten, während der väterlichen Gewalt, so wenig sacra, als ein eigenes Familienrecht haben. Sie waren in *saceris patrisfamilias*⁸⁹⁾. Daher war in *saceris esse*, soviel als in *patria potestate esse*, wegen der Gemeinschaft des

85) *Cicero de Legg. Lib. II. cap. 21.* S. auch *Sext. Pompej. Faustus de Verbor. Signif. vv. Sine sacris hereditas.*

86) *Faustus vob. Pecunia.* S. *Hermann Cap. V. §. 11.* pag. 45.

87) S. die Note 17. S. 100.

88) S. *Hermann Cap. II. §. 4.* pag. 20.

89) *Cicero pro domo. Cap. 13. in fin. Hsibero Cap. V. §. 17.* pag. 73.

häuslichen Cultus⁹⁰). So erklärt sich also; wenn Ulpian⁹¹) sagt, *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit*⁹²). Jenes alte Familienrecht, mit welchem das Recht zu testiren in der genauesten Verbindung stand, hatte nun zwar in der Folge, so wie die sacra, sowohl die privata als gentilitia, aufgehört; dennoch aber ward der Grundsatz, den noch Justinian in seinen Institutionen lehrt, beybehalten, daß ausser denen, die ein castrense oder quasi castrense peculum haben, sonst kein Familiensohn das Recht ein Testament zu machen habe. Wir haben also hier ein Beispiel, wie wahr es sey, was auch schon andere bemerkt haben, daß nicht selten in unsern Gesetzen die Folgen sind beybehalten worden, obschon das Princip, oder ältere Recht, woraus sie entstanden, längst aufgehoben war⁹³). Diese Meinung haben vorzüglich Galvanus⁹⁴), Bachov⁹⁵),

90) Diese Ausdrücke kommen noch spät in den Constitutionen des Codex vor. *L. 7. C. de curat. fariosi* (V. 70.) *L. 12. C. de collat.* (VI. 20.) *L. 2. C. de bon. quae liberis.* (VI. 61.) *L. ult. §. 1. C. ad SCtum Tertull.* (VI. 56.) S. von Savigny in der angef. Zeitschrift. 2. B. S. 400.

91) *Fragmenta Tit. XX. §. 10.*

92) Man sehe vorzüglich *de Rets Miscellaneor.* Lib. I. Cap. 22. nr. 10 — 12. (in *Th. Meerman.* Tom. VI. pag. 74.)

93) S. PÜTTMANN *Probabil. iuris civ.* Lib. II. cap. 2. p. 21.

94) *De Usufructu.* Cap. IX.

95) *Not. et Animadvers. ad Treutlerum.* Vol. II. Disp. X. Th. 2. Lit. C. pag. 518 — 523.

Donellus⁹⁶), Vinnius⁹⁷), Huber⁹⁸), Schumacher⁹⁹), und Kleinschrod¹⁰⁰) ausgeführt.

Eine Ausnahme machen jedoch die Gesetze bey denjenigen filiisfamilias, welche geistlichen Standes sind. Diese können über ihr eigenthümliches Vermögen, sie mögen es durch ihr geistliches Amt, oder durch irgend einen andern Rechtstitel erworben haben, nicht nur unter den Leben-

- 96) Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 5. §. 8. Vol. III.
pag. 304 sqq. (edit. noviss. Norimb. 1807.)
- 97) Comm. ad pr. J. Quib. non est permis. fac. test.
- 98) Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 12. §. 2.
- 99) Diss. cit. de exclusione filiorumfamilias a testamenti fact. Cap. II. §. 1 — 7. pag. 30 — 47.
- 100) Diss. de iure filiisfamilias disponendi de peculiis, ad normam iuris peregrini et patrii considerato, prae. Jos. Mar. SCHNIDT, Würzburgi 1784. 4. def. Cap. I. §. 13. Der von mir vertheidigten Meinung sind auch noch Jo. Voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 42. Scip. GENTILIS de bonis maternis. (*Hanoviae* 1606. 8.) Cap. XXVII. pag. 181 sqq. Ev. Otto Comm. ad pr. J. Quib. non est perm. fac. test. nr. 6. pag. 257. Everard. BRONCHORST Εγαντιοφανων. Cent. III. Assert. 21. pag. 289. sqq. (*Lugd. Batav.* 1621. 4.) Sam. de Coccœvī iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVIII. Tit. 1. Qu. 5. pag. 247. sqq. Jo. God. BAUER Diss. de peculio quasi caestrensi studiosorum (*Lipsiae* 1726. 4.) §. 32. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 10. Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. I. §. 5. pag. 183 sq. THIBAUT System des Pand. R. 1. B. §. 364. von Beuning-Ingeneheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. Bd. IV. Buch. §. 396. a. C. und Frits im Archiv für die civilist. Praxis. 6. B. S. 209. Not. 19.

den verfügen, sondern auch darüber testiren¹⁾). Ob ihnen dieses Vorrecht schon von den Kaisern Leo und Anthemius verliehen worden, ist zwar zweifelhaft. Die von denselben erlassene Constitution, L. 34. *Cod. de Episcop. et cleric.* (l. 3.) lautet folgendermassen:

Sacrosanctae orthodoxae fidei Episcopi atque presbyteri, diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire, ea, *quaecunque in eodem clericatus gradu locoque viventes acquirere et habere potuerint*²⁾, etiamsi in patris avique aut proavi potestate constituti sint, et adhuc superstites habeantur, tanquam bona propria vindicent: de his, si quando eis libitum fuerit, *eis testandi, vel donandi, vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa.*

Allein die Novelle CXXIII. Kap. 19. lässt keinen Zweifel übrig, in welcher es heißt:

Τότε δὲ πρεσβυτέρους, καὶ διακόνους, καὶ ἄποδιακόνους, καὶ ἀναγνώστας, καὶ ψάλτας, (οὓς πάντας κληρικοὺς καλοῦμεν) τὰ πράγματα τὰ ἀφοίοιον δῆποτε τρόπου εἰς τὴν αὐτῶν δεσποτεῖαν

1) G. KLEINSCHROD cit. Diss. Cap. II. §. 16 — 18. und SCHUMACHER Diss. cit. Cap. II. §. 8. pag. 47.

2) J. H. BOHMER in Diss. de successione in bona clericorum singulari §. 26. (in *Exercitat. ad Pand. Tom. V.* pag. 52.) erklärt diese Worte vom Erwerb in officio sacro. Allein das Wort *viventes* zeigt, daß sie offenbar nicht darauf, sondern auf den geistlichen Stand geben, und soviel sagen wollen, die einen solchen Grad und Stelle des geistlichen Standes bekleiden. G. KLEINSCHROD cit. Diss. Cap. II. §. 16. pag. 30.

περιελθόντα, ἔχειν υπὸ τὴν ἴδιαν ἔξουσίαν προστάτημεν, καὶ δύμοιότητα τῶν καστρενσίων πεκουλίων, καὶ θερεῖσθαι κατὰ τοὺς νόμους, καὶ ἐπ' αὐτοῖς διατίθεσθαι εἰ καὶ υπὸ τὴν τῷ γονέων εἰσὶν ἔξουσίαν.

HOMBERGK: *Ut vero Presbyteri, et Diaconi, et Subdiaconi, et Lectores, et Cantores, (quos omnes Clericos vocamus) res; quae quoctunque modo ad eorum dominium pervenient, in potestate sua habeant, ad similitudinem castrensium peculiorum, praecipimus: et ut donare eas possint secundum leges, deque illis TESTARI, licet sub potestate parentum sint.*

Viele³⁾ wollen noch eine zweyte Ausnahme machen. Sie sagen, daß nach dem Canonischen Rechte ein filius familias über seine Adventizien zum Vortheil einer frommen Stiftung mit Einwilligung seines Vaters eine legitwillige Verordnung machen könne. Allein schon Hofäder⁴⁾ hat dagegen erinnert, daß diese Behauptung mehr einer gemeinen Meinung zuzuschreiben sey, als daß

3) Jo. SCHILTR. Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 15.

Franc. DUARENUS Comment. in Tit. Pand. Qui testam.

fao. poss. §. *Diximus filium.* (Opp. pag. 317.) Just.

Henn. BOHIMUS Jur. Eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III.

Tit. 26. §. 25. Ge. Lud. BOHIMUS Princip. iuris ca-

non. §. 615. Schmalz Handbuch des canonischen Rechts

§. 352. der 2. Aufl. Berlin 1824. Franz Andr. Frey

kritischer Commentar über das Kirchenrecht, fortgesetzt von

Dr. Scheill IV. Theils 1. Abtheil. §. 32. S. 150. von

Wening-Jugenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts.

2. Bd. V. Buch §. 483. der 3. Aufl. u. a.

4) Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1579.

sie in den Gesetzen selbst Grund hätte. Einige halten dieses zwar auch schon dem Röm. Rechte gemäß, und berufen sich auf die *L. 1. C. de Sacrosanct. Eccles.* (I. 2.) wo Kr. Constantin der Große verordnet: *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico venerabilique Concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere: et non sint cassa iudicia eius.* Gewöhnlich aber wird diese Ausnahme auf das *cap. 4. de sepulturis in VI.* (III. 12.) gegründet, wo der Papst Bonifacius VIII. sagt:

Quamvis auctem filiusfamilias absque patris ad sensu sibi possit libere eligere sepulturam: pro anima tamen sua, praeter ipsius adsensum, (nisi peculium castrense, aut quasi castrense habeat) aliquid indicare non potest.

Allein wie wenig diese Stellen jene Meinung beweisen, ist schon von Andern⁵⁾ gezeigt worden. Denn soviel die *L. 1.* anlangt, so habe ich schon an einem andern Orte⁶⁾ dargethan, daß das *unusquisque* nur von einem solchen verstanden werden könne, welcher die Testamentsfähigkeit hat, weil es dem Kaiser Constan-

5) *S. Paul. Jos. a RIEGER Institut. iurispr. ecclesiast.* P. III. §. 407. *Not. pag. 298. Gall. Aloys. Casp. KLEINEROD Diss. cit. de iure filiifam. disponendi de peculiis. Cap. II. §. 20. Car. Aug. RINEAL Diss. cit. de iure testandi, quod comp. filiofam. prae. Klügel def. pag. 22 — 31. und Friß Abh. aus welchen Peculien und unter welchen besondern Voraussetzungen kann der filiusfamilias Schenkungen auf den Todesfall machen? im Archiv für die civilist. Praxis. 6. Bd. S. 211. f.*

6) *S. des 33. Th. dieses Commentars. S. 1404. d. Not. 90. S. 400.*

tin nicht sowohl darum zu thun war, die active, als vielmehr die passive Testamentifaction zu Gunsten der Kirchen zu erweitern. Von einem filiusfamilias ist also hier gar keine Rede. Es ist aber eine Regel der Interpretation, ein jedes Gesetz so zu erklären, daß es nicht andern bestehenden Gesetzen widerstreitet. Soviel die andere Stelle aus dem Canonischen Rechte betrifft; so ist schon überhaupt gar nicht zu vermuthen, daß der Papst hier die Absicht gehabt habe, Etwaß dem Civilrechte zuwider laufendes zu verordnen. Es muß also vielmehr diese päpstliche Verordnung im Zweifel so verstanden werden, wie sie dem Civilrechte entspricht. Nun ist bekannt, daß ein filiusfamilias nach dem Civilrechte über das peculium paganum zwar nicht testiren, wohl aber mit Erlaubniß des Vaters Schenkungen auf den Todesfall machen könne⁷⁾. Was könnte uns also hindern, die Stelle des Canonischen Rechts von diesem Falle zu erklären? Denn das Wort *iudicare* hat überhaupt im Sprachgebrauche des Mittelalters eine sehr schwankende Bedeutung, wenn ja die Lesart ihre Richtigkeit haben sollte. Denn nach Böhmers Bemerkung in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. sollen statt *iudicare* einige Codices *erogare*, andere *vindicare* lesen. Nach DU FRESNE⁸⁾ heißt nun *iudicare*, denn wir wollen die in allen gedruckten Ausgaben des Sextus liber *Decretalium* anerkannte Lesart, auf die Auctorität der Glossen, für die allein richtige halten, in den Gesetzen des Mittelalters soviel als disponere, legare,

7) L. 25. §. 1. D. de mortis causa donation. (XXXIX. 6.)

L. 7. §. 4. et 5. D. de donation. (XXXIX. 5.)

8) Glossar. ad scriptor. medias et infimas Latinitatis. Tom. II. voc. *Judicare*.

supremo *iudicio* de bonis suis decernere. In dieser letzten Bedeutung nimmt das Wort *iudicare* auch der Glossator des Sextus, Johann Andreä, *iudicium* enim hic sumitur, sagt er in der Glosse, pro ultima voluntate: et aliter multis modis, bezieht sich aber auch dabei, welches merkwürdig ist, auf die *L. Tam is* (L. 25.) *D. de mortis caus. donat.* Er, als Zeitgenöss des Papstes Bonifacius VIII., und mit dem Sprachgebrauche seines Zeitalters gewiß bekannt, konnte uns wohl den besten Aufschluß geben.

Warum kann denn aber ein filiusfamilias über das peculum paganum auch nicht einmal mit Einwilligung des Vaters testieren, da ihm doch in den Gesetzen ausdrücklich gestattet wird, mit Erlaubniß des Vaters Schenkungen auf den Todesfall zu machen? *Marcianus* sagt nämlich *L. 25. §. 1. D. de mortis causa donationib.*

Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare, patre permittente, potest.

Anton Merenda⁹⁾, Foppius ab Uezema¹⁰⁾ und Marc. Aurel. Galvanus¹¹⁾ haben diese Frage zum Gegenstande einer besondern Erörterung gemacht. Gewöhnlich setzt man den Grund dieses Unterschiedes darin, weil die Testamentisaction iuris publici sey, Schenkungen auf den Todesfall aber iuris privati wären, letztere erforderten daher nur Vermögen, dieses könne

9) *Controvers. iurie. Lib. XIV. Cap. 29.*

10) *Dissertation. iuris civ. Lib. II. Cap. 14. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 830.)*

11) *De Usufructu. Cap. X.*

der Vater dem Sohne geben, aber jene den Status eines Paterfamilias, dessen Mangel die Einwilligung des Vaters nicht ergänze¹²⁾). Allein ein, weit einfacher Grund beruht vielmehr darin, daß alle Geschäfte, die der Sohn während der väterlichen Gewalt, es sey mit genereller oder specieller Genehmigung des Vaters, über das peculum paganum abschließt, als Geschäfte des Vaters anzusehen sind, die er durch den Sohn für sich abschließen läßt, und also nur insoweit für zulässig und gültig gehalten werden können, als sie nicht ihrer eigenthümlichen Natur nach vom Vater in eigner Person verrichtet werden müssen. Nun konnte zwar der Vater das Peculum, wenn es sein Eigenthum war, so gut, wie andere Theile seines Vermögens, verschenken. Er konnte auch die Unwiederruflichkeit einer solchen Schenkung, so wie von jedem andern beliebigen Thatumstände, also auch vom Tode seines Sohnes abhängig machen. Was also der Vater allein thun konnte, das mußte er auch dem Sohne erlauben können für ihn zu thun. Die Schenkung, welche der Sohn mit Willen und Erlaubniß des Vaters über das peculum paganum auf den Todesfall errichtet hatte, war demnach eben so anzusehen, als ob sie von dem Vater selbst auf den Todesfall des Sohnes wäre gemacht worden. Daß dieses aber vom Vater geschehen könne, lehrt Ulpian L:11. D. de mort. causa donat. wo es heißt:

12) Man vergl. auch Vigl. ZUICHERMUS Comment. in Tit. Instit. Quib. non est permis. fac. test. ad priac. nr. 7 — 11. pag. 64. sqq. (*Basiliae 1534. f.*) Paul. BESSUS Subtilitat. iuris. Lib. V. cap. 5. und Jos. FERN. de Rates Miscellan. Lib. I. cap. 22. §. 8. (in *Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 75.*)

Mortis causa filii sui pater recte donare poterit¹³⁾.

Und daß diese Ansicht überhaupt den Gesetzen entspreche, bestätigt Pomponius, welcher *L. 9. §. 2. D. de donat.* sagt:

Quod filiusfamilias patris iussu aut voluntate donavit; *perinde est*; ac si pater ipse donaverit.

Dieser Grund kann denn aber freylich nur auf das alte Peculum, nämlich das peculum profectum, eingeschränkt werden¹⁴⁾. Nur dieses, und kein anderes, konnte auch der Natur der Sache nach Marcius in der *L. 25. D. cit.* im Sinne haben, und eben so Ulpian, wenn er *L. 7. §. 4. D. de donationib.* sagt:

Pari autem ratione, qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam *mortis causa* donare prohibebitur: quamvis enim *ex patris voluntate mortis quoque causa donare possit*, attamen ubi cessat voluntas, inhibebitur haec quoque donatio.

Es muß nur die Erlaubniß des Vaters ausdrücklich auf eine Schenkung auf den Todesfall gerichtet seyn, wie ebenfalls Ulpian §. 5. cit. L. sagt:

Sed enim meminisse oportebit, si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam *mortis causa* donare fuerit permissum, non posse *mortis causa* donare.

13) Man sehe über dieses Gesetz Bau. VOORDE Thesaurus controversial. (Lugd. Batav. 1796. 8) Decad. VIII. Th. 2. pag. 96. sq. und vergleiche noch *L. 18. pr. D. de mort. causa donat.*

14) S. ZIMMERN Gesch. des Röm. Rechts 1. B. 2. Abth. §. 186. S. 684.

Diese Ansicht ist besonders von Jacob Voorda¹⁵⁾ und Haubold¹⁶⁾ ausgeführt worden.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn von Errichtung eines Testaments oder eines Vermächtnisses über das peculum profectitium die Rede ist. Denn die Errichtung eines Testaments über das eigene Vermögen des Testators, oder eines Vermächtnisses aus demselben auf den Todessfall eines Dritten lauft schon dem Begriffe dieser Dispositionen zuwider. So wenig also der Vater ein Testament oder Vermächtniß über das peculum profectitium auf den Todessfall des Sohnes errichten kann, eben so wenig kann auch der Vater dem Sohne dazu die Erlaubniß ertheilen. Kann also der Sohn nicht einmal über das peculum profectitium mit Einwilligung des Vaters testieren, um wie viel weniger über das peculum adventitium, woran dem Vater gar kein Eigenthum, ja nicht einmal immer der Ussusfructus zusteht, wie Herr Professor Frix¹⁷⁾ recht gründlich dargethan hat.

Uebrigens hat das heutige Recht hierin nichts geändert. Es muß also noch jetzt um so mehr gelten, da

15) Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 19. pag. 324. (edit. alt. Trajecti ad Rhen. 1768. 8.)

16) Diss. de mortis causa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis. Cap. I. (in Opuscul. academ. a Wanck editis. Lipsiae 1825. 8.) Vol. I. pag. 446. sq.

17) Im Archiv für die civilist. Praxis 6. Bd. S. 208 — 210. S. oben Not. 5. Vergleiche auch Zimmer Gesh. 1. Bd. §. 189. a. E. und Not. 26. S. 696. Doch ist nicht zu übersehen Wilh. Müller's civilist. Versuch über die Natur der Schenkung auf den Todessfall. (Gießen 1827. 8.) §. 30.

die Notariats-Ordnung Maximilians I. oder der Cölnner Reichsabschied vom Jahre 1512. Tit. von Testamenten ausdrücklich verordnet, daß in der Lehre von Testamenten die Grundsätze des Röm. Rechts in Deutschlands Gerichten angewendet werden sollen¹⁸⁾. Nach mehreren Provinzialrechten¹⁹⁾ ist es jedoch Kindern, die noch unter väterlicher Gewalt sind, wenn ihnen nur der Mangel des gesetzmäßigen Alters nicht entgegensteht, über ihr eigenhümliches, auch adventizisches Vermögen zu testieren gestattet, ohne, auch in Ansehung des nicht freien Vermögens, der väterlichen Einwilligung zu bedürfen, jedoch ohne Nachtheil des väterlichen Missbrauchs.

Wenn übrigens die Gesetze einige Personen zur Strafe für unsfähig erklären ein Testament zu errichten, (lege intestabiles) wie z. B. die wegen verbotenen Zinswuchers²⁰⁾, oder wegen eines libellus famosus, d. i. wegen Bekanntmachung einer Schmähschrift, die den Vorwurf eines, als von dem Geschmähten begangenen, peinlich strafbaren Verbrechens enthält, ver-

18) S. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. V. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 55. SCHUMACHER Diss. cit. Cap. II. §. 10. KLEINSCHROD Diss. cit. Cap. III. §. 50. und RINGEL Diss. cit. pag. 24. sqq.

19) S. das allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 12. Tit. §. 18. Württemberg. Landrecht. 3. Th. 2. Tit. §. 10. Fränkische Landesgerichtsordn. 5. Th. Tit. XXXIX. §. 9. und 10. Frankfurter Reformation vom J. 1578 f. Th. IV. Tit. 2. §. 4. und Nürnberger Reformation vom J. 1564 f. Tit. XXIX. Ges. 5. fol. 181.

20) Cap. 2. de Usuris in Vito. (V. 5.)

urtheilt worden sind²¹⁾, ferner Reger und Apostaten²²⁾; so sind diese Bestimmungen h. z. L. ausser Gebrauch²³⁾. Die sich eines Incests schuldig gemacht haben, sind zwar nach dem Rechte des Codex nur insofern intestabiles, daß sie nicht zu Gunsten anderer Personen, als ihrer rechtmäßigen Descendenten, Ascendenten oder Seitenverwandten, testiren, und auch nur diese unter der Voraussetzung, daß sie nicht selbst zum Incest Veranlassung gaben, zu Erben einsetzen können²⁴⁾; allein nach der Nov. XII. Cap. 2. soll das Vermögen des Vaters schon bei dessen Leben den Kindern zufallen, und sie sollen zur Strafe des Vaters sui iuris werden,

21) L. 18. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 6. et 16. D. de iniur. (XLVII. 10.) L. un. C. de famos. libell. (IX. 35.)

22) L. 4. C. de haeret. (l. 5.) L. 3. C. de apostat. (l. 7.) Cap. 13. §. 5. C. de haeret. (V. 7.)

23) S. Claproth von Testamenten. §. 6. S. 53. und S. 56. Not. x. Littmanns Handbuch des gemeinen deutsch. Peinl. Rechts. 3. Th. §. 418. Grolmans Grunds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 228. von Quistorp Grundsätze des deutsch. Peinl. Rechts. §. 449. de Bohmer Observation. ad Carpzovium. Quaest. XCII. Obs. 4. STRYK caut. testamentor. Cap. III. §. 61. Frz. Schöman Handbuch des Civilrechts. 2. Bd. S. 42. f. Galchow Lehre von Strafen und Verbrechen. 2. B. §. 395. Not. *) von Hartitzsch Erbrecht. §. 22. Waleffs Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 959. a. E. Wegen der Passquillanten sind jedoch anderer Meinung STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 13. und H. Geh. Just. u. Ob. App. GerichtsR. Martin im Lehrbuch des deutsch. gemein. Criminalrechts. §. 177.

24) L. 6. C. de incest. et inutil. nupt. (V. 5.) Zimmers Grundsatz des Erbrechts. Anh. S. 55.

jedoch mit der Verbindlichkeit den Vater zu ernähren²⁵⁾. Die heutige Praxis dieser Bestimmungen des Röm. Rechts ist jedoch zweifelhaft²⁶⁾.

§. 1408.

Form der Testamente, äussere und innere, und daher entstehende Verschiedenheit der Testamente. Regelmässige. Unregelmässige.

Offentliche. Privat-Testamente.

Es ist aber, um die Intestaterbsfolge auszuschließen, nicht genug, daß der Testator in sich die Fähigkeit habe ein Testament zu errichten, sondern das Testament muß auch an sich die zu einem gültigen Testamente nöthigen Erfordernisse haben. Man nennt den Inbegriff dieser Erfordernisse die Form des Testaments²⁷⁾. Diese betrifft nun entweder dasjenige, was zur gesetzmässigen Errichtung des Testaments erforderlich wird; man nennt dies die äussere Form des Testaments; oder sie betrifft den Inhalt des Testaments, d. i. was der Testator in Ansehung der innern Auffassung des Testaments

25) Durch die Nov. XII. cap. 2. ist also die L. 6. C. de incest. napt. abgeändert worden. S. Conr. RITTERSUSIUS Juris Justinian. P. IV. Cap. 2. nr. 23. pag. 198. und MÜHLENBRUCH Doctr. Pandect. Vol. III. §. 461. et not. 11. 12.

26) S. de BOHMER Meditation. in Constitut. crim. Carolin. ad Art. CXVII. § 10. von Quistorp Grunds. des Peinl. Rechts. 2. Bd. §. 506. S. 335. a. E. (Der Kleinen Ausg. Leipzig. Roskof u. Schwerin 1812.) und Martin's Lehrbuch des Criminalrechts. §. 282. S. 734. f. und Not. 9.

27) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. VI. cap. 6. (Vol. III. pag. 310. sqq.) Lud. GOD. MADRIIN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. LXII. und WESTPHAL von Testamenten. §. 169.

zu beobachten hat. — Innere Form des Testaments. Diese besteht darin, 1) daß solche Personen im Testamente honorirt werden, welche die Gesetze nicht für unsfähig erklären, etwas aus einem letzten Willen zu erwerben. Die Erbteinsezung macht jedoch den wesentlichen Inhalt eines Testaments aus. 2) Daß keine Nothherben übergeangen, oder ohne gesetzmäßige Ursache entterbt werden; und 3) der Inhalt des Testaments überhaupt so abgefaßt werde, wie es der Vorschrift der Gesetze gemäß ist. Die äußere Testamentsform hat zum Zweck, Glauben und Gewißheit des Testaments durch die in den Gesetzen vorgeschriebene Art zu befestigen. In Rücksicht dieser Form kann nun ein Testament entweder auf eine solche Art errichtet werden, daß es dadurch öffentlichen Glauben erhält, — öffentliches Testament, *Testament mit öffentlicher Form, testamentum publicum*; oder es wird dem Testamente durch die Art, wie es errichtet wird, keine öffentliche Beglaubigung gegeben, — Privattestament, *testamentum privatum*.

Die ursprünglichen öffentlichen Testamente waren die *testamenta calatis comitiis, und in procinctu*²⁸⁾. Denn das zur Schlacht gerüstete Heer ward im Kriege

28) *S. Jo. Bern. MÜLLER Disq. acad. de testamenti publici origine et solennitatibus extrinsecis, praes. Henr. Christ. SENCKENBERG def. Goettingae 1736. 4. Cap. II. §. 1—3. Ge. Sam. MADIAN Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. Halae 1771. 4. S. II. pag. 7. Schrader's rechtsgeschichtliche Bemerkungen. Nr. II. in Hugo's civilist. Magazinie. 5. Bd. S. 154. Not. *** und Nöthirt's Grundlinien des Röm. Rechts. (Heidelberg 1824.) S. 109. S. 248.*

als das versammelte Volk angesehen, vor welchem der Bürger im Frieden sein Testament in den Comitien errichtete²⁹⁾). Beydes halte ich für Testamente im wahren Sinne des Worts. Denn Gaius³⁰⁾ nennt sie Testamente, und Ulpian³¹⁾ stellt sie mit dem testamento per aes et libram zusammen. So wie die 5 Zeugen bey diesem Testamente, welche nach der gar nicht unwahrscheinlichen Bemerkung mehrerer³²⁾ das Römische Volk, worauf auch wohl das Wort *Quirites* in der Nuncupationsformel hindeutet, vorstellten, und auch als solche zu Zeugen angenommen wurden: *vos Quirites testimonium perhibitote*; eben so waren die Comitien bey jenen blos der Solennität wegen versammelt, damit das Volk Zeuge dessen sey, was vor ihm geschahe, ohne gerade darüber berathen zu werden, und ohne Stimmen abzugeben³³⁾. Diese Ansicht bestätigt auch

29) S. den 33. Th. des Commentars. §. 1402. S. 339.

30) *Instit. Comm. II.* §. 101. *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt, nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erunt, aut in procinctu, id est, cum belli causa ad pugnam ibant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

31) *Fragm. XX.* §. 2. *Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est.*

32) S. Ul. Huber Digression. Justinian. P. I. Lib. IV. Cap. 52. und Gans Erbrecht s. Bd. S. 89. daß Gegentheil hat jedoch TIEKELL Tr. de origine et progr. testamenti faction. Cap. III. §. 17. pag. 102. sqq. zu zeigen gesucht.

33) THOMASIUS in Diss. Prima initia succession. testamen-

Theophilus³⁴⁾), wenn er uns von dem testamento calatis comitiis folgende Beschreibung macht:

tar. apud Rom. §. X. sqq. HEINCOVS in Diss. de origine testamenti factionis. §. XIII. et XIV. und TREKELL Tr. de origine et progressu testamenti fact. Cap. II. §. XII. sqq. sind zwar anderer Meinung. Sie läugnen, daß die testamenta calatis comitiis facta wahre Testamente gewesen. Denn nicht der freye Wille des Testirers sey hier entscheidend gewesen, sondern die Zustimmung des Volks. Sie hätten daher eben so, wie wenn ein Gesetz gegeben werden sollte, den Vorschlag von einer Röm. Magistratsperson, und formliche Abstimmung des Volkes erfodert, und wären also nichts anders gewesen, als leges quaedam singulares sive privilegia, wie TREKELL l. c. sagt, in gratiam alicuius a toto populo, *magistratu aliquo rogante, lata, per quae uni alieni personae certus heres extra ordinem constituebatur.* Allein Dernsburg in den Beyträgen zur Geschichte der römischen Testamente. Kap. 1. hat diese Ansicht ausführlich widerlegt, und gezeigt, daß bey einem testamentum calatis comitiis factum keine rogatio, nichts was beym Vorschlage eines Gesetzes erforderlich war, statt gefunden, sondern das Volk sey blos der Solennität wegen, damit das Vorgehende feierlich vor einem so ehrwürdigen Zeugen ausgesprochen werde, versammelt gewesen, aber ohne Stimmen abzugeben. Die ältesten Testamente hätten also so gut, wie die der späteren Zeit, auf der Privatwillkür des Testirers beruht. H. Prof. Gans im Erbrechte 2. B. 2. Absch. 1. Kap. S. 46. ff. hat jedoch jene angegriffene Ansicht wieder in Schuß genommen, und sie durch die Hypothese zu unterstützen gesucht, daß die Testamente in der ältesten Zeit zugleich ein Adoptionsverhältniß enthalten und begründet haben sollen. Denn daß vor der Bestätigung des Testaments in den Comitien eine eben so strenge Untersuchung, wie bey der Arrogation, besonders im Betreff der Kinder, Statt gefunden habe, gehe aus der Rede des CICERO *pro domo.*

Kαὶ τὸ μὲν *calatis comitiis* ἐγίνετο καιρός εἰρηνῆς, διὸ τοῦ ἐμιαυτοῦ, τοῦτον τὸν τρόπον ὁ κῆρυξ cap. 13. et 14. hervor. Die noch in späteren Zeiten, noch zu Anfang der Kaiserperiode vorkommende *adoptio per testamentum* aber erhebe die Vermuthung zur vollen Ges. wißheit, denn die testamentarischen Adoptionen, wovon, obwohl nur in den nichtjuristischen Classikern, so viele Beispiele vorkommen, (S. 60. ff.) ließen nothwendig auf eine ältere Römische Sitte schließen, und erhielten nur dann einen Sinn, wenn man annähme, in der früheren Zeit habe die testamentarische Einsetzung überhaupt ein adoptives Verhältniß begründet. Ich muß bekennen, daß ich zu wenig Gelehrsamkeit und Scharfsinn besitze, um es wagen zu dürfen, über einen Gegenstand zu urtheilen, worüber die Quellen so dürlig sind. Es sey mir also nur erlaubt, einige Zweifel dagegen vorzubringen. Die angeführte Stelle des Ciceron scheint mir das nicht zu beweisen, was daraus hervorgehen soll. Sie spricht von einer wahren Adoption, bey welcher es denn freylich darauf ankam, ob der, welcher adoptiren will, nicht selbst noch Kinder zeugen könne. Wie konnte aber bey der Testamentserrichtung in den Comitien eine eben solche Untersuchung statt finden, ob der Testator leibliche Kinder habe, oder nicht, wenn man an den ursprünglichen großen Umfang der *patria potestas* denkt, und sich dabey erinnert, daß selbst die Kinder keine Motherben waren? Wie hätte ferner ein Römischer Bürger, wenn die *testamenta comitiis calatis facta* wirklich eine Adoption enthalten hätten, in einem und demselben Acte testieren und arrogiren können? Die *adoptio per testamentum* hätte gewiß einen eigenen Act ausmachen müssen. Allein die Adoption durch Testament, ein Ausdruck, den kein einziger der juristischen Classiker zur Anwendung gebracht hat, war gar keine eigentliche Adoption, sondern eine mit der Erbeinsetzung verknüpfte Auflage des Erblassers Namens zu führen, wie Dirksen über *adoptio per testamentum*, in seinen Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts Abb. 3.

ἀπασαν περιήει τὴν πόλιν συγκαλῶν, καὶ πᾶς ὁ δῆμος συνέτρεχε, καὶ ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δῆμῳ.

Et illud calatis comitiis tempore pacis fiebat, bis in anno, hunc in modum: Praeco totam circumibat urbem convocans, omnisque populus concurrebat, et, qui volebat, TESTE POPULO testabatur.

Allein beyde Arten der Testamente kamen außer Gebrauch, nachdem die Privattestamente waren eingeführt worden, von denen nachher die Rede seyn wird. Das neuere Röm. Recht kennt zwey Arten öffentlicher Testamente, das gerichtliche, und das demselben gleichgeachtete Testament vor dem Kaiser. Von beyden spricht die Constitution des Kaisers Honorius, welche nur allein im Justinianischen Codex uns aufbehalten worden ist, denn in den heutigen Fragmenten des Theodosianischen Codex findet sie sich nicht. Es ist die L. 19. *Cod. de testam.* welche folgendermassen lautet:

Impp. HONORIUS et THEODOSIUS AA. Joanni P.P.

Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas, etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipum, aut aribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium: ita nec de eius unquam successione tracta-

Nr. III. S. 73 — 88. überzeugend dargethan hat. Man sehe auch den 2. Th. des Commentaris §. 341. f.

34) *Paraphr. gr. Institut. Lib. II. Tit. 10. §. 1.* Man sehe auch Reitz ad *Theophilum* h. l. not. i. Tom. I. pag. 529. et pag. 330. not. r.

bitur, qui nobis mediis, et toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium: cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur. Ne quid sane praetermississe credamus, huiusmodi institutionis successoribus designatis: omnia, quae scriptis heredibus competunt, iubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et ius omne ipsa completere aditio videatur. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare: et stabile sciatis esse, quod fecerit. Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt. Dat. XII. Kal. Mart. *Ravennae* post Consulatum HONORII VIII. et THEODOSII V. Conss. 413³⁵).

35) Diese richtige Zahl stimmt mit der angegebenen Consulatszahl des Kaisers Honorius nicht überein. Auch ist das Datum ganz unrichtig. Es muß vielmehr d. XVI. Kal. Martii, *Ravennae* post consulatum HONORII IX. et THEODOSII V. gelesen werden, wie *Jac. GOTTHARDUS Chronolog. Cod. Theod. Tom. I. Cod. Theod. pag. 179.* und *Car. Frid. WALCH ad Eckhardi Hermeneut. iuris. Lib. I. §. 225.* gezeigt haben.

Eine fast wörtliche Wiederholung dieser Constitution enthält die *Nov. VALENTINIANI III. Tit. 4. de Testamentis*, vom J. 446.³⁶⁾ worin sich auch Valentian auf die Constitution seines Onkels beruft, welches eben unser *Honorius* ist. Daß *Honorius*, nicht *Theodosius II.* der Urheber unserer Constitution sei, erhellt auch aus der Subscription, denn sie ist von Ravenna datirt^{37).}

Es ist merkwürdig, daß es hier als ganz bekannt vorausgesetzt wird, daß der Erblasser seinen letzten Willen, auch ohne alle Feyerlichkeit, mündlich vor Gericht, oder der städtischen Curie zu Protocoll erklären könne, und eine solche Erklärung des letzten Willens eben so gültig und wirksam sey, als wenn sie auf eine feyerliche Art vor Zeugen geschehen wäre. Es ist also offenbar, daß das gerichtliche Testament, iudiciale testamentum, oder testamentum publicum, quod fit apud acta, nicht erst aus dieser Constitution seinen Ursprung herleite^{38).} Wenn diese Testamentsform auf-

36) In Collect. Novellar. Constitution. Impp. Justiniano anterior. a RITTERO concinn. (*Codicis Theodos.* Tom. VI. P. II. adj.) Lib. II. Tit. 4. pag. 108. sqq. in Hugo iur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1320. sqq. Vielleicht ist wegen dieser Gleichheit die L. 19. C. von den Verfassern des Breviariums aus dem Theod. Codex weggelassen worden. S. WENCK Cod. Theod. ad L. 4. IV. 4. de testam. not. d. pag. 206.

37) S. WALCH ad *Eckhardi Hermeneut.* iur. §. 227.

38) S. Fried. Carl von SAVIGNY Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. 2. Kap. S. 82—84. und SPANGENBERG's Beitrag zu der Lehre von Testamenten; im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. Nr. V.

gekommen, ist unbekannt. Mehrere³⁹⁾ wollen ihren Ursprung von der Zeit herleiten, da die Comizien unter den Kaisern in den Senat verlegt worden sind, und dieser nachher mit dem Princeps an die Stelle des Volks getreten sey. Die Testamente, von denen unsere L. 19. spricht, wären daher an die Stelle der alten Comitial-Testamente getreten. Allein dagegen hat schon, Heineccius⁴⁰⁾ erinnert, daß wohl mehrere hundert Jahre vorher die testamenta comitiis calatis facta außer Gebrauch gekommen wären, ehe man an die gerichtlichen Testamente dachte. Nach der Erzählung des Theophilus⁴¹⁾, mit welcher auch Ulpian⁴²⁾

S. 159. ff. Man vergleiche noch Alb. Schweppes Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. S. 477. S. 690. (Der 2. Ausg. Göttingen 1822.)

39) Arn. Vinnius in Comment. ad. §. 1. J. de testam. ordin. nr. 1. in fin. und Joach. Hoppies Commentat. ad Institut. eod. loc. pag. 384. edit. Wälch.

40) Not. ad Vinnium. c. 1. pag. 520. (Lugduni 1761. 4.)

41) Paraphr. Gr. ad §. 1. J. de test. ord. Οὐτον δὲ τούτων τὰν ὅνο γενῶν, συνέβαινε πινας αἰφνιδία νόσῳ κατασχεδέντας, ἀδιαδέτους τελεντῷ. οὕτε γὰρ εαλατις comitiis διετίθεντο, διὰ τὸ μῆτο ἐπιστῆναι τὸν καιρὸν, οὕτε procinctu, διὰ τὸ μὴ εἶναι πόλεμον. ἄλλως τε δὲ διατίθεσθαι τις ἀπαίσιον ἐνόμιζεν ὡγιανοῦτι σώματι. Διὰ τοῦτο ἐπενοήθη τρίτον γένος, ὃπερ ἐλέγετο per aes et libram, τοντέστι δια χαλκοῦ καὶ ρυγοῦ. ἐγίνετο δὲ κατὰ ἐμαγχιτατίσθα. i. e. Porro quam haec duo essent genera, accidebat, ut nonnulli repentina morbo correpti, morerentur intestati: neque enim CALATIS COMITIIS testabantur, quia nondum tempus aderat, neque PROCINCTU, quia bellum non erat: aliter autem testari, aliquis inauspicatum

übereinstimmt, trat vielmehr das testamentum per aes et libram an die Stelle der alten Comitial-Testamente. Eben so unerweislich ist die auf jene Hypothese gebauete Ansicht S endenbergs⁴³⁾, daß es unter den Kaisern drey Arten öffentlicher Testamente gegeben habe, 1) *Imperatori oblata*, 2) *Senatui aut Municipibus oblata*, 3) *actis cuiusvis Judicis inserta*. Unstreitig ist das gerichtliche Testament unter den Kaisern durch Gewohnheit aufgekommen, wie auch Herr von Savigny⁴⁴⁾ behauptet. Daß es aber schon den classischen Juristen bekannt gewesen sey, ist darum nicht glaublich, weil sie kein mündlichen Testamente vom *solemnis numerus testium* sprechen⁴⁵⁾. Das gerichtliche Testament, welches wir aus der Constitution des Kaisers Honorius kennen lernen, ist aber ein mündliches Testament, welches durch eine bloße Erklärung zu Protokoll errichtet wurde, ohne alle sonst gewöhnliche Testamentsformlichkeit. Dies heißt hier *actis cuiuscunque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicare iudicium. Publicare testamentum* wird also hier nicht in der Bedeu-

credebat sano corpore. Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur PER AES ET LIBRAM, fiebatque per emancipationem. G. WALCH ad Hoppü Comment. in Institut. ad §. 1. de testam. ord. not. e. pag. 386.

43) *Fragm. Tit. XX. §. 2.* Illis duobus testamentis *abolitis*, (uno quod *calatis comitii*, altero quod *in procinctu appellatum est*) hodie solum in usu est, quod *per aes et libram* sit, id est, per mancipacionem imaginariam.

44) *A. a. D. S. 82.*

45) *S. z. B. L. 21. pr. D. h. t.* Man vergl. Schillings Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 427. Not. *).

tung genommen, wie wir es jetzt nehmen, nämlich ein Testament eröffnen und verlesen, welches erst nach dem Tode des Erblassers geschieht, sondern es heißt hier soviel als *testamentum apud acta confidere, actis insinuare*, und geht also auf die mündliche Erklärung des letzten Willens, den der Testator dem Gerichte eröffnet⁴⁶⁾. Die Eröffnung des Testaments nach dem Tode des Erblassers wird hingegen in den Gesetzen mit dem Worte *recitare* bezeichnet⁴⁷⁾. Doch ist hier der Sprachgebrauch der Constitutionen nicht immer so streng, denn zuweilen wird das Wort *publicare* auch für *recitare* gebraucht⁴⁸⁾. Beide Handlungen; die Errichtung eines Testaments vor Gericht, *publicatio*, s. *insinuatio testamenti apud acta*, und die gerichtliche Eröffnung desselben nach dem Tode des Erblassers, *recitatio testamenti*, müssen also wohl unterschieden werden. Denn so wenig sie auch mit einander gemein haben, so häufig sind sie doch verwechselt worden. Zene hatte nur bey den mündlich zu Protokoll gegebenen öffentlichen Testamenten Statt, diese aber bey den zugesiegelten feierlichen Privattestamenten. Die heutige Form, ein schriftliches Testament verschlossen zu den Gerichtsacten zu bringen, und es daselbst bis auf den Todesfall des Testirers aufzubewahren zu

46) *L. 18. et 19. C. de testam. L. 27. 50. 31. et 32. C. de donat.* (VIII. 54.)

47) *L. 6. D. Testam. quemadm. aper.* (XXIX. 5.) *L. 5. §. 18. D. de SCto Silan.* (XXIX. 5.) *PAULUS Sentent. Recept. Lib. IV. Tit. 6. §. 1. et 2. L. 1. C. Quemadmod. testam. aperiant.* (VI. 52.) *G. BRISONIUS de Verbor. Signif. voc. Recitare.*

48) *L. 2. L. 18. C. de testam.* *G. von SAVIGNY a. a. D. Not. 198. S. 84.*

lassen, wovon in der Folge die Rede seyn wird, waren Römern ganz unbekannt. Wie hätte man hier sagen können, testator mentis suae postremum publicavit iudicium? Einer bloßen Verwechslung beyder Gerichtshandlungen ist es wohl unstreitig zuzuschreiben, wenn der große Euja⁴⁹⁾, dem hierin mehrere⁵⁰⁾

49) Ad PAULI *Sentent. Recept.* Lib. IV. Tit. 6. §. 1. (in *Ant. SCHULTING Jurisp. vet. Antejust.* pag. 401.)

50) Ge. Sam. MADIHN s. *Christ. Benjam.* UBER Diatr. de validitate testamenti non rite oblati §. XIV. Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. de Successionib. §. LXXXIII. und Dasselben Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgeschichte Nr. XXI. S. 102 — 112. und, wie es scheint, auch Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 443. Not. 1. Es ist wohl zuviel gesagt, wenn H. Hof- u. Canzl. R. Spannberg in der oben angef. Abhandlung S. 160. Not. 38. bemerkt, alle Neuern wären dem Euja^z gefolgt. Schon Franc. Car. CONRADI in Diss. de testamento publico, quod fit apud acta. (Helmst. 1741. 4.) S. 2. machte auf den oben bemerkten Unterschied aufmerksam, und Car. Chrisph. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1376. not. a. widerlegt namentlich Madihns Meinung in Pr. iur. Rom. P. II. §. 495. Vorzüglich ist die Meinung des Euja^z widerlegt vom H. von Savigny a. a. D. Ihm sind gefolgt Thibaut im Archiv für die civilist. Praxis. 6. B. S. 229. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin bis auf Theodosius II. und Valent. III. S. 92. Not. 2. Albre. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthüm. S. 477. S. 691. Roskirt Grundlin. des Röm. Rechts. S. 109. S. 251. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Rechts. 2. Bd. V. Buch. S. 451. und Joh. Jac. Lang im Lehrb. des Justinian. Röm. Rechts (Mainz 1850. 8. S. 447.

Neuere gefolgt sind, die Hypothese aufstellt, daß die Römer gerichtliche Testamente der Form nach gar nicht gekannt, sondern die römischen Bürger blos die Gewohnheit gehabt hätten, ihre Testamente, wenn sie an sich in der gehörigen Form gemacht worden, der sichern Aufbewahrung wegen ins Gericht zu bringen. Die gerichtlichen Testamente der Römer wären daher nicht ohne die ordentliche Form gültig gewesen. Allein die Gründe für diese Meinung sind nicht überzeugend. Es kann allerdings seyn, daß ängstliche Testatoren zuweilen auch feierliche Testamente den Gerichten zur Aufbewahrung übergaben, so wie man auch wohl der Sicherheit wegen Testamente in den Tempeln der Gottheiten verwahrlich zu hinterlegen pflegte⁵¹⁾; allein daß darin die Form der gerichtlichen Testamente bey den Römern bestanden habe, ist unerweislich. Das Gegentheil erscheint vielmehr daraus, daß in unserer *L. 19. C. de testam.* die Errichtung eines Testaments vor Gericht, von der Errichtung eines Testaments vor Zeugen ganz deutlich unterschieden wird, wenn es darin heißt: *Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum, AUT auribus privatorum mentis suaे postremum publicavit iudicium.* Eben so heißt es in der *Nov. VALENTINIANI III. de testamentis:* Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem⁵²⁾, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere. Die dagegen aus *Pau-*

51) S. den 33. Th. des Commentars. §. 1403. S. 337.

52) Die vorhergehenden Worte: *iure civili atque praetorio* beziehen sich also wohl blos auf die schriftliche Art nach dem Civil- und prätorischen Rechte zu testieren. S. Schilling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 376. Not. 1056.

lus⁵³⁾ und Ulpian⁵⁴⁾ angeführten Stellen können so wenig, als die herbegezogenen Verordnungen der Kaiser Alexander⁵⁵⁾, Valerian und Gallienus⁵⁶⁾ etwas beweisen, da sie nicht von Errichtung gerichtlicher Testamente, sondern von Eröffnung der Testamente nach dem Tode des Erblassers reden, welche vermöge der Lex Julia vicesimaria auf die Art vor Gericht geschehen mußte, wie sie Paulus in der angeführten Stelle beschreibt. Die Stelle aus Marculf's Formeln⁵⁷⁾,

53) *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit. 6. §. 1. et 2.*

54) *L. 2. §. 4. D. Testam. quem. aperiant.*

55) *L. 2. C. de testam.*

56) *L. 2. C. Quemadm. testam. aperiant. (VI. 52.)*

57) *Lib. II. Form. 37.* Sie lautet, so wie sie Cujacius in notis ad PAULI *Sentent. recept.* lib. IV. Tit. 6. (in Ant. Sculting Jurispr. vet. Antejust. pag. 401.) aus einer Handschrift des Emarus Ranconettus edita hat, folgendermaßen: *Anno illo, sub die illa, civitate illa, adstante defensore et omni curia illius civitatis, Titius prosecutor dixit: peto optime defensor, vosque laudabiles curiales atque municipes, ut mihi codices publicos patere iubatis. Quaedam enim in manibus habeo, quae gestorum cupio allegatione roborari. Defensor et curiales dixerunt, patent tibi codices publici, prosequere quae optas. Prosecutor dixit: Gaius vir illustris mihi mandavit, testamentum; ut mos est, gestis municipalibus insinuarem. Defensor dixit, mandatum quidem recitatum est, sed testamentum, quod prae manibus te habere dicis, etiam nobis praesentibus recitetur, et, ut postulas, gestis publicis firmetur. Post recitationem testamenti Defensor et curiales dixerunt, testamentum, quod recitatum est, gestis publicis inseratur. Prosecutor dixit: hoc amplius peto, optime Defensor, ut mihi gesta publice*

worauf Eu jaz und die ihm gefolgt sind, ihre Hypothese hauptsächlich stützen, scheint zwar allerdings von der Insinuation eines feyerlichen Testaments in die Gerichtsacten zu reden; allein sie beweist nicht, daß die gerichtliche Insinuation nicht ohne die ordentliche Form eines Privattestaments gültig hätte geschehen können. Vermöge der von dem Testator dem Prosecutor ertheilten Vollmacht sollte das Testament, ut mos est, also wie es der Gerichtsgebrauch mit sich bringt, den gestis municipalibus insinuirt werden. Es mußte also selbst das feyerliche Testament in den Gerichten verlesen, (testamentum nobis praesentibus recitetur) es mußte also eröffnet, und seinem ganzen Inhalte nach in die Gerichtsacten eingetragen werden. Wo blieb nun die vorhergehende Feyerlichkeit, da jetzt die gerichtliche Form an deren Stelle trat? Denn darin besteht ja eben die gerichtliche Insinuation, wenn Etwaß zu Protocoll gegeben und genommen wird⁵⁸⁾. Es kam hier aber noch der Umstand hinzu, daß der Testirer nicht selbst vor Gericht erschienen war, sondern zur gerichtlichen Aufnahme des Testaments einen Prosecutor geschickt hatte.

edantur. Defensor et ordo curiae dixerant: quia testamentum et mandatum rite condita, et bonorum virorum subscriptionibus firmata cognovimus, aequum est, ut gesta, cum a nobis subscripta, et ab amanuensi edita, tibi ex more tradantur, eademque in archivis publicis conserventur. Hier und da etwas verändert, jedoch in der Hauptsache übereinstimmend, findet sich diese Formel auch in Steph. BALUZZI Capitular. Regg. Francor. Tom. II. pag. 426. sqq.

58) G. GRUPPEN Observationes de forma confaciendi acta apud Romanos. (Hanover. 1753. 4.) S. 4. pag. 40. sqq.

Schon dieser Umstand machte es nothwendig, die Vollmacht, und die Unterschriften der Testamentszeugen genau zu untersuchen, um Verfälschungen und Beträgereyen zu verhüten. Mehrere vergleichende Urkunden über gerichtlich insinuirte Schenkungen und Testamente, welche durch Bevollmächtigte geschahen, haben Lindenbrog⁵⁹⁾ und Mabillo⁶⁰⁾, angeführt. Wie aber, wenn der Testator selbst vor Gericht erschienen wäre? Wäre auch dann die Insinuation des Testaments nicht ohne vorhergegangene feierliche Errichtung desselben vor Zeugen gültig gewesen? Hier fehlt es ganz am Beweise. Es scheint also jenes Verfahren vor Gericht nur bey solchen gerichtlichen Insinuationen der Testamente statt gefunden zu haben, die durch Prosecutoren, wie sie in den angeführten Urkunden genannt werden, d. i. durch Bevollmächtigte geschahen, und zwar zu deren eigenen Legitimation und zur Sicherheit der Gerichte. Doch noch eins. In dem besondern Falle, welcher zur *Novella VALENTINIANI III. de testamentis* vom J. 446. die Veranlassung gab, hatten zwey Ehegatten sich in einem vor sieben Zeugen errichteten Testamente wechselseitig instituirt⁶¹⁾, und die Urkunde dem Kaiser

⁵⁹⁾ *Formulae. Nr. LXXIII.* (in *BALZIUS Capitular. Regg. Francor. Tom. II. pag. 531. sq.*)

⁶⁰⁾ *Append. Suppl. de Re Diplomat. pag. 77.* Alle diese Formeln findet man auch in *Grupen Observation. cit. de forma conficiendi acta apud Rom. §. 4. pag. 44—49.*

⁶¹⁾ *Nov. cit. §. 3. verbb. quæmis in unius chartae volume supremum votis paribus condidere iudicium, septem testiam subscriptionibus roboratum.* S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen

mit einer Bittschrift übergeben. Wer wollte daraus folgern; daß auch ein testamentum principi oblatum nach dieser Novelle nicht ohne die ordentliche Form gültig gewesen sei? Welcher Widerspruch mit den Anfangsworten: *Jam dudum quidem divus avunculus noster, testamentorum compendia generali lege complexus, formulam juris antiqui, et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit, validissimam statuens voluntatem, eum de nostris altaribus conjuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes!*

Die andere Art öffentlicher Testamente des neuern Rechts ist das Testament vor dem Kaiser, welches nun eben so, wie das vor Gericht, ohne alle Feierlichkeit gelten soll. Diese Testamentsform ist es, welche erst durch die Constitution des Kaisers Honorius ist eingeführt worden⁶²⁾. Die Veranlassung dazu gab, wie *Fac. Gothofredus*⁶³⁾ bemerkt hat, die Lex Julia et Papia Poppaea, nach welcher Ehegatten, welche einander in einem wechselseitigen Testamente zu Erben eingesetzt hatten, nur dann das Ganze, was sie einander hinterlassen haben, bekommen konnten, wenn sie in der Ehe Kinder mit einander gezeugt hatten⁶⁴⁾. Doch konn-

der Röm. Kaiser von Theodos II. — bis auf Justinian.
S. 34. Not. 4.

62) *Sam. STRYK* Diss. de testamento principi vel iudici oblatu. *Halae 1702.* 4... und *Car. Frid. WALCH* Diss. de testamento principi oblatu. *Jenae 1777.* 4:

63) *Comment. ad L. 6. C. Theod. de ipoff. testam.* Lib. II. Tit. 19. Tom. I. pag. 207. (edit. *Ritter.*) Man vergl. auch *WALCH* Diss. cit. cap. I. §. 10.

64) *ULPIAN.* *Fragm. Tit. XVI.* §. 1. *Jo.. Gouil. HEINRICH.*

ten auch solche Ehegatten, die keine Kinder hatten, das ius liberorum vom Princeps erhalten⁶⁵⁾: Catullinus, welcher in der L. 4. C. Theod. de iure liberor. die mit unsrer L. 19. von welcher sie, wie Iac. Gothofredus bemerkt hat, einen Theil ausmacht; zu verbinden ist, clarissimus vir genannt wird, hatte mit seiner Gattin keine Kinder gezeugt, beyde Ehegatten sehten sich gleichwohl in einem wechselseitigen Testamente einander zu Erben ein, und übergaben ihr Testament, ohne alle weitere Form, dem Kaiser Honoriūs mit der Bitte, ihnen das ius liberorum zu ertheilen. Der Kaiser nahm das Testament an, ohne darauf zu rescreiben, und erließ die Constitution, welche wir L. 19. de testam. in dem Justinian. Codex lesen. Ein gleicher Fall mit den Leoniussischen Eheleuten gab nicht lange nachher auch dem Kaiser Valentinian III. Gelegenheit zur Erneuerung dieses Gesetzes. Er verordnete aber zugleich, daß nicht blos den Ehegatten, die um das ius liberorum supplicirten, sondern auch jedem Andern das Recht zustehen solle, seinen letzten Willen mit einer Bittschrift dem Kaiser zu übergeben, und ein solcher letzter Wille sollte auch ohne Form so vollkommen gültig seyn, wie jedes andere Testament. Die bloße Wissenschaft des Kaisers solle genügen, wenn gleich kein bestätigendes Rescript darauf erfolgt seyn sollte. Es heißt in der Novelle dieses Kaisers §. 1⁶⁶⁾.

arvs ad Leg. Julianam et Papiam Poppaeam Comment.
Lib. II. Cap. 15. §. 6—8. pag. 283—291.

65) ULPIAN. c. 1. HEINRICIUS cit. loc. §. 8. pag. 289. sqq.
und WALCH cit. Diss. pag. 25. sq.

66) Nach Huao in iure civ. Antejust. Tom. II. Nov. LXIII.
Lib. II. Tit. 21. pag. 1321.

Sed quoniam *Leonius*, vir spectabilis, munitus veteribus constitutis, nostram supplex maluit exspectare sententiam, occasionem novandae legis amplectimur, salubri definitione censes, ut, sive inter se coniugum, seu quorumcunque consensus, oblatis serenitati nostrae precibus optaverit, morte praeventis⁶⁷⁾ heredem superstitem fieri oportere personam, hoc ita ratum firmumque permaneat, ut nihil robustius aestimetur.

§. 2. Et in augustam⁶⁸⁾ notitiam pervenisse

67) Ritter in seiner Ausgabe der Novellen des Kaisers Valentinian III. Tit. IV. Tom. VI. P. II. Cod. Theod. pag. 109. liest *praeventi*. Diese Lesart scheint mir den Vorzug zu verdienen.

68) Nach Ritters Bemerkung ad h. Nov. not. f. pag. 110. will SICARD et ad nostram statt in augustam notitiam lesen, ihm stimmt auch WALCH cit. Diss. Cap. II. §. 3. pag. 35. bey. Ich sehe jedoch keinen Grund, die gemeine Lesart für unrichtig zu halten. *Augustum* heißt ja alles, was die Person des Kaisers zunächst betrifft, also nicht blos seine Gemahlin heißt *Augusta*, sondern bey OVIDIUS ex *Ponto Lib. I. Epist. 2.* v. 117. kommen auch sogar *augustae aures* vor. Warum hätte nun K. Valentinian nicht auch seine Wissenschaft als Kaiser eine *augusta notitia* nennen können? G. GESSNER Thes. Linguae et erudit. Rom. voc. *Augustas* Tom. I. pag. 547. sq. besonders AEGID. FOROBILLINI Lexic. totius Latinit. h. v. pag. 288. sq. Es ist daher unbegreiflich, wie einige Rechtsgelehrten z. B. Ahasv. FRITSCH in Diss. de *augusta Romanor. imperatrice*. Cap. 8. und Ben. CARRIZOV de *lege regia*, Cap. II. Sect. I. unter *Augusta* die Gemahlin des Kaisers haben verstehen, und im Ernst glauben können, daß auch dieser das Testament habe übergeben werden können. Mag auch Ulpian L. 31. D. de *legib.* immerhin sagen:

sufficiat, etiamsi nullum processerit ex hac parte responsum.

Es soll jedoch durch diese Testamentsform dem Rechte eines Dritten kein Eintrag geschehen, also den Nothherben, welche dadurch verlebt, oder im Testamente übergegangen worden sind, der Weg zur competenten Klage keinesweges verschlossen seyn. Daher fügt der Kaiser Valentinian in der angeführten Novelle §. 6. noch hinzu:

Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto munusse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querelam, vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum iuris et legum statuta servamus.

Und Jacob. Gothofredus⁶⁹⁾ hat wohl nicht Unrecht, wenn er die *L. 6. C. Theodos. de inoff. testam.* (II. 19.) welche so lautet:

Adversus iudicium omnibus integris atque servatis, quibus inofficiosi actio, aut de immodieis donationibus cooperit forte competere, vel qui se praeteritum esse testatur. Nos enim ita huiusmodi institutiones firmandas esse censuimus, ut competentibus actionibus viam minime clauderemus.

Principes eadem Augustae privilegia tribuunt, quae ipsi habent; so war doch der Kaiserin keine gesetzgebende Gewalt mitgetheilt. Godann passen ja die Worte: *quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet,* durchaus nicht auf die Gemahlin des Kaisers, wie auch schon WALCH cit. Diss. Cap. II. §. 3. bemerkt hat.

69) Comm. ad L. 6. C. Th. de inoff. testam. Tom. I. pag. 207. edit. Ritter.

für einen Theil der L. 19. *C. de testam.* hält, Denn sie ist auch von Honorius, und hat dieselbe Inscription und Subscription.

Es ist sehr wahrscheinlich, daß dieser Theil des Gesetzes in Zusammenhange mit den Worten der L. 19. *si ei alia nocere non possunt,* gestanden habe.

Nach den Verordnungen der Kaiser Honorius und Valentinian III. ist das Testament vor dem Princeps kein mündliches, sondern der letzte Wille mußte dem Kaiser mittelst einer Bittschrift überreicht werden. Ob man denselben der Supplic wörtlich einschaltete, oder ihn derselben schriftlich befügte, galt gleichviel⁷⁰⁾. Das Testament mußte nur dem Kaiser selbst mit der Bittschrift überreicht werden, und also dieser darum wissen. Denn eben dieses erzeugte den Mangel aller sonst gewöhnlichen Testamentsfeyerlichkeiten, wie aus den Anfangsworten: *Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide⁷¹⁾* preibus — etiam conscientiam principis tenet, erhellet. Es heißt zwar auch: voluntates hominum *audire* volumus, und gleich nachher: *hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur.* Man

70) WALCH cit. Diss. Cap. II. §. 2. 4. et 5.

71) Die Worte *mera fide* werden zwar verschieden erklärt, wie aus WALCH Diss. cit. Cap. II. §. 9. zu ersehen ist. Die richtigste Erklärung ist jedoch die des Jac. GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de inoff. testam. Tom. I. pag. 207. sq. edit. Ritter, welcher diese Worte so versteht, daß der Testator in der Supplic seinen letzten Willen ohne alle Feyerlichkeit erklärt. Höpfner im Commentar über die Heincc. Institutionen § 443. Not. 1. S. 471. erklärt die *mera fides* von einer vollkommenen Glaubwürdigkeit.

möchte also glauben, der Testator habe dem Kaiser seinen letzten Willen auch mündlich eröffnen können. Allein die Ausdrücke audire und auribus intimare sezen nicht nothwendig eine mündliche Erklärung voraus. Denn man erwäge, daß die Suppliken nicht dem Kaiser selbst, sondern dem magistro libellorum übergeben werden müßten, welcher nachher dem Kaiser daraus referirte⁷²⁾. Godann heißt auch audire nicht immer soviel als hören, es bedeutet auch soviel als ein bey dem Richter oder auch beym Kaiser angebrachtes Gesuch zulassen, wie Brissonius⁷³⁾ schon längst bemerkt, und aus vielen Gesetzstellen erwiesen hat. Eben so bedeutet auch die Redensart: auribus alicuius quid intimare, nichts anders als bekanntmachen, in Kenntniß sezen, erklären,

72) G. G. PANCIROLI Comment. in Notitiam Imp. Orient. Cap. 96. pag. 150. sqq. Jac. GUTHENIUS de officiis Domus Augustae. Lib. III. Cap. 5. pag. 447. sqq. Jac. GOTHOFREDUS Comment. ad L. un. Cod. Theod. de magistris Scrinior. Lib. VI. Tit. 11. Tom. II. pag. 93. sqq. Christ. ULR. GRUPPEN Observationes de forma confic. acta apud Romanos. Obs. II. §. 2. pag. 91. sqq. und Christ. GOTTL. HAUBOLD de consistorio Principum Romanor. Specim. II. Cap. VII. §. 7. (Opusc. a WANCKIO editor. Vol. I. pag. 308.)

73) De Verbor. Signif. voc. *Audire*. Daher wird auch das Consistorium Principis in den Gesetzen häufig *auditorium*, auch *sacrum auditorium Principis* genannt. L. 2. C. Th. de pact. et transact. L. 13. 40. 44. et 48. C. Th. de adpellat. L. 3. 4. et 5. C. Th. de reparat. Jac. GUTHENIUS de officiis domus Aug. Lib. I. Cap. 17. pag. 58. WALCH cit. Diss. Cap. II. §. 7. besonders HAUBOLD de Consistorio Princip. Rom. Specim. I. Cap. I. §. 2. (Opusc. Tom. I. pag. 194. sqq.) hauptsächlich aber Cap. III. §. 1. pag. 230. sqq.)

vorbringen⁷⁴⁾). Ueberhaupt aber ist bekannt, daß es seit Tiberius Sitte war, alles, was an den Kaiser gebracht wurde, schriftlich vorzubringen⁷⁵⁾. Schon der Ausdruck *preces principi oblatae* deutet auf ein schriftliches Anbringen hin.

Daß jedoch die alleinige Gegenwart des Kaisers zur Uebergabe des Testaments nicht genügte, beweisen die Worte: *quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet*. Ob aber die Uebergabe dem Kaiser gerade in der Versammlung seines Consistoriums habe geschehen müssen, oder ob sie auch, ausser demselben, in Gegenwart einiger seiner Räthe habe geschehen können, ist streitig. Viele⁷⁶⁾ behaupten das letzte, weil des Consistoriums im Gesetz mit keinem Worte Erwähnung geschehe; auch nicht nothwendig folge, daß die *nobiles probataeque personae* gerade *comites consistoriani* seyn müßten, da es bekannt sey, daß die Römischen Kaiser, auch ausser ihrem Consistorium, immer von einer Begleitung hoher Staatsbeamten und Standespersonen umgeben gewesen.

- 74) S. Jac. GOTHOFREDI Glossar. *nomic.* Cod. Theodos. voc. *Intimare.* Tom. VI. P. II. pag. 221. BRISSONIUS de V. S. voc. *Intimare.*
- 75) TACITUS *Annal.* Lib. IV. cap. 38. und Lib. I. Tit. 19. Cod. Just. *de precibus Imperatori offerendis.* S. JAC. GUTHERIUS de officiis Domus August. Lib. I. Cap. 34. pag. 164. sqq.
- 76) S. WALCH Diss. cit. Cap. II. §. 8—10. und Dasselben *Introductio in controv. iuris civ.* Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 3. Not. *. pag. 287—289. Mich. GOD. WBRNEBR lectissim. *commentation.* in Pand. P. II. h. t. §. 14. Jul. FRID. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II Sect. ult. §. 692.

Im Kaiserlichen Consistorium wären überdem nur solche Geschäfte verhandelt worden, welche eine Berathung erforderlich hätten, wozu die bloße Uebergabe eines Testaments nicht geeignet sey. Es hätte auch dann den actis palatinis einverlebt werden müssen, aber dann wäre es ja vom testamentum iudiciale nicht unterschieden gewesen, von dem es doch in den Worten: *qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicavit iudicium*, deutlich unterschieden werde. Mehrere⁷⁷⁾ wollen sogar nicht einmal die Gegenwart anderer Personen, geschweige denn geheimer Staatsräthe, für nöthig halten, sondern meinen, es sey schon genug, wenn das Testament auch nur dem Princeps allein überreicht werde, weil die Gültigkeit des Testaments in dem Ansehen und der Wissenschaft des Regenten beruhe, welches die Stelle jeder andern Feierlichkeit vertrete. Die Worte: *inter tot nobiles probatasque personas* wären keine *verba dispositiva*, woraus eine Nothwendigkeit der Gegenwart dieser Personen folge, sondern bloße *verba enunciativa*, welche nicht entscheidend wären. Allein diese Meinung widerstreitet dem Wortverstande des Gesetzes so offenbar, daß sie gar keiner Widerlegung bedürfte, wenn sie auch nicht schon so gründlich von Walch⁷⁸⁾ wäre widerlegt worden. Die meisten⁷⁹⁾ be-

77) Jo. Ott. TABOR de testamento principi aut comiti oblatō. Cap. VI. §. 11. Sam. STRYK Diss. de testamento principi vel iudici oblatō. (Halae 1702.) §. 12. de BARRA Oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. §. 2. (Tom. I. p. 358. edit. Haubold.)

78) Controvers. iur. civ. c. 1. pag. 287. sqq.

79) Jac. CUSACIUS Recitation. solemn. ad tit. 23. Lib. VI. Cod. de testam. ad L. 19. a verb. *Unicam tantum ad-*

haupten dagegen, daß zur Form eines Testaments vor dem Princeps erforderlich sey, daß es demselben in der Versammlung seines Consistoriums übergeben werden müsse. Diese Meinung ist auch der Vorschrift der L. 19. C. de testam. allerdings gemäßer, man verstehe nun unter dem Consistorium entweder den geheimen Staatsrath des Kaisers, welcher für Staats- und Regierungssachen, oder den obersten kaiserlichen Gerichtshof, den man *auditorium Principis* im eigentlichen Sinn nannte, welcher für Justizsachen angeordnet war⁸⁰⁾). Denn Erstens können die Worte *inter tot nobiles probatasque personas*, worunter gewiß keine andere Personen, als geheime Minister und Staatsräthe, (comites consistoriani) oder geheime Tribunalräthe (assessores auditorii, s. conciliarii Principis) verstanden werden können, denn

demus. *Jac. GOTHOFREDUS* ad L. 6. C. Th. de inoff. testam. Tom. I. pag. 208. edit. *Ritter.* *Hug. DONELLUS* Comment. de iure civ. Lib. VI. cap. 6. §. 4. Vol. III. pag. 311. uad Comm. ad L. 19. C. de testam. pag. 365. *Christ. ULR. GRUPPN* Observat. 2. de forma testamentorum. iudicialium et privator. in scriptis. §. 2. pag. 86 — 95. *Es. FRID. a PUPENDORF* Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 197. §. 5. *Theod. Maxim. ZACHARIÄ* Institutionen des Röm. Rechts. Lib. IX Tit. 11. a. E. §. 485. *Höpfner* Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 443. Not. 1. §. 471. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen der Röm. Kaiser von Constanti. I. bis auf Theod. II. und Valent. III. §. 92. und Spangenberg Beitrag zur Lehre von Testamenten, im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. §. 173.

80) Von diesem Consistorium habe ich im 31. Th. des Commentars §. 1355. d. §. 241. ausführlicher gehandelt.

von beyden sagt Papinian⁸¹⁾, circa latus Principis agebant; unmöglich von einer blos zufälligen Gegenwart einiger geheimen Staatsräthe, oder anderer hohen Standespersonen verstanden werden, in deren Gesellschaft sich etwa der Kaiser außer der Versammlung seines Consistoriums bey der Uebergabe des Testaments befand. Nein, sie deuten unläugbar auf die Versammlung des Consistoriums, oder Auditoriums selbst hin, in welcher der Kaiser zur Zeit der Ueberreichung des Testaments das Präsidium führte. Auf diese Versammlung beziehen sich auch Zweyten's unstreitig die Worte *nobis mediis*, welche nichts anders heißen, als *nobis inter comites consistorianos seu Consiliarios nostros praesentibus*. Daß Drittens die Aufnahme des Testaments hier eben so wie bey dem gerichtlichen Testamente, mit welchem dasselbe verglichen wird, zu Protocoll geschehen mußte, ist schon dem Geschäftsgange eines solchen Collegiums ohnehin gemäß. Denn so wie alles Vorbringen im Gerichte, eben so mußte auch, was in dem Consistorium oder Auditorium des Kaisers angebracht wurde, wie sich auch von selbst versteht, zu Protokoll genommen werden, weil ja extra acta publica keine fides publica denkbar ist. Daher heißt es auch *actis cuiuscunque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicavit iudicium*. Wie konnten nun acta publica verfaßt werden, wenn sich der Kaiser außer seinem Consistorium oder auditorium befand? Das Testament ward endlich Vierten im Archiv des Kaisers niedergelegt, denn gerade darauf beruhte ja die ganze Gültigkeit des Testaments, daß es das Ansehen des Kaisers und die Glaubwürdigkeit seines Archivs für sich hatte, wie aus den

81) L. 30. pr. D. de excusat. L. 11. S. 2. D. de minor.

Worten erhellet: *toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste succedit.* Da es viererley scrinia sacri palatii gab, in denen die Acten und Urkunden, welche das Recht betrafen, aufbewahrt wurden, nämlich scrinia memoriae, dispositionum, epistolarum und libellorum, von denen einem jeden ein kaiserslicher Beamte vorgesetzt war, welcher *magister* genannt wurde.⁸²⁾; so wird nun zwar nicht gesagt, in welchem Archiv das dem Princeps überreichte Testament sey niedergelegt worden. Da es jedoch der magister libellorum, so wie alle dem Kaiser überreichte Bitschriften, in Empfang nahm, und dem Kaiser daraus referirte⁸³⁾; so ist wahrscheinlich das Testament in dasjenige Archiv hinterlegt worden, welchem derselbe vorgesetzt war⁸⁴⁾. Wer sollte also wohl glauben, daß der Kaiser außer seinem Consistorium sollte Testamente angenommen haben, oder daß die Hinterlegung des Testaments in das Archiv geschehen wäre, ohne darüber ein Protocoll zu verfassen, wovon auch wohl der Testator zu seiner Notiz eine Abschrift erhielt? Noch einen Beweis liefert uns die Novelle des Kaisers Valentinian III. *de testamentis.*

82) Von diesen Scriniis und deren Vorgesetzten handeln ausführlich *Guid. PANCIROLI* Commentar. in *Notitiam Imp. Orient.* Cap. 93 — 97. pag. 145 — 152. *Jac. GUTHRIUS de officiis Domus Augustae.* Lib. III. cap. 5 — 7. pag. 427 — 474. und *Jac. GOTHOFRIDUS Paratitl. ad Libri VI. Tit. 26. Cod. Theod. de proximis, comitibus dispositionum, ceterisq. qui in sacris scriniis militant.* Tom. II. pag. 145. (edit. Ritter.)

83) *PANCIROLUS* c. I. Cap. 96. pag. 151.

84) *S. Jac. GOTHOFRIDUS* Comment. ad L. 6. Cod. Theod. de inoff. testam. Tom. I. pag. 208.

In dieser sagt Valentian in Beziehung auf die Constitution seines divus avunculus, des Kaisers Honorius: *validissimam statuens voluntatem, cum de nostris ALTARIBUS coniuges petunt, ut decadenti prius succedat superstes.* Hier ist der Ausdruck nostra altaria merkwürdig. Er deutet auf den Charakter der Divinität hin, welchen die römischen, selbst christlichen Kaiser sich zueigneten. Sie bezeichneten mit diesem Ausdruck vorzüglich den Ort, wo sie als Regenten verfügten, oder als oberste Richter Recht sprachen⁸⁵⁾; ein Ausdruck, welcher in den Verordnungen der christlichen Kaiser⁸⁶⁾ öfters vorkommt, und sich auf die alte Sitte bezog, nach welcher an den Orten, wo Gericht gehalten wurde, Altäre errichtet waren, auf welchen die Partheyen zuvörderst opferten, ehe sie ihre Sache vor Gericht anbrachten, weil man die Richter gleichsam als Götter verehrte⁸⁷⁾.

85) GRUPPI in Obs. 2. de forma testamentor. judicial. §. 2. pag. 89. erklärt diesen Ausdruck durch *consensus in Consistorio.* Ihm stimmt auch HAUBOLD de Consistorio principum Romanor. Spec. I. Cap. I. §. 5. (*Opuscul. Vol. I.* pag. 198.) bey. WALCH cit. Diss. Cap. II. §. 10. meint hingegen, daß unter *altaria nostra* die Person des Kaisers selbst verstanden werde.

86) L. 6. C. Th. de Relation. (XI. 29.) *nostris altaribus suggestio offeratur.* L. 7. C. Th. de locatione fundor. (X. 3.) *Rescriptum de nostris altaribus menerit.*

87) LACTANTIUS de mortibus persecutor. Cap. 15. Ne cui temere ius diceretur, aiae in secretariis ac pro tribunali positae, ut litigatores prius sacrificarent, atque ita causas suas dicerent, sic ergo ad iudices, tamquam ad deos, adiretur. G. Thom. WAGNER Diss. de

Uebrigens soll es den in einem solchen Testamente eingesetzten Erben nichts schaden, wenn auf die Ueberreichung des Testaments kein Rescript erfolgt ist. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint, sagt unsere Constitution, und führt den Grund an, daß mit es nicht das Ansehen haben möchte, als sey durch das Rescript dem Testirer die Freyheit benommen, seinen letzten Willen wieder zu ändern. Denn der Kaiser will nur den letzten Willen anhören, aber nicht desselben Aenderung verbieten. Voluntas enim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum, quod per supplicationem auribus nostris intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur.

Wenn jedoch das Gesetz sagt: omnium testamentorum solemnitatem superare videtur sc. testamentum principi oblatum; so geht dieses nur auf die äußere Form der Errichtung; (solemnitas ordinationis) ist aber nicht so weit auszudehnen, daß auch dadurch der Mangel der activen Testamentification ergänzt werde. Der Gesetzgeber setzt es ausdrücklich voraus, daß diejenigen, denen das Privilegium vor dem Princeps zu testiren zustehen solle überhaupt zu testiren fähig seyn müssen. Omnibus enim praestandum esse censemus, sagt Honorius, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare. Und gewiß deuten auch die letzten Worte: si ei alia nocere aris in curiis et pro tribunali apud Romanos positis.

Lipsiae 1752. §. 9.

non possunt, mit darauf hin, daß es dem Testamente an den allgemeinen Erfordernissen eines letzten Willens nicht fehlen dürfe, wie auch Walch⁸⁸⁾ sehr richtig bemerkt hat. Eben so wenig darf aber auch die innere Testamentsform dabei vernachlässigt werden. Was also die Gesetze überhaupt in Ansehung der Erbeinsetzung, und Enterbung verordnen, muß auch bey denjenigen Testamenten beobachtet werden, die man vor dem Princept errichtet⁸⁹⁾). Wenn es sich auch nicht schon von selbst verstände, daß das Ansehen des Regenten nicht dazu gemißbraucht werden dürfe, die Rechte anderer zu beeinträchtigen, so erklärt sich ja schon Kaiser Valentian III. in der Novelle *de testamentis*, wodurch er die Constitution seines Onkels erneuert hat, darüber deutlich genug, wenn er §. 6. sagt⁹⁰⁾):

Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto muniisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querelam, vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum iuris et legum statuta servamus.

Über den heutigen Gebrauch dieser Testamentsform sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige⁹¹⁾ meinen, ein solches Testament komme jetzt in Deutsch-

88) Diss. cit. Cap. II. §. 15.

89) WALCH cit. loc. pag. 77.

90) Hugo iur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1322.

91) Lud. God. MADIAS Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 74. Schwegpe Röm. Privatrecht §. 822. a. E. (Der 3. Auflage.) und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts a. Bd. 5. Buch §. 58. oder §. 451. der 3. Aufl.

land nicht mehr vor, und könne auch nicht mehr vorkommen, weil unsere deutsche Fürsten ihrem geheimen Staatsrathe in Person nicht mehr vorständen, und wenn sie auch noch das Präsidium führten, so würden doch daselbst keine Testamente mehr übergeben, weil Testamente heut zu Tage blos für die Gerichte gehörten; ein solches Testament aber, welches auch dem höchsten Landes-Justiz-Collegium übergeben werde, ein testamentum principi oblatum nicht genannt werden könne, wenn auch das Collegium im Namen des Landesherrn Recht spreche. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß ein testamentum Principi oblatum jetzt zu den rechtlichen Seltenheiten gehört; so kann doch der Gebrauch derselben nicht schlechterdings bezweifelt werden⁹²⁾. Denn dafür sprechen nicht nur Landesgesetze⁹³⁾, sondern auch rechtliche Erkenntnisse⁹⁴⁾. Die Praxis geht sogar

92) Casp. MANZ Tr. de testam. valido et inval. Tit. XX.
Ge. Ad. STRUV Synt. iuris civ. Tom. II. Exerc. XXXII.
Th. 9. MÜLLER ad Eundem. LAUTERBACH Colleg. th.
pract. Pand. P. II. h. t. §. 44—46. Jo. Henr. de BER-
GER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 2. not. 1. Car.
Christph. HOPACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ.
Tom. II. §. 1375. Gust. Claproth Abh. von Testame-
ten. §. 55. WALCH Diss. cit. de testamento principi
oblatu. Cap. 3. THIBAUT Syst. des Pandect. Rechte.
2. Bd. §. 694. und Puchta Handbuch des gerichtl. Ver-
fahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtsachen 2. Th. §. 242.

93) S. Baiertshes Landrecht 3. Th. 4. Kap. §. 5. und
allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 12. Tit. §. 175. und
§. 176.

94) Consil. Tübinger. Vol. III. pag. 579. Bened. CARPOV
Decis. P. III. Decis. 293. STARY Caut. testamentorum.
Cap. VII. §. 14.

noch weiter, als die Theorie. Nach der Praxis kann ein Testament vor dem Regenten nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich errichtet werden⁹⁵⁾). Es kann auch dem Landesherrn überreicht werden, wenn er sich nicht in seinem geheimen Staatsrathe befindet⁹⁶⁾). Ja sie nimmt an, es könne vor einer vom Landesherrn abgeordneten Deputation errichtet werden⁹⁷⁾), und die Aufbewahrung des Testaments im landesherrlichen Archive sei auch nicht nöthig⁹⁸⁾). Selbst Personen, sagt man, die sonst nicht testiren können, werden auf diese Art dazu fähig, wenn der Landesherr ihre Unfähigkeit kannte⁹⁹⁾).

§. 1408 a.

Testament vor dem Pfarrer und zwey Zeugen.

Man rechnet zu den öffentlichen Testamenten auch das Testament, welches nach dem Canonischen Rechte vor dem competenten Pfarrer und zwey oder drey Zeugen errichtet werden kann¹⁰⁰⁾). Diese canonische Testa-

95) STRYK c. I. §. 13. PET. MÜLLER ad Struvium c. I. not. γ. nr. IV. THIBAUT Syst. a. a. O.

96) STRYK c. I. §. 12. de BERGER Oeconom. iuris c. I. Th. II. not. 1. LAUTERBACH c. I. §. 46. HOFACKER c. I. §. 1275. nr. II.

97) STRYK c. I. §. 5. LAUTERBACH c. I. §. 46. HOFACKER c. I. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 443. Verb. Publice.

98) STRYK c. I. §. 20. LAUTERBACH c. I. §. 46. in fin. HOFACKER c. I. in fin.

99) THIBAUT. Syst. de P. R. §. 694. Man sehe jedoch von Wening - Ingenheim Lehrb. des gem. Civ. Rechts 2. Bd. 5. Buch §. 451. a. E.

100) Lud. THOMASSINI vetus et nova Ecclesiae disciplina

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 181

mentsform beruht auf einer Verordnung des Papstes Alexander III. Es ist das *Cap. 10. X. de testam.* (III. 26.) welches ein an den Bischof von Ostia gerichteter Decretalbrief vom J. 1170 ist, folgenden Inhalts nach der Böhmerschen Ausgabe:

Cum esses (frater episcope) in nostra praesentia constitutus, (diligenti nobis narratione) proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate (ab iis, qui potestatem habent super alios) penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege, et sanctorum patrum institutis, et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum, cum scriptum sit: in ore duorum vel trium testium stat omne verbum: praecriptam consuetudinem

P. III. Lib. I. cap. 24. §. 3—5. (Tom. VII. pag. 153—155. edit. Mogunt.) Sam. STRYK Caut. testamentor. Cap. XIII. §. 25—35. Jo. Paul. KRIEGER Disqu. de testamento coram parocho et duobus testibus occas. cap. 10. X. de testam. Altorfii 1734. 4. Jo. Dan. BARTHOLOMÆI Exercit. de testamento rustico coram parocho et duobus tribusve testibus confecto, (in Ejus Exercitationibus iuridic. Ulmae 1754. 4. Exerc. II. pag. 27—42.) Ge. Christph. NELLER Diss. de testamento clerici Trevirensis. P. II. §. 2. Not. **. (in Ant. SCAMIDI Thes. iuris Eccles. Tom. VI. pag. 435.) Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen. §. 357. der 4. Aufl. Bonn 1829. Ed. Gans Erbrecht. 3. Band. 3. Abschn. 1. Kap. S. 140. f. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. Bd. 5. Buch. § 453. (der 3. Aufl.)

(penitus) improbamus. *Et testamenta, quae parochiani coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis, in extrema (de cetero) fecerint voluntate, firma decernimus permanere, (et robur obtinere perpetuae firmitatis) sub intermissione anathematis prohibentes, ne quis (prae sumtione qualibet) huiusmodi audeat rescindere testamenta.*

Aus welchen Gründen sich die Päpste ermächtiget haben, Testamentsachen unter die geistlichen Gerichte zu ziehen, und über Testamente Verordnungen zu machen, haben schon, mit Beziehung auf diese Decretale des Papstes Alexander III. Ge. Lud. Böhmer¹⁾ und Walter²⁾ gezeigt. Hier ist nun von einer Gewohnheit die Rede, welche in dem Bisthum Ostia herrschend war, nach welcher alle Testamente in den Gerichten für ungültig erklärt wurden, welche nicht, wie die Römischen Gesetze vorschreiben, die hier unter dem Namen leges humanae verstanden werden, vor sieben oder fünf Zeugen sind errichtet worden. Diese Gewohnheit verwirft hier der Papst Alexander III. weil sie dem göttlichen Gesetze, den Schlüssen der heiligen Väter, und dem gemeinen Kirchengebrauche entgegenstreite, nach welchen die Wahrheit in der Aussage von zwey oder drey Zeugen bestehet. Man sieht heraus, was auch Lud. Thomassinus³⁾ ganz richtig bemerkt hat, daß man zur

2) Observation. iuris canon. Obs. IV. besonders §. VII.

2) A. a. D. Man vergleiche auch Brendel's Handbuch des kath. und protest. Kirchenrechts §. 159. S. 508 ff. (Der 2. Aufl. Bamberg 1827. 8.)

3) Cit. loc. §. 4. pag. 155.

Zeit des Pabstes Alexander III. Testamente in bezo-
den Formen, entweder nach dem Civilrechte, oder nach
dem Canonischen Rechte habe errichten können. Es war
nun keinesweges die Absicht des Pabstes, die römische
Testamentsform vor sieben Zeugen gänzlich aufzuheben,
und dagegen dem Testamente vor dem Pfarrer und zwey
oder drey Zeugen nur allein Gültigkeit zu zulegen, wie
Panormitanus meint. Nein, der Pabst wollte nur,
daß das Testament des Canonischen Rechts mit dem
Testamente des Civilrechts, welches vor 7 Zeugen errich-
tet worden, gleiche Gültigkeit haben solle, und ver-
dammte daher jene eingerissene Gewohnheit, alle Testa-
mente für ungültig zu erklären, welche nicht vor 5 oder
7 Zeugen wären errichtet worden, wie das römische
Recht vorschreibe. Denn das Zeitalter des Pabstes
Alexander fällt gerade in die Periode des in Italien
wieder auflebenden Römischen Rechts, wo durch die neue
zu Bologna sich bildende Schule der Rechtswissenschaft
die Liebe und der Eifer für das Studium des Römi-
schen Rechts dergestalt erweckt worden war, daß solches
nicht nur mit einer Art von Enthusiasmus in der Schule
gelehrt, sondern auch in den Gerichten angewendet
wurde ⁴⁾. Da man darüber das Canonische Recht fast
ganz zu vernachlässigen anstieß, so ist kein Wunder,
wenn die Richter mehr nach dem Römischen als nach
diesem sprachen, und daher auch Testamente für ungül-
tig erklärt, welche nicht nach der Form des Civilrechts
waren errichtet worden. Nur diese soll also die Dro-
hung des Anathema treffen. Die Meinung des Pabstes
geht demnach dahin, es soll zwar jedem die Freiheit

4) S. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittel-
alter 3. B. Kap. 16.

zustehen, nach der Form des Römischen Rechts zu testiren; es soll aber auch die Form des Canonischen Rechts, vor dem Pfarrer und zwey Zeugen zu testiren, auf gleiche Weise begünstiget seyn, und solche Testamente sollen nicht mehr von den Richtern für ungültig erklärt werden dürfen, wie es bisher nach einer herrschend gewordenen Gewohnheit geschehen war, sondern diese soll hiermit abgeschafft seyn⁵⁾. Der Pabst Alexander führte also hier keine neue Testamentsform ein, sondern bestätigte blos die Praxis, nach welcher ein Testament gültig vor dem Pfarrer und zwey oder drey Zeugen, welche aber doch personae idoneae seyn müssen, also gewiß keine Frauenspersonen seyn dürfen⁶⁾, errichtet werden konnte, und viele nachher in Frankreich, England und Spanien gehaltene Concilien machten es sogar den Laien zum Gesetz, daß sie nicht anders, als in Gegenwart ihres Pfarrers, testiren sollten⁷⁾. Uebrigens ist diese Testamentsform nach dem Canonischen Recht ganz allgemein, und kann weder auf eine gewisse Art von Testamenten, z. B. auf testamenta ad pias causas, noch auf eine

5) S. *Lud. ENGEL* Colleg. univ. iuris Canon. Lib. III. Tit. 26. nr. 12. und *KRIEGER* Diss. cit. §. III.

6) Anderer Meinung ist zwar *STÄRK* Tr. de caut. testamenter. Cap. XIII. §. 30. weil das göttliche Recht das Zeugniß der Frauenspersonen nicht verwerfe. Ihm stimmt auch *BARTHOLOMÆI* Exercit. cit. §. 13. pag. 40. bey. Allein nicht blos das Civilrecht, L. 20. §. 6. D. h. t. sondern auch selbst das Canonische Recht schließt die Frauenspersonen vom Zeugniß aus. *Can. 17. et 19. C. XXXIII. Qu. 5. Cap. 10. in fin. X. de Verbor. Signif. S. KRIEGER* cit. Diss. §. XI.

7) *THOMASSINUS* c. I. §. 5. pag. 153. ff. hat die hierher gehörigen Concilien angeführt.

gewisse Classe von Personen, z. B. blos auf Geistliche beschränkt werden, wenn man nicht den klaren Worten offenbar Gewalt anthun will⁸⁾). Der Pabst Alexander III. erfordert ja bey Vermächtnissen zu frömmten Zwecken weiter nichts, als die Gegenwart von zwey oder drey Zeugen, ohne Beziehung des Pfarrers⁹⁾.

Mit Aufnahme des Canonischen Rechts in Deutschland, ward zwar auch die Canonische Testamentsform bekannt¹⁰⁾; allein auf Unrathen der Rechtsglehrten gab man der Form des Röm. Rechts bey Errichtung der Testamente den Vorzug, und diese ward nachher durch die Notariatsordnung Maximilians I. vom J. 1512. als durch ein allgemeines deutsches Reichsgesetz, bestätigt¹¹⁾. Hierdurch kam die Canonische Testamentsform ausser Gebrauch, sie findet daher in Deutschland, selbst in den katholischen Staaten, nicht mehr Statt¹²⁾, wenn nicht

8) S. KRIEGER cit. Disquisit. §. III. und BARTHOLOMAEUS cit. Exercitat. §. 6. pag. 31. sq.

9) Cap. 11. X. de testam. verbib. tribus aut duobus legitimis testibus requisitis. Des parochi geschieht hier nicht so, wie in dem vorhergehenden cap. 10. Erwähnung.

10) KRIEGER cit. Disqu. §. 5. et 6.

11) KRIEGER cit. Diss. §. VII. et VIII.

12) Sam. STYK Caut. testam. Cap. XIII. §. 27. Höpfner in Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 450. Paul. Jos. a RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. III. §. 393. et 394. Jos. Jo. Nep. PRÆBEM Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 738. THIBAUT Syst. des Pand. R. s. B. §. 694. Dabelow Handb. des heutigen Röm. deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 1065. Der Unterschied, den ENGEL in colleg. iuris canon. univ. Lib. III. Tit. 26. nr. 10. zwischen Geistlichen und Laien macht, daß nämlich ein Geistlich

bewiesen werden kann, daß sie an einem Orte eingeführt oder beybehalten worden sey¹³⁹.

§. 1408. b.

Verschiedenheit der Privattestamente.

So viel nun hiernächst die Privattestamente betrifft, so pflegt man sie gewöhnlich in solenne und nicht solenne, oder privilegierte einzutheilen, je nachdem bey denselben entweder alle vorgeschriebene Feyerlichkeiten zu beobachten, oder dieselben ganz oder zum Theil erlassen sind. Allein richtiger theilt man die Privattestamente ein in regelmäßige und unregelmäßige Testamente, je nachdem sie entweder, wie es die Regel des gemeinen Rechts erfordert, d. h. mit gewöhnlicher Feyerlichkeit münd-

cher noch jetzt nach dem Canonischen Rechte gültig testiren könne, ist, als ungegründet, mit Recht von Xav. GMSINER Institut. juris Ecclesiast. Tom. II. §. 465. Schol. pag. 577. sqq. (edit. IV. Gracü 1808. 8.) verworfen worden.

- 139) Das canonische Testament gilt z. B. in Bamberg. S. Jast. VBRACII libell. consuetudinum principatus Bambergens. (1681. reo. 1753. 12.) Cap. ult. de testamento pag. 122 — 124. R. Baier. Verordn. vom 19. Jan. 1809. Thüringen. Richter Decis. XXVIII. pag. 228. BARTHOLOMÆI cit. Exercitat. §. 11. not b. pag. 36. Köln, vermöge einer unter dem Erzbischof Maximilian Heinrich gehaltenen Synode. S. Phil. HADDECKE Elem. iuris canon. P. III. §. 100. pag. 82. (Bonnae 1781. 7.) Trier. NELLER cit. Diss. de testamento clerici Trevirens. P. II. §. 15. Nach einer Verordnung des Thurs. Carl Gaspar vom 3. 1698. sollen jedoch, außer dem Pfarrer des Orts, Statt der zwey Zeugen, zwey Gerichts- oder Send- Scheffen genommen werden. NELLER §. 17 — 19.

lich oder schriftlich errichtet werden, oder solche sind, welche von der gemeinen Form abweichend, besondere Eigenschaften oder Verhältnisse des Testirers voraussezgen, und daher in Gemässheit besonderer Vorschriften bald mehr, bald weniger, bald gar keine Feyerlichkeiten erfordern. Diese irregulären Testamente sind also wieder von verschiedener Art, nämlich entweder solche, bey denen die Form noch strenger und feyerlicher ist, als bey einem gemeinen feyerlichen Testamente, wie z. B. bey dem Testamente eines Blinden (§. 1406. d. S. 26. ff.) ferner bey dem Testamente eines des Schreibens unkundigen Testators; (§. 1406. e.) diese Testamente werden außerordentliche genannt; oder solche, bey denen die sonst gewöhnliche Feyerlichkeit ganz oder zum Theil nachgelassen ist, und also eine gelindere oder leichtere Form statt findet. Diese letztere werden im eigentlichen Sinne privilegierte Testamente genannt¹⁴⁾. Dahin gehört das Testament der Soldaten, das Testament der Eltern unter ihren Kindern, das Testament auf dem Lande, das Testament zu milden Stiftungen, und das Testament bey ansteckender Krankheit. Von diesen allen wird Lib. XXIX. Tit. 1. gehandelt werden. Es ergiebt sich hieraus, daß öffentliche Testamente, bey denen der öffentliche Glaube die Stelle der Feyerlichkeiten vertritt, hierher nicht gerechnet werden können¹⁵⁾.

14) Zimmern Grundris des Erbrechts. S. 20. und Valett Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 963. vorzüglich Puchta Handb. des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtsachen. 2. Th. S. 246. S. 273.

15) S. Ged. Dan. HOFFMANN Observation. quaedam testamentar. (Tübingae 1745. 4.) Obs. II.

§. 1409.

Gerichtliches Testament nach unserer heutigen Praxis. Ist die Ge-
genwart des Testirers bey einem öffentlichen Testamente schlech-
terdings nothwendig?

Um einem letzten Willen die Gültigkeit eines öffent-
lichen Testaments zu geben, es möchte vor dem Regen-
ten oder vor dem Richter errichtet werden, war nach dem
Röm. Rechte, wie bereits bemerkt worden, die offene
Erklärung desselben, und zwar durch den Testirer selbst,
so wie die Aufnahme desselben in die *acta publica* durch-
aus nothwendig. So belehrte uns die sehr wichtige Con-
stitution des Kaisers *Honorius*, die in dem vorigen
Paragraphen vollständig erklärt worden ist. Ein schrift-
lich verschlossenes Testament konnte dem Regenten so wenig,
als dem Richter, nach dem Römischen Rechte gültig
übergeben werden. Eine solche bloße Uebergabe genügte
nicht, ein Testament zur Gültigkeit eines öffentlichen zu
erheben. Allein die heutige Praxis ist von dieser Vor-
schrift des Römischen Rechts auf mehr als eine Art ab-
gewichen. Sie lässt nämlich

1) die Uebergabe eines schriftlichen und zwar ver-
schlossenen Testaments zu, welche dieselbe Gültigkeit hat,
als die mündliche Erklärung des letzten Willens, ohne
dass eine Eröffnung des versiegelten Testaments, bey der
Uebergabe desselben, noch sonst eine andere Solemnität für
nothig gehalten wird^{16).}

16) *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* Diss. de testamento iudiciali.
(*Tubingae* 1653. 4.) Th. XI. und Ejusdem. Colleg. th.
pract. Pand. h. t. §. 51. *STRYK* Diss. de testamento
principi vel iudici oblatio: §. XXX. et XXXI. und Caut.
testamentor. Cap. VII. §. 35. *Jo. Gail. GADENDAM* Diss.

2) Sie hält es auch nicht einmahl für nöthig, daß sich der Testirer zur Errichtung seines Testaments in die Gerichte selbst begebe, sondern er kann den Richter ersuchen, daß er entweder sich selbst in Person zu ihm verfüge, um sein Testament aufzunehmen, oder ihm eine Gerichtsdeputation schicke, vor welcher er entweder seinen letzten Willen mündlich zu Protocoll erklärt, oder der er sein Testament schriftlich zur Hinterlegung in dem Gerichte übergiebt¹⁷⁾). Geschicht die Errichtung des Testaments durch mündliche Erklärung zu den Acten, so nennt man dieses Testament ein gerichtliches Testament im engern Sinne, (*testamentum iudiciale* in s. str.) *testamentum apud acta magistratus conditum*. Geschieht sie aber durch Uebergabe einer Schrift, welche

de testamento iudici per procuratorem ad acta exhibito.

Hiliae 1770. 4. §. IV. et V. Just. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywillingen Gerichtshandlungen.

§. 106. und §. 110. Car. Christph. HOPACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1277. Höpfner's

Commentar über die Heinecc. Institut. §. 443. S. 470. Puchta Handbuch 2. Th. §. 243. S. 266. von Wening-

Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. Bd. 5. Th. §. 451. von Hartkiss Erbrecht. §. 68. Roskirt Grund-

-linien des Röm. Rechts. §. 111.

- 17) STRIX Caut. testamentor. Cap. VII. §. 34. et 35. Ferd. Christph. HARPPRECHT Disp. de testamento judiciali. Th. VI. (in Euseb. Dissertation. academic. Vol. I. Disp. XXXVI. pag. 1349. sq.) Franc. Car. CONRADE Diss. de testamento publico, quod fit apud acta. §. XX. Claproth a. a. D. §. 112. HOPACKER c. l. §. 1378. Höpfner a. a. D. Christ. Aug. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 724. von Wening-Ingenheim a. a. D. von Hartkiss a. a. D.

den letzten Willen enthält, so wird ein solches Testament ein dem Gerichte übergebenes Testament, *testamentum iudici oblatum*, genannt¹⁸⁾. In dem ersten Falle muß der Inhalt des mündlich erklärten letzten Willens in ein förmliches Protocoll gebracht, dieses Protocoll von dem Testirer eigenhändig unterschrieben, mit dem Gerichtssiegel versiegelt, von aussen mit der Ueberschrift: „dass hierin das Testament des N. welches er am — vor Gericht mündlich zum gerichtlichen Protocoll erklärt hat, enthalten sey“ bezeichnet, und in gerichtliche Verwahrung genommen werden¹⁹⁾. Kann der Testirer nicht schreiben, so muß er sein Handzeichen dem Protocolle befügen, in welchem Falle zur Vorsicht gewöhnlich noch ein Zeuge beyzogen zu werden pflegt, wosfern die particulären Landesgesetze²⁰⁾ nicht mehrere erfordern. In dem letztern Falle aber, wenn das Testament in einer versiegelten Schrift übergeben wird, muß blos die geschehene Uebergabe protocollirt, und auch dieses Protocoll vom Testator unterschrieben werden. Das Testament wird dann blos noch mit dem Gerichtssiegel belegt, und überschrieben, dem Testator aber über die geschehene Uebergabe des Testaments ein gerichtlicher *Recognitionsschein* ausgefertiget. Kann der Testator nicht schreiben, sondern er hat das Testament von einem Andern schreiben lassen; so muß ihm das schriftlich übergebene Testament vorgelesen, mithin dasselbe, wenn es versiegelt übergeben

18) Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 694.

19) LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 51. Claproth a. a. D. §. 111. vorzüglich Puchta angef. Handbuch 2. Th. §. 244. S. 267. ff.

20) S. Puchta a. a. D. S. 269.

worden wäre, geöffnet, und sobann in Gegenwart eines Zeugen von dem Testator mit seinem Handzeichen unterzeichnet werden²¹⁾). Die Praxis lässt endlich

3) auch die Uebergabe eines öffentlich zu errichtenden Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen, wenn nur der Bevollmächtigte mit einer hinlänglich beglaubigten und speciellen Vollmacht versehen ist²²⁾). Ob aber diese Praxis auch den Grundsätzen einer ächten Theorie entspreche, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Diejenigen²³⁾, welche sie aus der Theorie zu rechtfertigen

21) Puchta Handb. a. a. D. §. 245.

22) S. Moser von der deutschen Justizverfassung 1. Th. 2. Buch. Kap. 50. §. 14. J. H. BOEHMISCH Consil. et Decision. Tom. II. Resp. 643. de CANNIASSAR Decision. Hasso-Casselan. Tom. I. Decis. 21. HERTIT Consil. Vol. I. Resp. 187. Struben's rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 134. und 4. Th. Bed. 88. Ge. Ludw. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle 3. Bd. 2. Abth. Num. 234. S. 542—545. LXXX Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV. medit. 4. Joh. Lud. Schmidt's hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Bd. Nr. LXV. S. 220. ff. Ge. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. XI. S. 81. ff. Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts h. t. §. 11. Geiger's und Glück's Rechtsfälle. 1. Bd. Nr. III. S. 43. ff.

23) Sam. STREK Diss. de testamento principi vel iudici oblato. §. XVII. Jo. God. KRAUS Diss. de testamentis controversis, praesertim publicis. (Vitemb. 1730. 4.) §. XXIII. et XXIV. Jo. Flor. RIVINUS Diss. de testamento per procuratorem iudici oblato. Lipsiae 1735. §. IX. sqq. God. Dan. HOFFMANN Observation. quaed. testamentar. Obs. III. Jo. Gail. GADENDAM Diss. de testamento iudici per procuratorem ad acta exhibito. Kiliae 1770. 4. HOPACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1274. Frid.

suchen, führen folgende Gründe an. 1) Fehle es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, daß ein schriftlich verfaßtes Testament dem Gerichte von dem Testirer in eigner Person übergeben werden müsse. Von einem mündlichen Testamente könne freylich die Rede nicht seyn. Hier erfordere die Natur des Testaments die persönliche Gegenwart des Testators. Es werde auch vorausgesetzt, daß der Testirer das Testament entweder selbst geschrieben, oder doch eigenhändig unterschrieben und versiegelt habe. Wollte man nun 2) das persönliche Erscheinen des Testirers vor Gericht zur Gültigkeit der Uebergabe des Testaments erfordern, so würde dieses eine bloße Solennität seyn. Bey einem öffentlichen Testamente seyen aber alle Formalitäten erlassen. Die bloße Wahrheit der Disposition, und die dieserhalb geschehene Authorisation durch Aufnahme desselben in die Acten, sey hinreichend. 3) Die dem Kaiser überreichten Testamente würden in der *L. 19. C. de testam.* mit den gerichtlichen Testamenten in eine Klasse gesetzt. Man dürfe daher füglich von der einen Gattung analogisch auf die andere schließen. Bey Testamenten, die dem Princeps überreicht werden, könne nun aber die Uebergabe ohne Zweifel durch einen Procurator geschehen²⁴⁾). Denn die *L. 19. C. cit.* erfordere weiter nichts,

Gottl. ZOLLER Observation. practicae. Lipsiae 1780:4.

Obs II. Ge. Sam. MADIHN Diatr. de validitate testam. non rite obl. §. 20. von Ende vermischte jurist. Abhandlungen.

1. Th. (Celle 1802. 4.) Nr. XV. §. 11. ff. S. 156. ff. Thibaut. Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 694. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 822. der 3. Ausgabe.

²⁴⁾ *S. STRYK caut. testam. Cap. VIII. §. 13. sqq. WALCH. Diss. de testamento principi oblato. Cap. II. §. 4. et Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. membr. III. §. 2*

als ut testamentum per supplicationem intimetur; es gedenke nur der oblatarum precum, quibus insertum est testamentum. Die oblatio precum bedürfe aber keiner Solemnität²⁵⁾, es solle gar nicht einmal darnach gefragt werden, durch Wen sie geschehen sey²⁶⁾. Eben so werde in der Novelle des Kaisers Valentiniān de testamentis das Wesen eines testamenti principi oblati ausdrücklich nur darin gesetzt: quod sufficiat in augustam notitiam pervenisse. Daß es aber durch den Testator selbst habe zur Kenntniß des Regenten gebracht werden müssen, werde in keiner der býden Verordnungen gesagt. Hätte dieses geschehen müssen, wozu wäre denn noch ein Beweis durch Zeugen nöthig gewesen, oblatas esse preces secundum voluntatem defuncti? Dieser Beweis seze voraus, daß die Uebergabe durch einen Bevollmächtigten geschehen seyn müsse. Denn hätte der Testator die Supplic, die seinen letzten Willen enthielt, selbst dem Regenten überreicht, wie könnte da ein Zweifel entstehen, ob die Uebergabe dem Willen des Erblassers gemäß geschehen sey, weshalb der Erbe mit einem Beweise belästigt werden könnte? Eben dieses müsse nun auch bey gerichtlichen Testamenten Statt finden, weil die Gesetze in der Art und Weise, wie diese vor Gericht zu übergeben, nichts bestimmen, mithin dem Testator auch die Freyheit, das Testament durch einen besonders dazu Bevollmächtigten dem Gerichte übergeben zu lassen, keinesweges benehmen. Hierzu komme nun noch 4) daß auch andere Privatschäfte, sowohl gerichtliche, als aussergerichtliche, selbst

25) Vid. tot. Tit. Cod. de precibas Imperatori offer. (l. 19.)

26) L. 6. Cod. eodem.

Staatshandlungen von der größten Wichtigkeit, durch Bevollmächtigte mit eben der Gültigkeit, als ob solches in eigener Person geschehen sey, vorgenommen und vollzogen werden können, so lange die Gesetze solche nicht in Person zu vollziehen verordnen. Eine solche Ausnahme hätten nur aber die Gesetze bey gerichtlichen Testamenten nicht gemacht. Das Gegentheil, daß die Insinuation des Testaments durch einen Bevollmächtigten selbst nach dem Röm. Rechte habe geschehen können, lehre die Constitution der Kaiser Valerianus und Gallienus in L. 2. Cod. Quemadm. testam. aperiant. (VI. 32.) In dieser sey der Fall, wo der Vater sein Testament durch seinen Sohn den Gerichten übergeben ließ, daß es daselbst insinuirt werde. Es heiße darin:

Testamenti tabulas, ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, ut secundum leges moresque locorum insinuentur, ita scilicet, ut testibus non praesentibus, adire prius vel pro tribunali, vel per libellum Rectorem provinciae procures, ac permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus praesentibus aperiantur, et ab his rursum obsignentur.

Endlich 5) der Einwurf, daß bey der Uebergabe des Testaments durch einen Procurator ein Betrug leicht möglich sey, lasse sich dadurch aus dem Wege räumen, daß ein Betrug im Zweifel nicht vermutet werde, sondern von dem, welcher aus diesem Grunde ein Rechtsgeschäft anfechten will, durch dringende Anzeigen dargethan werden müsse²⁷⁾). Das Testament, welches durch

27) L. 6. C. de dolo malo.

einen Bevollmächtigten dem Richter übergeben werden ist, müsse also solange für ächt und gültig gehalten werden, bis das Gegentheil erwiesen ist. Ueberdem werde aller Verdacht eines Betruges ausgeschlossen, wenn der Bevollmächtigte ein bekannter redlicher Mann, und überdem mit einer öffentlich beglaubigten, oder von wenigstens zwey vollgültigen Zeugen unterschriebenen Special-Böllmacht verschen ist. Ueberhaupt gebiete schon die Legalität des Gerichts, dem ein Testament durch einen Bevollmächtigten übergeben wird, mit aller Vorsicht zu Werke zu gehen, und, wosfern sich auch nur der mindeste Verdacht eines Betrugs äussern sollte, denselben durch Einziehung erforderlicher Erfundigung vorzubeugen.

Allein, aller dieser Gründe ungeachtet, bestreiten die meisten Rechtsgelehrten²⁸⁾ die Gültigkeit eines durch

28) *Hartm. Pistoris Quaestio*n*. iuris Lib. III. Qu. 28. nr. 9. sqq. pag. 1138. sqq. Hald. ab Eras*n* Scripta. pag. 383. nr. 25. sqq. CARPOV Jurispr. for. P. III. Const. 3. Def. 25. Ferd. Christph. HARPPASCH Diss. de testamento judiciali. § XI. (Dissertation. academ. Vol. I. pag. 1359.) LAUTERBACH Diss. de testamento judiciali. §. 14. Jo. Ul*r*. de CRAMER Observationes iuris univ. Tom. I. Obs. 17. & WERNHER Sel. Observation. for. Tom. I. P. IV. Obs. 64. Jo. Henr. de BEAUBEA Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. II. Not. 2. (Tom. I. pag. 358. edit. Haubold.) Frid. Es. & a PURFANDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 197. EJUEN. Animadversion. iuris Nr. LXXXI. pag. 137. sq. Jo. HEUMANN de testatore per alios voluntatem suam apud acta declarante. §. 5. (in Exercitation. iuris univ. Vol. I. Specim. V.) Wolfg. Alb. SRIAS Diss. de testamento per procuratorem non offerendo. Altorfii 1742. 4. Jus. Claproths theor. pract. Rechtswissenschaft von*

einen Procurator dem Gericht übergebenen Testaments, und stellen den Grundsatz auf, daß Testamente durchaus keinen Bevollmächtigten zulassen, wenn er auch mit einer von zwey Zeugen unterschriebenen, oder gerichtlich ausgefertigten Vollmacht versehen seyn sollte. Die Legalisirung eines gerichtlichen Testaments, und also auch die Uebergabe eines Testaments vor Gericht erfordere schließlich die Gegenwart des Testators. Diese Meinung hat folgende Gründe für sich.

1) In der Uebergabe des schriftlichen Testaments vor Gericht besteht die Handlung des Testators vor Gericht. Sie macht die Legalisirung des gerichtlichen Testaments aus, und ist das, was die Legalisirung eines schriftlichen Privattestaments vor den versammelten Zeugen ist. So wenig nun bey Errichtung eines feierlichen Privattestaments vor sieben Zeugen ein Procurator die Stelle des Testators vertreten kann, weil nicht nur die Zeugen den Testator sehen und hören müssen,

frenwilligen Gerichtshandlungen. §. 108. S. 186. ff. (der 3. Aufl. Göttingen 1789.) Jo. Ad. Th. KIND Quæstion. for. Tom. II. Cap. 40. Christ. Gottth. HÜBNER Disputation. iuris civ. Lib. I. Cap. 3. pag. 48 — 57. Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 4. Christ. Frid. MÜNSTERVORH Doctr. Pand. Vol. III. §. 480. in fin. (pag. 77. edit. sec.) Hugo Lehrb. der Pandecten. §. 108. Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1409. S. 219. f. Mittlermaier Grunds. des gemeinen deutsch. Privatrechts. §. 409. S. 746. (der 3. Auflg. Landshut 1827.) Wolfgang Heinrich Puchta Handb. des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürz. Rechtsfachen. 2. Th. §. 242. S. 265. f. Car. JUL. Meno Valett Lehrb. des pract. Pandecten-Rechts. 3. Bd. S. 961. a. E. S. 219.

damit sie wissen, daß er der seyn, fürt den er sich ausgibt³⁹⁾, sondern auch der Testirer, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze⁴⁰⁾; in Gegenwart der versammelten Zeugen erklären muß, daß dieses sein Testament seyn, was er ihnen zur Unterschrift und Untersiegelung vorlegt, und diese das Testament auch in Gegenwart des Testirers unterschreiben und untersiegeln müssen; eben so wenig kann bey einem dem Gerichte zu übergebenden Testamente ein Bevollmächtigter für den Testator erscheinen, sondern er muß es selbst seyn, der das Testament dem Gerichte überreicht. Denn daß bey einem öffentlichen Testamente, welches vor Gericht errichtet wird, die Gegenwart des Richters und des Magistrats an die Stelle der Zeugen trete, welche zu einem feierlichen Privattestamente erforderlich werden, beweist die *L. 19. C. de testam.* wo das öffentliche Testament dem Privattestamente gleichgestellt wird. Das öffentliche Testament hält also hierin mit dem Privattestamente gleichen Schritt, was folglich die Zeugen thun müssen, damit ihnen kein falsch Testament untergeschoben werde⁴¹⁾; das muß auch der Richter thun, der die Stelle der Zeugen vertritt.

2) Die Meinung, daß ein Testament dem Richter durch einen Bevollmächtigten gültig übergeben werden

39) *L. 9. C. de testam.* (VI. 23.)

40) *L. 21. C. ecclm. Göllner Reichsabschied vom 3. 1512. Tit. von Testamenten §. 7.*

41) Wie leicht sogar bey einem feierlichen Privattestamente eine Verfälschung möglich sey, beweist ein sehr merkwürdiger Criminalfall im neuen Archiv des Criminalrechts herausgegeb. von Kleinschrod, Ronopal und Mittmaier. 1. Bandes 1. St. Nr. II. S. 56 — 66.

könne, streitet schon gegen den Begriff eines Testaments, welcher, wie Modestinus³²⁾ sagt, in *voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, besteht.* Da nun vermöge des ersten Grundes der Bevollmächtigte der Testator selbst seyn würde; so würde ein solches Testament, welches durch einen Procurator dem Gerichte übergeben wird, nicht *voluntatis propriae*, sondern *alienae contestatio* seyn.

3) Könnte ein schriftliches Testament gültig durch einen Bevollmächtigten dem Richter übergeben werden; so wäre kein Grund vorhanden, warum nicht auch eben so gut ein mündliches Testament durch einen Stellvertreter vor Gericht errichtet werden könnte, welches aber doch noch Niemand zu behaupten gewagt hat.

4) Wird ein Testament durch einen Bevollmächtigten übergeben; so beruhet die Richtigkeit desselben, und daß der Testator es gerade jetzt habe vollzogen wissen wollen, nicht in *fide publica s. judiciali*, wie es doch wesentlich erforderlich wird, sondern nur in *fide privata*. Es kann also schon deswegen nicht als ein öffentliches Testament gelten.

5) Der Grund, den man von der Analogie gleichwichtiger Rechtsgeschäfte hernimmt, scheitert schon an der Betrachtung, daß die Gesetze, welche sonst so außerordentliche Maßregeln für den Zweck der Authentizität eines Testaments nothwendig erachten, durch Zulassung eines Bevollmächtigten mit sich selbst in Widerspruch gerathen würden. Mögen auch andere Rechtsgeschäfte, welche durch Bevollmächtigte vorgenommen werden kön-

nen, in ihrer Art eben so wichtig, ja vielleicht, ihrem Gegenstände nach, noch wichtiger seyn, als ein Testament, so ist ja hier nicht von dieser Wichtigkeit die Rede, sondern davon, daß es a) bey jedem andern Geschäfte der Natur der Sache nach leichter ist, Betrug und Irrthum zu entdecken, und in ihren Folgen abzuwenden, als bey einem Testamente, wo den einzigen vollgültigen Zeugen der Wahrheit, den Testirer selbst, das Grab umschließt; und b) bey keinem andern Geschäfte soviel auf die Eigenschaften des Subjects, und die Art der Errichtung ankommt, als bey einem Testamente. Wie will sich der Richter von der Fähigkeit des Testirers, und der Freyheit seines Willens überzeugen, wenn der Testirer sich nicht selbst dem Richter zeigt, sondern einen Bevollmächtigten schickt. Endlich

b) Gesetze, welche die bejahende Meinung begünstigen, kann es schon darum gar nicht geben, weil sie den Gesetzen offenbar widerstreitet. Die für diese Meinung angeführten Gesetze sind daher gewiß falsch verstanden worden. Wir werden uns gleich davon näher überzeugen. Man führt für diese Meinung

a) die L. 2. Cod. Quemadm. testam. aperiant. an. Allein schon die Rubrik des Titels, unter welchen dieses Gesetz gestellt worden ist, hätte bey einiger Erwägung hinlängliche Ueberzeugung geben können, daß hier gar nicht von der Errichtung eines gerichtlichen Testaments die Rede seyn könne. Denn das heutige testamentum iudicii oblatum war ja den Römern ohnehin gar nicht bekannt; und von dem bey denselben üblichen postremo iudicio actis iudicis aut municipum publicato handelt nur die einzige L. 19. Cod. de testamento. Jenes Gesetz spricht also blos von Eröffnung

eines seyerlichen Privattestaments, welches vom Vater dem Sohne war gegeben worden, um es nach jenes Tode in dem Gerichte seiner Vaterstadt nach Vorschrift der Lex Julia vicesimaria eröffnen zu lassen, wie ich schon an einem andern Orte³³⁾ gezeigt habe. Wozu wäre auch ein kaiserliches Rescript nöthig gewesen, wenn hier von der Errichtung eines gerichtlichen Testaments die Rede wäre, da das Testament auf eine seyerliche Art war errichtet worden? Für die bejahende Meinung sollen aber

b) noch vorzüglich die Worte der L. 19. C. de testamentis sprechen: *Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare;* welche sich, ohne daß die Uebergabe des Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen sey, gar nicht erklären ließen. Allein man hat sich hier offenbar getäuscht. Denn die idonei testes sind keine fremde Zeugen, welche etwa zum Beweise der Uebergabe noch besonders nöthig wären, wie man sich fälschlich eingebildet hat. Nein, es sind die nobiles probataeque personae, welche zur Zeit der Uebergabe des Testaments sich um den Regenten befanden, wie der treffliche, aber nicht bekannte Hartmann Pistoris³⁴⁾ zuerst und nur allein richtig eingeschen hat. Daß die angeführte Stelle anders nicht verstanden werden könne, lehrt der ganze Zusammenhang. Denn von andern Zeugen, als den geheimen Staatsräthen, welche zur Zeit der Uebergabe des Testaments

33) S. 1408. S. 162. und Spangenberg im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. S. 160.

34) Quaest. iuris Lib. III. Quaest. 28. nr. 25. pag. 1143.

Qui testam. facere possunt; et quaeñādmod. etc. 202
um den Regenten waren, ist in dem ganzen Gesetz keine Rede, deren doch wohl hätte gedacht werden müssen, wenn man die angeführten Worte von dem Falle verstehten wollte, da die Uebergabe des Testaments im Namen des Testators von einem Andern geschehen wäre. Noch deutlicher aber erhellt dieses daraus, weil der Kaiser unmittelbar vorher sagte: „Wer vor ihm seinen künftigen Erben objatis precibus ernannt habe, könne versichert seyn, daß sein letzter Wille nach seinem Tode gelten und gehalten werde; aber auch der eingesetzte Erbe habe nichts zu fürchten, da er ja wegen der dem Regenten geschehenen Uebergabe des letzten Willens seines Erblassers so viel tüchtige Zeugen für sich habe.“ Mit diesen Worten wollte also der Gesetzgeber anzeigen, der Erbe sey vollkommen gesichert, und dürfe wegen eines andern Beweises nicht bekümmert seyn, da er ja so viele Zeugen habe, welche dem Regenten zur Seite waren, als das Testament überreicht wurde, er also, wie es vorher hieß: nobis mediis, et toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste succedire. So gesichert würde gewiß der Erbe wegen des Beweises nicht seyn, wenn die Uebergabe nicht von dem Testator selbst, sondern von einem Andern in seinem Namen geschehen wäre. Hier wäre ja der Erbe genöthiget, mit Mühe nach dem Beweise sich umzusehen, daß die Uebergabe von dem Bevollmächtigten dem Auftrage und Willen des Erblassers gemäß geschehen sey, welches aber ganz gegen die Absicht des Kaisers seyn würde. Es ist überdem in Ansehung der angeführten Worte noch besonders dieses zu erwägen, daß der Gesetzgeber nicht sage: heres nihil pertimescat, si probare poterit etc. sondern vielmehr gleich den Grund anführe, warum der Erbe gesichert seyn könne, wenn

er sagt: *cum possit probare*, und damit andeuten will, der Wille des Testators sey dadurch hinlänglich bewiesen, daß die den letzten Willen enthaltende Supplic dem Princeps übergeben sey, was durch das Archiv hinlänglich beurkundet wird, es sey also eine anderweite Beweisführung nicht nöthig. Aus dem allen geht nun klar hervor, daß auch bey einem dem Princeps zu überreichenden Testamente die Uebergabe von keinem Andern, als von dem Testirer selbst, geschehen könne; weil sonst der Kaiser so wenig, als diejenigen, welche sich zur Zeit der Uebergabe um ihn befinden, von der Richtigkeit und Gewißheit des letzten Willens des Testirers eine hinlängliche Wissenshaft erhalten, folglich auch keine idonei testes seyn könnten.

Dass die Gründe für die verneinende Meinung allerdings jene für die bejahende überwiegen, ist nicht schwer zu beurtheilen³⁵⁾. Der Richter, welcher ein Testament aufnimmt, das ihm durch einen Bevollmächtigten übergeben wird, wird demnach nicht nur rechtswidrig, sondern auch seiner Pflicht, unnöthige Processe zu verhüten, entgegen handeln, weil vorauszusehen ist, daß die Gültigkeit derselben angefochten werden wird, zu welchem Proces er selbst die Veranlassung giebt.

35) Diese Meinung findet auch in mehreren Land- und Stadtrechten ihre Bestätigung. Man vergleiche das Bayerische Landrecht 3. Theils 4. Kap. S. 2. Preuß. Landrecht. 1. Th. 12. Tit. §. 66. ff. Bürg. Gesetzb. für die deutsch. Erbländer der Habsburg. Monarchie. 2. Th. 9. Hauptst. § 587. Fränk. Landgerichts-Ordnung. 3. Theils Tit. XL. S. 7. Nürnberg. Reformation vom J. 1564. f. Tit. XXIX. Ges. a.

§. 1410.

Besondere Eigenschaften gerichtlicher Testamente.

Gerichtliche Testamente, es sey von deren Auf- oder Annahme die Rede, gehören h. z. T. zu den Handlungen der rein freywilligen Gerichtsbarkeit³⁶⁾). Sie können daher, nach der Natur solcher Gerichtshandlungen,

1) von jedem Richter auf- und angenommen werden, welcher die Civilgerichtsbarkeit hat. Denn auf die Competenz des Richters kommt nichts an, wenn der Testator auch für seine Person unter ihm nicht steht³⁷⁾). Es scheint dies auch den Worten der *L. 19. C. de testam. actis cuiuscunque iudicis — mentis suae postremum publicavit iudicium*, zu entsprechen. Es muß nur der Richter die hierzu erforderliche Art der Gerichtsbarkeit haben, und daher auf keine bloße Erstattung von Rechtsachen beschränkt seyn³⁸⁾). Zur Annahme eines gerichtlichen Testaments ist daher ein bloßer Criminalrichter³⁹⁾ nicht berechtigt, auch kein Dorfrichter mit seinen Schöppen⁴⁰⁾). Denn dieser hat gar keine

36) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 194.

37) Mich. Henr. GRIEBNER Progr. de testamento iudici incompetenti oblatu. Lipsiae 1752. Frid. Es. PUFENDORF de iurisdictione german. P. I. Cap. IV. §. 57. und P. II. Sect. IV. Cap. un. §. 14. Rückta gerichtl. Verfahren in nichtstreitigen bürg. Rechtsachen. 2. Th. §. 243.

38) STRYK Caut. testamentor. Cap. VII. §. 24. et 25. HÖLCKER Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1976.

39) Joh. Ludw. Schmidts öffentliche Rechtsprüche. Nr. XI. §. 70 — 74. Anderer Meinung sind jedoch CARPOV P. III. Const. III. Def. 13. nr. 5. und v. DUISTORP in d. Begräben. Nr. XLII. §. 606.

40) CARPOV Jurispr. for. P. III. Const. III. Def. 21. Matth. BERLICK Decision. aur. P. I. Decis. 95. n. WERNER

eigentliche Gerichtsbarkeit⁴¹⁾), ein von demselben aufgenommenes Testament kann daher für ein gerichtliches Testament nicht gehalten werden, wosfern ihm nicht in seiner Amtsinstruction das Recht Testamente der Dorf-Einwohner aufzunehmen zu können, ausdrücklich ertheilt worden ist⁴²⁾, oder der Gerichtsherr ihn dazu abgeordnet hat⁴³⁾.

2) Da die gerichtliche Auf- oder Annahme eines Testaments weder eine *causae cognitio* noch ein Decret erfordert; so kann sie auch zu jeder Zeit, selbst an Sonn- und Festtagen geschehen, weil eine solche Handlung insgemein keinen Aufschub leidet⁴⁴⁾.

3) Das das Testament dem Richter immer am Orte des Gerichts übergeben werde, ist nicht nothwendig, es kann ihm auch außer der gewöhnlichen Gerichts-

Select. Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 316. Henr. Brokes Select. Observation. for. Obs. 59. Jo. God. Kraus Diss. de testamentis controversis potissim. publicis. §. XVI. Jo. Ad. Th. Kind Quaest. for. Tom. I. Cap. 110.

41) POPPENDORF de iurisdic. germ. P. III. Sect. IV. Cap. un. §. 31.

42) S. Stein's merkwürdige Rechtsprüche der Hallisch. Juristen-Facultät. 4. Band. Nr. II. §. 26 ff.

43) Henr. God. BAUER Diss. de notione testamenti iudicialis, in primis eius, quod ruri coram sculento et scabiosis conditum est. Lipsiae 1766. Cor. Ferd. HOMMEL Rhapsod. quaest. forens. Vol. I. Obs. 167. Lind. God. MADIRIUS Princeps. juris Rom. de Successionib. §. 87. Christ. Gottl. HAUBOLD ad Bergeri Oeconom. juris. Tom. I. Lib. II. Tit. IV. Th. 2. not. 1. pag. 363.

44) STARY Caut. testam. Cap. VII. §. 33.

stelle in seiner Privatwohnung übergeben werden⁴⁵⁾). Es hat daher auch gar keinen Zweifel, daß der Testator sein Testament vor seinen eigenen Gerichten gültig errichten, und solches daselbst hinterlegen könne⁴⁶⁾). Es muß nur sein eigenes alleiniges Testament seyn, nur dieses kann er durch sein richterliches Ansehen geltend machen. Bey einem wechselseitigen Testamente würde dieses mehr Bedenken finden, weil er hier zu seinem eigenen Vortheil die Richtigkeit der wechselseitigen Disposition bezeugen würde⁴⁷⁾). Ob, das Testament aber vor einem incompetenten Richter außerhalb Landes errichtet werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Tobias Jacob Reinharth⁴⁸⁾ läugnet die Gültigkeit eines solchen gerichtlichen Testaments aus dem Grunde, weil es die Heiligkeit der Territorien

45) LEXICON Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV. med. i. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 15 et 16. Christ. Fried. Imm. Schröd neue Sammlung auserles. Gutachten und Urtheils- sprüche der Erfurt. Juristen-Facultät. (Erfurt 1798. 4.) Nr. XIV. nr. 54. S. 92. von Trübschler Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkürl. Gerichtsbarf. 2. Th. 6. Haupt- abth. 3. Opt. §. 4. Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 167. nr. 3. Claproth's Rechtswiss. von freywillig. Gerichtshandlungen. S. 107. S. 181.

46) LAUTERBACH Diss. de testamento judiciali Th. XX. STRYK Caut. testam. Cap. VII. §. 27. BOZEMAN Introduct. in ius Dig. h. t. §. 15. Claproth a. a. D. S. auch den 3. Th. dieses Commentars S. 194. S. 111. f.

47) Claproth a. a. D. S. 181. f.

48) Select. Observation. ad *Christinae Decision.* Vol. IV. Obs. 15. pag. 8.

verbiete, welche auf keine Weise von einem Unterthan verlegt werden dürfe; keine wahrscheinliche Ursache könne auch ein solches Ueberschreiten der Grenzen des Territoriums durch Testiren entschuldigen. Denn wolle der Testator ja sein Testament vor seinen Verwandten geheim halten, so stehe ihm ja frey bey einem andern Richter in seines Fürsten Lande sein Testament zu hinterlegen. Allein mit Recht halten Andere⁴⁹⁾ es für gleichgültig, ob das Testament einem Richter desselben Landes, in welchem der Testator seinen Wohnsitz hat, oder dem Richter eines fremden Landes übergeben wird. Die Landeshoheit wird dadurch auf keine Weise verlegt. Denn der Richter vertritt ja bey einem gerichtlichen Testamente nur die Stelle der Zeugen, nun sind ja auch fremde Zeugen so klassisch, als einheimische. Indessen halten doch selbst diejenigen Rechtsgelehrten, welche die richtigere Meinung behaupten, für sicherer, die Richter des Landes nicht zu übergehen, in welchem der Testator wohnt.

Noch streitiger ist jedoch die Frage, ob der Richter auch ausser seinem Gerichtssprengel in einem fremden Gerichtsbezirke ein Testament gültig aufzunehmen könne? Im Allgemeinen ist die Frage, ob ein Richter Handlungen der blos freywillingen Gerichtsbarkeit aller Orten, wo er deshalb angegangen wird, mit hin auch ausser dem Bezirke seiner Jurisdiction, ja sogar

49) LAUTERBACH Diss. de testam. iudio. Th. XIX. PUPPEN-DOFF de iurisdictione germ. P. I. Cap. IV. §. 71—74. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1276. VALATT Lehrb. des pract. Pandect. Rechts 3. Bd. §. 961.

in einem fremden Lande, gültig vornehmen könne? schon an einem andern Orte⁵⁰⁾ ausführlich erörtert, und verneinend entschieden worden. Diese Frage kommt nun vorzüglich bey der Auf- und Annahme gerichtlicher Testamente zur Sprache, und ist also in dieser Hinsicht von besonderer Wichtigkeit. Meinen Grundsätzen getreu, kann ich also die hier in Beziehung auf die gerichtlichen Testamente aufgeworfene streitige Rechtsfrage nicht anders als verneinend entschieden, und diese Meinung ist nach mir nochmals von Lud. Gottfr. Madihn⁵¹⁾ überaus gründlich erörtert worden. Denn die freywillige Gerichtsbarkeit, so wie sie heut zu Tage beschaffen ist, ist nicht die Römische legis actio, wenn diese gleich auch einmal⁵²⁾ iurisdictio voluntaria genennet wird, und kann daher auch nicht nach den davon handelnden Gesetzen beurtheilt werden, wie ich an einem andern schon angeführten Orte gezeigt habe⁵³⁾. Sie kann so wenig, wie die streitige, außer den Grenzen des Gerichtsbezirkes ausgeübt werden. Es ist demnach die von so vielen aufgestellte Regel, daß sie auch extra territorium exercirt werden könne, offenbar unrichtig. Denn es ist sogar selbst im Römischen

50) S. den 3. Th. dieses Commentars. §. 194. S. 105. ff.

51) Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgeschriftheit. 1. Sch. Nr. XXII. S. 115—116. Unter den neuern sind dieser Meinung auch Puchta im anges. Handbuche 2. Th. §. 243. S. 266. und Valett's Lehrb. des pract. Pandectenrechts 3. Band. § 961. S. 218.

52) *L. a. D. de officio Procons.* (I. 16.)

53) Man vergl. Ferd. Oesterley Versüche aus dem Gebiete der sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit (Hannover 1830. 8.) Nr. I. §. 9. ff. S. 89. ff. Nr. II. S. 91. ff. besonders Nr. III. S. 105. ff.

Recht ganz bestimmt vorgeschrieben, daß ein Magistrat auch bey der Legis actio nie außerhalb seines Jurisdicitionsbezirks concurriren dürfe⁵⁴⁾). Zwar hatte eine Ausnahme beym Proconsul Statt; dieser durfte die legis actio ausüben, ehe er noch in seiner Provinz angekommen war⁵⁵⁾). Allein diese Ausnahme hatte in einer besondern Veranlassung ihren Grund⁵⁶⁾), und konnte daher so wenig auf andere Römische Magistrate ausgedehnt werden, als sie h. z. L. auf unsere Richter Anwendung leidet. Außer der Legis actio war es auch beym Proconsul Regel, daß er seine richterliche Gewalt nur in ea provincia sola ausüben durfte, quae ei decreta est, wie Ulpian⁵⁷⁾ sagt. Jeder Richter ist blos in seinem Sprengel competent, nur in seinem Gerichtsbezirke hat er richterliche Gewalt, - außer den Grenzen desselben gilt er für weiter nichts, als eine Privatperson. So wenig also einem Richter in einem fremden Gerichtssprengel das Recht zusteht, Zeugen zu vernehmen, und andere Jurisdicitionshandlungen vorzunehmen, eben so wenig kann ihm auch gestattet werden, außer den Grenzen seines Jurisdicitions-Districts Testamente aufzustellen und anzunehmen. Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit erfordern freylich keine Competenz des Richters, aber nur in Ansehung des Testators. Dieser kann testiren, vor welchem Richter er will, auch in einem fremden Lande. Allein der Richter muß in seinem

54) L. 3. D. de officio Praesid. (l. 18.) L. 1. §. 4. D. de officio Praef. urbi. (l. 12.) S. Desterley S. 168. f.

55) L. 2. D. de officio Procons.

56) Desterley S. 169.

57) L. 1. D. de officio Procons.

Spr engel competent seyn. Diese verschiedenen Seiten der richterlichen Competenz sind hier offenbar verwechselt worden⁵⁸⁾.

Wenn übrigens einige ältere Rechtsgelehrte⁵⁹⁾ sogar die Gültigkeit eines, ausser der gewöhnlichen Gerichtsstelle, in dem Hause des Testirers aufgenommenen Testaments haben bezweifeln wollen; so möchte sich diese Meinung wohl aus dem Rechte des Mittelalters, welches auch noch nicht überall in Deutschland durch das Röm. Recht verdrängt ist, rechtfertigen lassen, nach welchem Testamente nur vor gehetem Gerichte von solchen, die noch bey vollkommener Körper-Kraft und Gesundheit, unghabt und ungestabt, vor demselben erscheinen konnten, errichtet wurden, und errichtet werden konnten⁶⁰⁾. Nachdem aber auch in der Folge den Kranken gerichtlich zu testiren gestattet wurde, die doch nicht mehr selbst vor Gericht erscheinen konnten; so ward

58) Ueber alle in diesem §. vorgetragenen Sätze ist noch vorzüglich zu vergleichen die mehrmals angeführte Dissertation von Christ. Benjam. USER de validitate testamenti non rite oblati, praes. Ge. Sam. MADIHN def. §. XIX.

59) Herm. VOLTZUS Consil. Marburgens. Nr. XXXIV. 55. GILKEN ad L. 19. C. de testam. u. a.

60) Man vergleiche hier die sehr gelehrt Abhandlung von Jo. Ad. KOPP de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis vulgo unghabt und ungestabt. Francof. ad Moen. 1756. 4. §. 10. — §. 13. Man vergleiche auch Henr. Christ. de SANCKENBERG Disquisit. de testam. publici origine et soleinitat. Cap. III. §. 10. sqq. und Jo. Christph. BALSA libell. sing. de forma testamenti iudicialis externa. (Giessae 1745. 4.) Cap. III. §. 74.

nun durch die Praxis auch die Aufnahme gerichtlicher Testamente, außer der ordentlichen Gerichtsstelle, im Hause des Testirers von einer Gerichts-Deputation einzuführt, und der Grundsatz geltend, ubi iudex, ibi iudicium. Jetzt beruht aber jene Meinung auf dem offensuren Irrwahne, als ob Gerichtsacten nur an ordentlicher Gerichtsstelle verfaßt werden könnten. Mit Recht ist daher diese irrite Meinung nun allgemein verworfen⁶¹⁾, und sie kann schon darum gar keine Aufmerksamkeit verdienen, weil für die Gültigkeit der Aufnahme eines gerichtlichen Testaments in der Privatwohnung des Testirers die tägliche Praxis spricht. Zwar sollte dieses freylich nur in dem Falle gestattet seyn, wenn der Testator wegen Alters-Schwäche, oder Krankheit nicht selbst vor Gericht erscheinen kann; oder wenn der Stand der Person eine Ausnahme von der Regel zu machen erfordert⁶²⁾; man pflegt jedoch in der Praxis auch dieses nicht so genau zu nehmen⁶³⁾. Immer setzt aber die Aufnahme des Testaments in der Privatwohnung des Testirers die Abordnung einer dazu erforderlichen Gerichts-Deputation voraus, um welche der Testirer nachzusuchen muß. Ob diese Nachsuchung schriftlich, oder mündlich zu Protokoll durch einen Bevollmächtigten geschieht, ist

61) BERLICH Conclus. pract. P. III. Concl. IV. nr. 10 — 15.
 CARPOV Decision. illustr. P. II. Decis. 148. God. Lud.
 MENCKEN Diss. de testamento iudiciali extra locum iudicii condito. Vitemb. 1716. 4. KRAUS Diss. de testamentis controvers. §. XXVII. Schorch neue Sammlung ausserles. Gutachten und Urtheilsprüche der Erfurt. Juristen Facultät. Nr. XIV. Qu. 5. S. 91 f.

62) MARIAN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 85.

63) Elaprotth angef. Rechtswissenschaft §. 119.

Qui testam. facere possunt et quemadmod. etc. xii

gleichviel, weil sie die Testamentshandlung selbst nicht ist. Daher schadet auch der Mangel einer Vollmacht nicht, wenn nur der Testirer das Ansuchen bey dem Erscheinen der Gerichtsdeputation bestätigt⁶⁴⁾). Ueber die Requisition muß jedoch ein Protokoll verfaßt werden, dem die Resolution beigefügt wird, in welcher die abzuordnenden Mitglieder des Gerichts ernannt werden, mit dem Auftrage sich zum Testator zu versügen, und in seiner Wohnung das Testament aufzunehmen⁶⁵⁾.

S. 1411.

Form eines gerichtlichen Testaments.

Ein gerichtliches Testament kann nun also entweder an der ordentlichen Gerichtsstelle, und zwar entweder vor versammeltem Gerichte, oder auch, was gewöhnlich geschieht, vor einer Deputation des Gerichts, errichtet, und zwar entweder mündlich zu gerichtlichem Protokoll erklärt, oder schriftlich, offen oder versiegelt, zur Annahme und Aufbewahrung übergeben werden; oder das Testament kann auch außer der gewöhnlichen Gerichtsstelle, in der Privatwohnung des Richters, oder des Testirers aufgenommen werden⁶⁶⁾). Wie nun aber die Aufnahme des Testaments selbst, und vor welchen Gerichtspersonen sie zu vollziehen sey, kommt zunächst auf die besondern Vorschriften der Particulargesetze eines jeden Landes an⁶⁷⁾).

64) Puchta Handb. 2 Th. S. 245. S. 271.

65) Claproth a. a. D. S. 195.

66) S. von Trüffeler Anweisung. Th. 2. 6. Hypoth. 3. Hypst. S. 3—5. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. S. 16. und Puchta Handbuch. 2 Th. S. 243.

67) Beispiele führen HAUMANN de iure testam. apud acta

Wo diese keine bestimmte Form für die gerichtlichen Testamente vorschreiben, da muß das, was zur gültigen Aufnahme eines gerichtlichen Testaments erforderlich wird, theils aus der Verfassung eines jeden Gerichts, theils aus den allgemeinen Regeln von Aufnahme und Beglaubigung gerichtlicher Handlungen, theils aus dem Gerichtsgebrauche beurtheilt werden.

Zunächst dient also die Verfassung des Gerichts zur Norm⁶⁸⁾. Das Gericht besteht nun entweder aus einzelnen Personen, oder es bildet ein Collegium. Im ersten Falle, wenn das Gericht auch nur aus einer einzigen Person bestehen sollte, welche als Richter und zugleich als Actuar beeidigt ist; so kann vor einem solchen Richter, so wie jede andere Gerichtshandlung, also auch die Aufnahme eines gerichtlichen Testaments gültig vollzogen werden⁶⁹⁾. Denn wer kann einem solchen

cond. in *Exercitation. iuris. Vol. I. Ex. 2. Jo. Ad. Korp Specim. de testamentis Germanor. judicialibus. §. 12.* SENCKENBERG Diss. de testament. public. Cap. IV. und *Jac. Frid. Ludovici Diss. de actuarii praesentia in actu testandi. (Halae 1712. 4.) §. 18 — 32. an-*

68) Man vergleiche hier vorzüglich BALSER libell. cit. de forma testamenti judicial. externa. §. LXXIX. — §. LXXXI. und Christph. Ignat. WIESE Progr. quo testamentum coram satrapa et satrapiae scriba conditum iure statutario Moguntino validum esse demonstrat. *Moguntiae 1784. 4. Cap. II. §. 1 et 2.*

69) WIESE cit. Progr. Cap. II. §. 3. Pet. MÜLLER ad *Struvium Tom. II. Exercit. XXXII. Th. 9. not. π. pag. 645.* Jo. God. SCHAUMLBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 13. in fin: *Frid. BRAUMER Nov. ius controvers. Tom. II. Obs. 64. pag. 423 sqq.* BALSER cit. lib. §. 80. Fratr. BACMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Cons. XXXVII.

Testamente den gerichtlichen Glauben absprechen? und mehr wird ja zur wesentlichen Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments nicht erforderlich, als daß es den Gerichtsacten einverleibt werde. Hellfeld und mehrere andere Rechtsgelehrte⁷⁰), wollen zwar in diesem Falle noch die Zuziehung einer oder zweyer glaubwürdiger Personen bey der Aufnahme eines gerichtlichen Testaments für nöthig halten, weil das Canonische Recht⁷¹) dieses vorschreibe, und nach ausdrücklicher Verordnung desselben, namentlich si super testamentis quaestio agitur, den Worten eines Richters allein, er sey von welchem Ansehen er wolle, gar nicht geglaubt werden solle⁷²). Allein ist eine solche Zuziehung von Zeugen dem Richter bey der Aufnahme der Testamente nicht ausdrücklich in seiner Umts-Instruction vorgeschrieben, und sind auch

nr. 14. pag. 426. UBER (Ge. Sam. MADHN) Diatr. cit. de validitate testam. non rite oblati. §. XVIII. pag. 63. Lud. God. MADHN Princ. iur. Rom. de Successionib. §. 86. besonders Christ. Fried. Jmm. Schorff neue Samml. außerles. Gutachten und Urtheissprüche der Erfurt. Jurist. Facultät. (Erfurt 1798. 4.) Nr. XIX. S. 124 — 128. Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts. 1. Bd. h. t. §. 8. und 2. Bd. Nr. 42. S. 6. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen. 7. Bd. Erört. XXVIII. S. 69.

70) Joh. Lud. Schmidt's öffentl. Rechtsprüfung. 1. Abschn. Nr. VII. §. 5 und 6. S. 52 f. Jo. Just. SCHIERSCHMID Diss. de testamento coram solo iudice non confiendo. (Erlangae 1764. 4.) §. XIII. von Hartig'sch. Erbrecht. S. 71. und Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. S. 961. S. 919.

71) Cap. 11. X. de probat.

72) Cap. 28. X. de testib.

keine Schöppen bey dem Gerichte vorhanden; so macht die einzige Person, in welcher das Amt des Richters und Actuarii vereinigt ist, das ganze Gericht aus, und auf ihren Gerichtsacten beruht der gerichtliche Glaube, wodurch ein gerichtliches Testament seine Gültigkeit erhält⁷³⁾. Auf diese Art der deutschen Gerichtsverfassung finden daher jene Vorschriften des Canonischen Rechts keine Anwendung, über welche sich die Praxis ohnehin schon längst, besonders bey der heutigen Aufnahme gerichtlicher Testamente, hinweggesetzt hat⁷⁴⁾. Diese huldiget vielmehr dem vernünftigeren Grundsätze des Römischen Rechts⁷⁵⁾: *Superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficient*⁷⁶⁾.

Wenn ferner das Gericht aus zwey verschiedenen Personen, dem Richter und Actuarius, besteht; so kann der Richter allein mit seinem Gerichtsschreiber gerichtliche Testamente gültig aufnehmen, ohne Zuziehung anderer Personen zu Zeugen⁷⁷⁾, weil das Gericht nach seiner Verfassung bloß aus jenen beyden Personen besteht, und also auf ihnen der ganze

73) S. BALSER de forma testam. iudic. exter. §. LXXXIV.
vorzüglich LAUTERBACH Diss. de testamento judiciali.
Th. XV. et XVI.

74) Jac. Frid. LUDOVICI Diss. de actnarii präsentia in
actu testandi. §. XXXV, Westphals Rechtsgutachten
2. Bd. Nr. 42. S. 5. n. 4. Schorck neue Samml. aus-
erles. Gutachten und Urtheisspr. Nr. XIX. S. 127. nr. 12.

75) L. 51. C. de donat. (VIII. 54.)

76) Fr. CAR. CONRADI Diss. cit. de testam. public. quod
fit apud acta. §. XVI. und Struben rechtliche Bedenken.
2 Th. Bed. LI. S. 172.

77) PUFPANDORF de iurisdict. germ. P. I. Cap. IV. §. 71.

gerichtliche Glaube beruht⁷⁸⁾). Es kann aber auch der Richter dem Actuar seine Stelle auftragen⁷⁹⁾, und das von dem Actuar allein, als Stellvertretern des Richters, aufgenommene Testament ist als ein gültiges gerichtliches Testament anzusehen⁸⁰⁾. Ob auch der Richter allein ohne Buziehung des Actuarius gültig ein Testament aufnehmen könne, ist grösserem Zweifel unterworfen. Hellfeld macht einen Unterschied, ob das Testament dem Richter schriftlich übergeben, oder ob es vor ihm mündlich durch Erklärung zu Protokoll errichtet wird. Im ersten Falle soll die bloße Gegenwart des Richters genügen, im andern aber könne der Richter allein, ohne den Actuar, das Testament nicht aufnehmen, weil nicht der Richter, sondern nur der Actuar zum Protokolliren verpflichtet sey. Carl Frid. Walch⁸¹⁾ unterscheidet daher, ob der Richter auch zugleich zum Protokolliren verpflichtet worden sey, oder nicht. Nur im letztern, aber nicht im ersten Falle sey die Buziehung des Actuarius nöthig. Eben dieser Meinung ist auch End. Gottfr. Madighn⁸²⁾. Andere⁸³⁾ hingegen be-

78) WISSE Progr. cit. Cap. II. §. 5. Westphals Rechts-gutachten 2. Bd. Nr. 45. S. 15. n. 10 ff.

79) Cap. ult. X. de officio et potest. iud. deleg.

80) Aug. a LATERNA Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV. medit. 3. Car. Frid. WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 6. pag. 294 sq. Geigers und Glücks merkwürd. Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Bd. Nr. X. §. 6. S. 192.

81) Introd. in controvers. iuris civ. c. I. §. 5. pag. 294.

82) Princip. iur. Rom. de Succession. §. 85. in fin. Man sehe auch Thibaut Syst. des Pandecten-Rechts. 2. Bd. §. 694.

83) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. P. II. b. t.

haupten, daß ein gerichtliches Testament dem Richter auch in der Abwesenheit des Actuarii sowohl gültig übergeben, als von ihm mündlich zu Protokoll aufgenommen werden könne, weil bey Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit der Richter zugleich die Stelle eines Actuarius versehen könne⁸⁴⁾, und nach dieser Meinung ist auch schon in der ältern Praxis gesprochen worden⁸⁵⁾.

Ich komme auf den zweyten Fall, wenn das Gericht ein Collegium bildet. In diesem Falle hängt in der Regel, sofern die besondern Gesetze des Landes oder Orts darüber nichts bestimmt haben, sowohl die Anzahl, als die Wahl der Mitglieder des Gerichts, welche zur Aufnahme eines Testaments in vorkommenden einzelnen Fällen abzuordnen sind, von dem Ermessen des Collegiums ab⁸⁶⁾, dem Testirer hingegen kann hierin eine Besug-

§. 49. *Jo. Henr. de BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. II. Not. 5.* (Tom. I. pag. 360. edit. *Haubold.*) *Aug. a LYTSEN Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV.* medit. 2. pag. 607. *Das. Ge. Struben rechl. Bedenken. 2. Th. Bed. LI. Jo. God. Kraus Diss. de testamentis controyers. potissim. publicis. §. XXXIX. Fratrum BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XXXVII. Qu. 2. nr. 15. pag. 496.*

84) *a LYTSEN Meditat. Vol. II. Specim. LXXI. medit. 5.*

85) *CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. III. Def. 15. Richter P. I. Decis. 30. Just. Henn. BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. III. P. III. Decis. 509. pag. 85 sqq. und Joh. Ulr. von Cramer. Weßler. Nebenstunden. 10. Th. 6. Abb. S. 75 ff.*

86) *BALSEN lib. de forma testam. iudic. externa. §. 77. §. 81. et §. 86. Weiss cit. Progr. Cap. II. §. 4. besonders Joh. Christ. Quistorps Beiträge zur Erläuter. verschied. Rechts-Materien. (Rost. u. Leipzig. 1787. 8.) Nr. XLII. C. §. 11. ff.*

nis, die abzuordnenden Mitglieder des Gerichts, nach eignem Belieben, selbst zu wählen, nicht eingeräumt werden, es müste denn das Gericht, dem Verlangen des Testirers hierin nachzugeben, unbedenklich finden⁸⁷⁾. Die herrschend gewordene Meinung, daß immer wenigstens zwei Mitglieder des Gerichts zur Aufnahme eines Testaments abgeordnet werden müßten, wenn es, als ein gerichtliches gelten soll⁸⁸⁾, läßt sich als gemeines Recht nicht beweisen⁸⁹⁾. Es ist auch nicht nothwendig, daß sich unter den Abgeordneten des Gerichts nothwendig der Actuarius befinden müsse, wie Balser⁹⁰⁾ sehr gründlich ausgeführt hat.

Den sichersten Weg geht jedoch immer der Richter, wenn er in einem solchen Falle, wo die Particulargesetze keine bestimmte Form für die Aufnahme gerichtlicher Testamente vorschreiben, zu seinem Hauptaugenmerk macht, was die Gewißheit und Zuverlässigkeit der Disposition erheischt, und bei Aufnahme eines gerichtlichen Testaments dasjenige beobachtet, was zur gerichtlichen Beglaubigung einer jeden andern vor Gericht zu vollziehenden Handlung erfordert wird. Diese besteht in der in Gegenwart des Richters, oder eines zum Richteramt befähigten Abgeordneten, von einem Actuar, oder vereideten Protokollführer zu Protokoll geschehenen

87) S. Quistorps Beyträge a. a. D. S. 613—616.

88) CARPOV P. III. Const. III: Def. 17. WERNER. select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 26. BERGER Oecon. juris. Lib. II. Tit. IV. Th. II. Not. 4. Jo. Ulrico CRAMER Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 934. Quistorps Beyträge a. a. D. S. 611.

89) S. BALSER lib. cit. §. LXXXV.—LXXXVII.

90) Cit. lib. §. 88.—§. 91. pag. 89—94.

Niederschreibung⁹¹⁾. Zur Form eines gerichtlich aufzunehmenden Testaments gehört also nicht mehr, als überhaupt zur Gültigkeit eines gerichtlichen Protokolls nöthig ist⁹²⁾.

§. 1411. a.

Verliert ein gerichtliches Testament durch die Zurücknahme desselben von den Acten seine Gültigkeit?

Noch entsteht die sehr streitige Rechtsfrage, ob zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments erforderlich werde, daß es bis zum Absterben des Testirers in gerichtlicher Verwahrung bleibe, und ob also dasselbe durch Zurücknahme aus dem Gericht den öffentlichen Glauben, mithin seine Gültigkeit verliere, oder nicht? Es ist damit die Frage nicht zu verwechseln, ob ein gerichtliches Testament wegen der Zurücknahme aus dem Gericht für widerrufen und aufgehoben zu halten sey? welche Hellfeld §. 1429. a. E. berührt. Diese Frage ist von jener abhängig. Denn verliert das Testament schon an sich durch die Zurücknahme von den Acten seine Gültigkeit; so ist die Frage, ob es für widerrufen zu halten sey, oder nicht, ganz überflüssig. Diese Frage ist daher eine bloße *quaestio facti*⁹³⁾, jene aber, welche hier zu erörtern ist, eine *quaestio iuris*. Die Ansichten der Rechtsgelehrten sind

91) S. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtsachen. 2. Th. §. 243.

92) S. Mittermaiers Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 409. Man verbinde damit Puchta angef. Handbuch. 2 Th. §. 113. S. 291 ff.

93) S. Spangenbergs Beitrag zu der Lehre von Testamenten, im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. S. 171.

nun darüber sehr verschieden. Viele⁹⁴⁾ halten die Aufbewahrung des Testaments im Gericht zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments für wesentlich nothwendig. Sie meinen daher, es verliere durch die Zurücknahme von den Acten seine Gültigkeit. Denn bleibe das Testament nicht bey den Acten bis zur Publication d. h. bis es nach dem Tode des Testirers eröffnet wird; so fehle es a) an der Form eines gerichtlichen Testaments, welche eben darin bestehet, daß es den Gerichtsacten einverleibt, und mit denselben verbunden werde, es könne also nicht mehr als ein gerichtliches gelten, wenn es durch Zurücknahme von den Acten sey getrennet worden. Es fehle aber auch nun b) an der vollkommenen und unzweifelhaftesten Gewißheit, welche nur dann vorhanden sey, wenn das Testament bis zu seiner Eröffnung in gerichtlicher Verwahrung geblieben sey. Denn eben deswegen werde in der *L. 19. C. de testamentis* gesagt: öffentliche Testamente überwögen die Feierlichkeiten aller andern Testamente, weil sie durch Aufbewahrung im Gericht gegen alle Versäuschung gesichert sind. Wer könne nun aber dafür stehen, daß das Testament, welches nach dem Tode des Testirers in seiner Verwahrung gefunden wird, noch

94) *Sigism. FINCKELTHAUS Observat. pract. Obs. XII. §. ult. GRUPPEN Observat. II. de forma testamentorum. judicial. §. 3. pag. 109 sq. et §. 4. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. V. Obs. 643. nr. 11. Rud. Christph. HENNE Diss. de testamento publico per repetitionem ab actis vel scriniis principis rupto. Erford. 1767. 4. Jo. Dan. LUGENHEIM Diss. de testamento judiciali per repetitionem ab actis infirmato. Altorfii 1771. 4. Dan. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen practisch. Rechtsgeschriftheit. S. 975. S. 503. (der 3ten vermehrt. Aussl. Halle 1784. 8.)*

dasselbe sey, was er bey Errichtung desselben zu den Acten gebracht hat? Andere⁹⁵⁾ hingegen machen einen Unterschied, ob von einem schriftlichen Testamente die Rede sey, welches dem Gericht übergeben worden, oder von einem mündlichen Testamente, welches der Testator bey Gericht zu Protokoll erklärt hat. Jenes müsse in gerichtlicher Verwahrung verbleiben, und es könne nicht mehr als ein gerichtliches gelten, wenn dasselbe auf Verlangen des Testators von dem Richter, obgleich das Couvert noch mit dem Gerichtssiegel versehen ist, zurückgegeben werde, weil es nur gar zu leicht der Versäuschung in dem Privatbesitze des Testators unterworfen seyn würde. Es zeige auch schon selbst die Oblation die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Verwahrung an, indem nicht etwa, damit das Gerichtssiegel auf das Couvert gesetzt werde, sondern damit das Testament von dem Richter verwahrt werde, die Oblation geschehe. Allein bey dem mündlichen gerichtlichen Testamente falle alle mögliche Versäuschung weg, wenn solches auch in der Privat-Gewahrsame des Testators nach seinem Tode angetroffen werde. Denn die Unterschrift des Richters, die Handschrift des Actuars, und das Gerichtssiegel bewiesen die Richtigkeit und Authenticität der Urkunde hinlänglich. Es brauche daher dasselbe in der Gerichtsstelle so wenig, wie andere gerichtliche Urkunden, aufbewahrt zu werden, und müsse als ein gerichtliches Testament gültig und beweis-

95) Jo. SCHILTER Praxis iuris Rom. Exercit. XXXVIII.
§. 71 et 72. Lud. GAD. MADHN Princip. iuris Rom.
de Successionib. §. 172. in fin. und Derselben Miscellen
aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Th. (Bres-
lau 1814. 8.) Nr. XXI.

send seyn, wenn nicht das Landesgesetz etwas anderes enthalte.

Allein die meisten Rechtsgelehrten⁹⁶⁾ sind jetzt darin einverstanden, daß zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments die beständige Aufbewahrung desselben in dem Orte des Gerichts, bis zum Absterben des Testirers, für

96) STRYK Caut. testamentor. Cap. VII. §. 45—47. Casp. MANZ Tr. de testam. valido vel invalido Tit. XXI. §. 56. pag. 1252. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 52. LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIX. medit. 13. a PFEENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 153. Frid. BRAHMER Nov. ius controversial. Obs. LVI. Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. III. §. 7. pag. 295 sq. et Membr. IV. §. 11. pag. 357 sq. Just. CLAPROTHS theor. pract. Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. §. 115. S. 207 ff. Gebr. OVERTHECK Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Bd. 1. Meditat. Ge. Jac. Fried. Meister's pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. XI. 2te Frage. S. 85 f. Joh. Ludw. Schmidt's hinterlass. Abhandlungen verschied. praktischer Rechtsmaterien. 2. Bd. Nr. IV. S. 11 f. Carl Ge. von Zangen Beyträge zum Deutschen Recht. (Giessen 1788. 8.) S. 251 f. Léibaut System des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 694. a. E. S. 155. (der 7. Ausg.) Ernst. Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts. 1. B. h. t. §. 12. S. 149. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 822. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 7. Bd. Nr. LXXXII. S. 249—252. Wolfg. Heinr. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitig. bürgerl. Rechtsachen. a. Th. §. 245. S. 272. Weber's Erläuterungen der Pandect. 2. Th. S. 1429. n. 3. S. 231 f. und von Hartig's Erbrecht. S. 74. S. 66.

lein so wesentliches und nothwendiges Erforderniß zu halten sey, daß, wenn der Testator solches aus dem Gericht zurückgenommen, dasselbe hierdurch seine Kraft und Gültigkeit verliere, wenn das zurückgenommene Testament nur noch die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung unverlebt an sich führt, ohne Unterschied, es sey das Testament mündlich vom Testator zu Protokoll erklärt, oder dem Gerichte schriftlich übergeben worden. Diese Meinung verdient auch allerdings den Vorzug. Denn daß ein gerichtliches Testament auch in gerichtlicher Verwahrung bleiben müsse, und diese gerichtliche Aufbewahrung einen wesentlichen Theil des gerichtlichen Testaments ausmache, ist im gemeinen Rechte nirgends vorgeschrieben. Aus den Worten der *L. 19. Cod. de testam. Securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipum — mentis suae postremum publicavit iudicium*, läßt sich wenigstens ein solches Erforderniß nicht beweisen. Das gerichtliche Testament, welches die Römer kannten, bestand nicht in der Uebergabe eines schriftlichen Testaments, denn diese Form gerichtlicher Testamente ist blos durch den deutschen Gerichtsgebrauch geltend geworden, sondern es bestand seiner Form nach blos darin, daß der Testirer seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll erklärte⁹⁷⁾). Dies heißt hier *actis iudicis mentis suae postremum publicare iudicium*, wie das Wort *publicare* auch in andern Ge- fügen⁹⁸⁾ vorkommt. Das Wesen des den Römern be-

97) G. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts 1. Bd. S. 82.
und Spangenberg's Beitrag zur Lehre von Testamenten,
im Archiv für die civil. Praxis. 5. B. S. 159.

98) L. 30. 51. 32 et 56. C. de testam. G. BRISSON. voc.
publicare.

kantzen gerichtlichen Testaments beruhte also blos in der gerichtlichen Verlautbarung des letzten Willens. Denn es handelte sich nur von einem Surrogate für die beschwerlichen äussern Solennien der Privattestamente. Das Ansehen des Richters soll hier die Stelle dieser Solennitäten vertreten, so wie das gerichtliche Zeugniß die Gewißheit des letzten Willens beurkunden. Eine Aufbewahrung im Orte des Gerichts wird nicht erforderlich, und ist auch unter dem *publicare* nicht mit begriffen. Denn dieser Ausdruck bezeichnet nur den Act der Testamentserrichtung, geht aber nicht auch auf die Aufbewahrung des gerichtlich erklärtten letzten Willens im Gericht bis zum Tode des Testirers. Denn dies müßte deutlicher bestimmt seyn. Es kann also auch die Gültigkeit desselben nicht von der Aufbewahrung im Gericht abhängen, nein, das gerichtliche Testament gilt nach dem gemeinen Rechte blos wegen des gerichtlichen Glaubens, und richterlichen Ansehens, unter welchem es errichtet worden ist. Warum sollte also dem Testirer sein gerichtlich beglaubigtes Testament nicht eben so, wie die Urkunde über eine andere vor Gericht vollzogene Handlung, zur eigenen Aufbewahrung übergeben werden können? Von einem schriftlichen dem Gerichte übergebenen Testamente ist nun vollends im Röm. Rechte gar keine Rede, noch weniger kann also die Nothwendigkeit der Verwahrung desselben im Gericht aus dem gemeinem Rechte erwiesen werden. Man will zwar einen Beweis dafür in der L. 18. C. de testam. einer Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius, gefunden haben, welche folgendermassen lautet:

Testamenta omnia, ceteraque, quae apud offi-

cium censuale publicari solent, in eodem loco reseruentur⁹⁹⁾, nec usquam permittatur fieri ultra translatio. Mos namque retinendus est fidelissimae vetustatis: quem si quis in hac urbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem.

Allein hier ist nicht von gerichtlichen, sondern von Privat-Testamenten, also auch nicht von einer gerichtlichen Uebergabe der Testamente, sondern blos von gerichtlicher Eröffnung der Privattestamente die Rede, welche um der von testamentarischen Erbschaften zu entrichtenden vicesima willen vor Gericht, und zwar beym Censual-Amte geschehen mußte, dessen Vorstand der magister census war, unter welchem die Censualen standen¹⁰⁰⁾. Diese Eröffnung bezog sich aber nur auf die feyerlichen Testamente, also auf diejenigen, die nicht schon vor Gericht verfertigt waren.

99) Im-Theodos. Codex Lib. IV. Tit. 4. c. 4. de testamentis, heißt es *reserentur* statt *reseruentur*. Dieser Lesart giebt *Ant. CONTIUS* Lection. subsecivar. Lib. II. Cap. 16. (*Oper. pag. 100 sqq.*) den Vorzug; allein man s. *Jac. GORHOFREDI* Commentar. ad L. 4. cit. Tom I. Cod. Theod. pag. 381. (edit. Ritter.)

100) Von diesem officio censuali, und dem magistro census haben ausführlich gehandelt *Guid. PANCIROLUS* in Commentar. in notitiam Imperii Occidental. Cap. X. pag. 21. sq. und in Thesauro variar. lection. Lib. II. Cap. 151. pag. 323. sqq. auch *Jac. GUTHRIUS* de officiis domus August. Lib. III. Cap. 9. pag. 490. und *WALCH* Controv. iur. pag. 357. not. *). Von der vicesima hereditatum aber vorzüglich *Car. Frid. SCHUBERT* Diss. de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum. *Helmst.* 1749. 4. §. VIII. — XX.

tigt waren¹⁾). Die feierlichen, also versiegelten, Testamente müsten, nach dem Recht des damaligen Zeitalters, längstens fünf Tage nach des Testators Tode vor Gericht gebracht, eröffnet, verlesen, wieder versiegelt, und in der gerichtlichen Registratur aufbewahret werden²⁾. Diese Eröffnung durfte bey keiner andern Behörde, als bey dem magistro census, geschehen, die Erben, welche das officium censuale übergingen, machten sich sonst der Vortheile aus dem Testamente verlustig. Kaiser Justinus hat jedoch diese Strafe aufgehoben, und sie in eine Geldstrafe verwandelt³⁾. Es fehlt demnach an allem Beweise aus dem gemeinem Rechte. Soll also die gerichtliche Aufbewahrung schlechterdings einen wesentlichen Theil des gerichtlichen Testaments ausmachen, und dessen Zurücknahme aus dem Gericht Nichtigkeit desselben zur Folge haben, so muß dieses im Landesgesetz⁴⁾ vorgeschrieben seyn. Der Grund, welcher unserer Meinung vorzüglich entgegengesetzt wird, daß nämlich, wenn das Testament nicht im Orte des Gerichts aufbewahrt bliebe, eine Verfälschung oder Unterschiebung leicht mög-

1) G. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. Kap. 2. S. 84 f.

2) PAULUS Sentent. Recept. Lib. IV. Tit. 6. Digest. Lib. XXIX. Tit. 3. Cod. Justin. Lib. VI. Tit. 32. von Savigny a. a. D. und ERN. SPANGENBERG Juris Roman. tabulae negotior. solemn. superst. (Lipsiae 1832. 8.) Nr. XIV. pag. 91. sqq. et pag. 95. not. 1.

3) L. 23. C. de testament. G. SCHUBERT Diss. cit. §. XXII.

4) Eine solche Vorschrift enthalten z. B. das allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 12. Tit. 6. 565. und 566. Das Westfälische Landrecht 3. Th. 4. Kap. 5. §. 2. nr. 16. Das Hohenlohische Landrecht. Tit. VIII. §. 2. u. a. m.

lich sey, betrifft eine bloße *quaestio facti*, kann also nicht zum Beweise dienen, daß ein gerichtliches Testament durch das bloße Factum der Zurücknahme seine Gültigkeit verliere. Eine Verfälschung wird ja überhaupt nicht vermutet, und muß bewiesen werden. Der ganze Grund aber wird beseitigt, wenn das Testament in der Gewahrsam des Erblassers so, wie es dem Gericht übergeben worden, mit derselben gerichtlichen Verzeichnung und dem Gerichtssiegel unverleugt gefunden wird.

§. 1412.

Regelmäßige Privattestamente. Kurze Geschichte ihrer Entstehung, nach dem ältern Civilrechte, prätorischen Rechte, und den Constitutionen der Kaiser.

Es ist schon oben (§. 1408. S. 150.) bemerkt worden, daß die ursprünglichen Testamente, sowohl das *testamentum calatis comitiis factum*, als das in *procinctu*, *testamenta publica* waren. Beyde waren mit Schwierigkeiten verbunden. Denn *calata comitia* wurden nur zweymal im Jahre wegen der Testamente gehalten, und *testamenta in procinctu* konnten nur zur Zeit des Krieges gemacht werden, wenn das Heer zum Kampfe gerüstet war, und die Krieger unter den gewöhnlichen religiösen Ceremonien in die Reihen waren gerufen worden. So berichten uns *Gaius*⁵⁾, *Festus*⁶⁾, und *Theophilus*⁷⁾. Diese Schwierigkeiten, welche auch wohl noch die Pontifices durch ihren Eifer für die Erhaltung

5) *Institut. Comm. II. §. 101.*

6) *De Verb. Signif. v. Endo procinctu. und v. Procincta classis.*

7) *Paraphr. graec. Institut. Lib. II. Tit. 10. §. 1.*

der sacrorum privatorum, gegen die Aufhebung derselben durch die sacrorum detestatio, welche nach Gellius⁸⁾ mit den Testamenten in der genauesten Verbindung stand; vermehrten, wozu denn auch noch insonderheit⁹⁾ die Unbequemlichkeit kam, den Namen des Erben öffentlich nennen zu müssen, veranlaßten noch vor dem Aufhören der öffentlichen Testamente die Entstehung der Privattestamente¹⁰⁾. Denn plötzliche Todesgefahr konnte machen, daß weder das eine noch das andere jener Testamente möglich war. Dieser Umstand wird vom Gaius¹¹⁾, mit dem auch Theophilus¹²⁾ übereinstimmt, als der Veranlassungsgrund einer dritten Testamentsform, nämlich der *per aes et libram*, anzusehen.

8) Noct. Attic. Lib. XV. c. 27. S. Gaus Erbrecht 2. Bd. S. 58.

9) Dernburg's Beiträge zur Gesch. der Röm. Testamente. §. 17. S. 95. f.

10) Ueber die mancherley Schwierigkeiten besonders bey den Testamenten calatis comitiis, vergleiche man noch vorzüglich Schraders rechtsgeschichtliche Bemerkungen Nr. II. in Hugo civilist. Magazin 5. Bd. S. 154. ff.

11) Comm. II. §. 102. — qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebat, etc.

12) Cit. loc. Tom. I. pag. 330. edit. Reitz. wo es nach der Uebersetzung von Reiz heißt: *Porro quam haec duo essent genera, accidebat, ut nonnulli repente morbo correpti, morerentur intestati; neque enim calatis comitiis testabantur, quia nondum tempus aderat; neque procinctu, quia bellum non erat: aliter autem testari, aliquis inauspicatum credebat sano corpore. Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur AES ET LIBRAM, siebatque per emancipationem.*

gegeben. Daher sagt Ulpian¹³⁾: Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinetu, tertium, quod *per aes et libram* appellatum est, und wenn es bey Gaius¹⁴⁾, so wie in Justinians Institutionen¹⁵⁾ heißt: Accessit deinde tertium genus testamenti, quod *per aes et libram* agitur, oder wie die Worte in unsren Institutionen lauten: quod dicebatur *per aes et libram*; so deutet das accessit ohne Zweifel darauf hin, daß die drey Testamente noch eine Zeitlang zusammen fortbestanden haben¹⁶⁾, bis die beyden erstern durch Nichtgebrauch veralteten¹⁷⁾. So war also das testamentum *per aes et libram* das älteste Privat-testament. Daß dieses Testament sein Daseyn der erst durch das Zwölftafelgesetz: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, eingeführten Testamentsfreiheit verdanke, wie Alb. Diet. Trekkell¹⁸⁾ zu behaupten sucht, ist wohl eben so unrichtig, als die Meinung Franz Baldwins¹⁹⁾, daß es durch die

13) *Fragm. Tüb. XX.* §. 2.

14) *Comm. II.* §. 102. init.

15) §. 1. *J. de testam. ordinand.* (II. 10.)

16) S. Detmurg's Beiträge. 1. Kap. §. 4. S. 25. lit. b.

17) GAJUS *Comm. II.* §. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod *per aes et libram* fit, in usu retentum est.
ULPIANUS *Fragm. XX.* s. Illis duobus testamentis abolitis, hodie solum in usu est, quod *per aes et libram* fit.

18) *Tr. de origine atque progressu testamentificationis prae-*
spud Roman. Cap. III. §. 23. et 24. pag. 118. sqq.

19) *Commentar. de legibus XII. Tabular. Cap. XXIX.*
pag. 218. sq. (edit. Basileens, 1557. 8.)

XII Tafeln selbst eingeführt worden sey, welche ersterer widerlegt. Wahrscheinlich war es schon vor den Gesetzen der XII Tafeln bekannt. Denn Gellius²⁰⁾, Gaius²¹⁾, Ulpian²²⁾, Justinian²³⁾, und Theophilus²⁴⁾, welche alle von den verschiedenen Arten der ältern Römischen Testamente handeln, haben dabei auf die XII Tafeln auch nicht die geringste Rücksicht genommen. Dass die zwölf Tafeln die Mancipation bestätigten, wenn gleich nicht gerade in Bezug auf die Testamentserrichtung, lehren uns die Vaticanischen Fragmente²⁵⁾. Noch merkwürdiger aber ist es, dass Cicero²⁶⁾ bey Gelegenheit eines Rechtsstreits über

20) *Noct. Atticar.* Lib. XV. Cap. 27.

21) *Comm. II.* §. 101. — §. 104.

22) *Fragm. XX.* a.

23) §. 1. *J. de testam. ord.*

24) *Paraphr. gr. c. I.*

25) *Juris civ. Antejust. Vaticana Fragmenta* §. 50.
(pag. 47. edit. de Buchholz) quia et mancipationem,
et in iure cessionem lex XII. Tabularum confirmat.
G. Schillings Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte.
S. 96.

26) *De Oratore* Lib. I. cap. 57. Es ist daselbst von einem
Testamente die Rede, worin ein Vater seinen beym Heere
sich befindenden Sohn übergangen hatte. Cicero sagt zu
dem Redner, der das Testament angreifen will: Tu vero,
vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omnes
omnium testamentorum ius in eo iudicio positum vide-
retur; vel si causam ageres militis, patrem eius, ut
soles, dicendo a mortuis excitasses, statuisses ante
oculos, complexus esset filium, flensque eum Centum-
viris commendasset: lapides mehercule omnes flere ac
lamentari coegisset, ut totum illud: *Uti lingua nar-*

ein Testament das Gesetz der XII Tafeln: *Uti lingua nuncupassit* anführt, wo man jenes: *Uti legassit* erwartet hätte, wenn man erwägt, daß das Gesetz der XII Tafeln: *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*²⁷⁾, sich auf alles bezog, was per aes et libram geschah²⁸⁾, und

cupassit, non in XII Tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur. Man sehe über diese Stelle Dernburg's angef. Beiträge zur Gesch. der Röm. Testamente. a. Kap. S. 17. S. 105. Not. 51.

- 27) FESTUS de V. S. voc. *Nuncupata.* S. Dirksen's Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente S. 397. ff.

- 28) Sext. POMP. *Fastus de Verb. Signif. voc. NEXUM.* (pag. 13. edit. Ursin. 1583. 8.) *NEXUM est, ut ait GALLUS AELIUS, quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur: quo in genere sunt haec, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.* Eben so M. TER. VARRO *de Lingua Latina Lib. VI.* pag. 100. (edit. bipont. 1788. 8.) *NEXUM, MANILIUS scribit, omne, quod per aes et libram geritur; in quo sint mancipi* (mancipia i. e. mancipationes) *CICERO de Oratore Lib. III. cap. 19. NEXUM, quod per libram geritur.* In dieser Bedeutung war unter *nexum* auch *mancipium* begriffen. Denn es bezeichnete jedes nach quiritarischem Rechte per aes et libram vollzogene Geschäft. Mucius Scævola war zwar anderer Meinung, wie VARRO a. a. D. sagt. Er unterscheidet zwischen *nexum* und *mancipium*. Es heißt nämlich: *Mucius SCÆVOLA, quae per aes et libram fiant, praeterquam quae MANCIPIO dantur.* Die Meinungen lassen sich aber vereinigen, wenn man die weite und engere Bedeutung von *nexum* unterscheidet. In der engern Bedeutung geht *nexum* blos auf die Entstehung einer Obligation per aes et libram; *mancipium* aber auf die Ueber-

in der ausgebildeten Kunstsprache der Römischen Rechtsgelehrten *mancipatio*, oder auch, wie z. B. bey Gellius, und in den Institutionen Justinian's, nach der durch Theophilus bestätigten Lesart, *emancipatio* genennet wird²⁹⁾). Dies ist aber gewiß nicht erst durch tragung des Eigenthums einer Sache per aes et libram. Nach dieser Erklärung hält VARRO die Meinung des Mucius Scævola mit Recht für richtiger. *Hoc verius esse*, sagt er, *ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur*. Nam idem, *quod obligatur per libram*; neque suum fit, inde *Nexum* dictum. So haben auch wohl die XII Tafeln Beydes *nexus* und *mancipium* unterschieden. Es war aber auch ein Unterschied zwischen *nexus* und *nexus*. Jenes bezeichnete das Veräußerungsgeschäft selbst, dieses aber die Feyerlichkeit der Mancipation per aes et libram. Daher *nexus traditio* bey CICERO in *Topic.* c. 5. und *nexus se obligare* bey CICERO *pro Marena* c. 2. Man vergleiche hier vorzüglich *Car. Guil. Ern. Heimbach Diss. de C. Aelio Gallo ICto eiusque fragmentis praes. Christ. Gottl. Hauboldo def. Lipsiae* 1823. 8. *Excurs. I. ad C. Aelii Galli Fragm. VII. apud Fastum v. Nexus*. Die Mancipation ist nun zwar hier nur eine *imaginaria venditio*, aber eben deswegen anzunehmen, daß diese Handlung ursprünglich ein wirklicher Kauf war, wobei der Kaufpreis sofort zugewogen worden. Erst späterhin wurde das Zuwägen *imaginär*, wie man die Mancipation auf andere Geschäfte ausdehnte, und überhaupt, wo sie nur durch Uebertragung des Eigenthums angewendet wurde. S. Ge. Fried. Puchta Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen. (München 1829. 8.) in den Bemerkungen Nr. V. vom *Nexus*. S. XXVIII. — XL. Man vergleiche auch noch Niebuhr Röm. Geschichte. 1. Th. S. 639. ff. (Der 3. Ausg. Berlin 1828. 8.) und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 252. der zweyt. Ausg.

29) S. Hugo Rechtsgesch. S. 244. der 8. Aufl. Ed. Bob-

die XII Tafeln eingeführt worden, welche bekanntlich nichts Neues enthalten, sondern nur dasjenige, was schon durch ein längst bestandenes Gewohnheitsrecht eingeführt war, bestätigten³⁰⁾. Eben so ging das oben³¹⁾ vorgekommene Gesetz der XII Tafeln: *Qui se sierit*

CKING Commentat. de mancipii causis. (Berolini 1826. 8.) pag. 15. sqq. und Schillings Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 87. Not. 209. Man vergl. auch Brusonius de Verb. Signif. voc. *Emancipare*.

30) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. S. 448. S. 647. der zweynt. Ausg. und Dernburg's Beiträge zur Gesch. der Röm. Test. §. 2. S. 15 ff. Ulpian, welcher *Fragm. Tit. XI.* §. 14. das Gesetz der XII Tafeln: *Uti legassit* wörtlich ansführt, sagt dennoch *L. 130. D. de Verbor. Signif. lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*, und Gaius Comm. II. §. 224. welcher ebenfalls dieselbe lex XII tabularum wörtlich ansführt, sagt nicht, es sey dadurch die Testamentsfreiheit einge führt worden, sondern braucht den Ausdruck *cavetur*, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur. Nur wo bestimmt die Rede ist von einem erst neu eingeführten Rechtsfaß, brauchen die Röm. Rechtsges lehrten das Wort *introducere*. S. Dernburg's angef. Beiträge. S. 4. Not. 26. S. 28. ff. Wie wenig der Schluß gilt, daß ein Rechtsfaß, der in den XII Tafeln enthalten ist, eben deswegen auch durch dieselben müsse eingeführt worden seyn, und wie wenig darauf ein Beweis gegründet werden könne, daß er früherhin nicht da gewesen sey, davon giebt die Stelle Ulpian's *L. 1. pr. D. de curator. furios.* den deutlichsten Beweis, wenn er daselbst sagt: *Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur honorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est.* S. Dernburg §. 2. Not. 8. S. 12. f.

31) S. den 33. Th. §. 1599. a. S. 318.

testarier, unstreitig auch auf die Mancipation³²⁾, sicher war aber dieses schon vorher Gewohnheitsrecht. Und wenn, wie Plutarch³³⁾ berichtet, Numa den Vestalinen das Privilegium gegeben hat, sobald sie vom Pontifex Maximus als Priesterinnen waren eingeführt worden, von väterlicher Gewalt und der Tutele befreyt zu seyn, welches auch so in den XII Tafeln verordnet seyn soll, wie Gaius³⁴⁾ sagt; und wenn sie, wie Gellius³⁵⁾ uns lehrt, hierdurch das Recht erhielten, ein Testament zu machen; so konnten doch wohl Vestalinen nicht calatis comitiis testiren, weil Frauenspersonen, wie bekannt, bey den Römern nicht in öffentlichen Versammlungen erscheinen durften³⁶⁾. Es muß also gewiß schon vor den XII Tafeln Privattestamente gegeben haben, weil sie ja sonst nicht hätten testiren können³⁷⁾. Nun gab es aber, wie Gaius und Ulpian bezeugen, mit denen auch Gellius³⁸⁾ übereinstimmt, außer den auf Weiber nicht passenden Testamentsformen calatis comitiis und in procinctu, nur noch die Mancipations-

32) S. Dernburg's Beiträge. §. 3. S. 21. f. und den 33. Th. dieses Commentars. S. 1404/ S. 350. ff.

33) *In vita Numa* Cap. 10. S. Dernburg's Beiträge. §. 13. Not. 82. S. 74. f. und den 33. Th. des Commentars. S. 1404. d. S. 397. f.;

34) *Comm. I.* §. 145. pag. 71. edit. sec.

35) *Noct. Atticar.* Lib. I. Cap. 12.

36) GELLIUS *Noct. Attic. Lib. V.* cap. 19. Cum feminis nulla comitorum communio est. S. Christ. Ferd. Schulze von den Volksversammlungen der Römer. 2. Abschn. 3. Kap. S. 181. f.

37) Dernburg's Beiträge. S. 75. Not. 83.

38) *N. A.* Lib. XV. Cap 27.

form per aes et libram. Daß nun Frauenspersonen über ihr Vermögen per aes et libram testiren konnten, hat keinen Zweifel³⁹⁾.

Die Mancipationsform bestand nun, wie Gaius⁴⁰⁾, Ulpianus⁴¹⁾ und Justinian⁴²⁾ lehren, in einem feierlichen Scheinverlaufe des Vermögens an einen familiae emptor durch aes und libra, wobei, wie bey jeder andern mancipatio⁴³⁾, fünf Zeugen, welche Römische Bürger und mündig seyn mußten, nebst einem libripens erfordert wurden. Auch dieser libripens wurde, wie Gaius⁴⁴⁾ bemerkt, zugleich mit als Zeuge betrachtet. So bildete sich also das Mancipations-testament nach dem Testamente calatis comitii. Denn die Zeugen sollten bey diesem Testamente wohl ohne Zweifel das auf den Comitien versammelte Röm. Volk vorstellen, welche auch mit dem von daher entlehnten Namen QUIRITES als Zeugen angerufen wurden⁴⁵⁾. Gaius⁴⁶⁾ nennt die mancipatio ein ius proprium civium Romanorum, und sie war gewiß schon vor den XII Tafeln so bekannt, und den Römern so geläufig⁴⁷⁾, wie die stipulatio.

39) S. Dernburg's anges. Beyträge. 5. Kap. §. 31. S. 269 ff.

40) Comm. II. §. 104.

41) Fragm. Tü. XX. §. 2.

42) §. 1. J. de testam. ord.

43) GAIUS Comm. I. §. 119. ULPIAN. Fragm. Tü. XIX. §. 3.

44) Comm. II. §. 107. De libripende eadem, quae de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est.

45) S. Dernburg's Beyträge S. 23. Not. 21. und Gans Röm. Erbrecht. 2. Bd. S. 86. f. und S. 89.

46) Comm. I. §. 119.

47) Dernburg S. 82. Not. 6.

Wie man sich aber die Anwendung einer Form, die auf wirkliche Veräußerungen, also auf Rechtsgeschäfte berechnet war, bey denen sogleich, und auf eine für den Uebertragenden bindende Weise ein Recht übertragen wird, auf ein Rechtsgeschäft, dessen Hauptcharacter in der Widerstuflichkeit und Einseitigkeit besteht, und überhaupt den Zusammenhang dieses Testaments mit dem ältern *calat. comitiis* zu erklären habe, ist freylich eine schwierige Aufgabe, welche viele schon aufzulösen versucht haben, aber wenigen gelungen ist. Die verschiedenen Ansichten der ältern Rechtsgelehrten sind schon von Dernburg⁴⁸⁾, desselben eigene aber von Gans⁴⁹⁾ geprüft worden. Wir gehen den sichersten Weg, wenn wir uns an Gaius und Theophilus halten, welche uns über den Entstehungsgrund und die allmähliche Ausbildung dieses Testaments, dessen Form ursprünglich anders war, als zu den Zeiten des Gaius, ausführlichere und genauere Nachrichten liefert haben, als wir in Justinians Institutionen finden. Gaius giebt nun den Unterschied zwischen der ältern und neuern Art, per *aes et libram* zu testiren, folgendermassen an. Er sagt *Comm. II. §. 102.*

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet: quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

48) *Beyträge.* 2. Kap. §. 16. u. §. 17. S. 88. — 107.

49) *Römisches Erbrecht, oder des Erbrechts in weitgeschichtlicher Entwickel.* 2. Bd. 2. Abschn. 1. Kap. S. 75 — 82.

§. 103. Sed illa quidem duo genera testatorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod *per aes et libram fit*, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat: namque olim *familiae emtor*, id est, qui a teste-tore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum obtinebat*, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet: nunc vero aliis heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquentur, aliis dicis gratia propter veteris iuris imitationem *familiae emtor* adhibetur.

§. 104. Eaque res ita agitur: qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam: in qua re his verbis *familiae emtor* utitur: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam (recipio, eaque), quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiiciunt, aeneaque libra, esto mihi empta:* deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco, deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: *Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetis;* et hoc dicitur *nuncupatio*: nuncupare est enim palam nominare; et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea vide-tur generali sermone nominare atque confirmare.

§. 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut *familiae emtoris*, aut ipsius

testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emtorem agi et testatorem: quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat, itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium.

Nach dieser Darstellung des Gaius, der wir vollkommenen Glauben behalten können, vertrat also anfangs nicht der Erbe selbst zugleich die Stelle des familiae emtor, wie man den Gaius falsch verstanden hat⁵⁰⁾, sondern es war gerade umgekehrt, anfangs vertrat der familiae emtor die Stelle des Erben, nachher aber wurde ein besonderer Erbe im Testamente selbst ernannt, und eine andere, von dem Erben verschiedene Person, wurde blos zur Nachahmung des ältern Rechts, als familiae emtor dazu genommen⁵¹⁾. Die älteste Form des Mancipationstestaments war also nach des Gaius Darstellung folgende. Wer keine Gelegenheit hatte, calatis comitiis oder in procinctu zu testiren, und durch eine plötzliche Krankheit in Furcht gesetzt wurde, die comitia testamenti faciendi nicht mehr zu erleben, nahm,

50) THEOPHILUS in paraphr. gr. gab zu diesem Missverstände selbst Veranlassung, der das heredis locum obtinens, oder loco heridis esse von dem heres esse nicht scharf genug unterscheidet. TRAKELL Tr. de origine et progr. testamenti fact. praesert. apud Roman. Cap. III. S. 29. pag. 153. tadeln auch deswegen den Theophilus, daß er gemeint habe, in den ältesten Zeiten sey der familiae emtor der Erbe selbst gewesen, wogegen ihn Gottl. WEISSENDORF in Observat. de familiae emtore ipso herede in testamento per aes et libram condito. Wittebergae 1780. S. zu vertheidigen sucht. Auch Schrader vom Ursprunge der Vertragßform (aes et libra) bey den Testamenten der Römer, im Hugo ciolisti. Magazin 5. Bd. S. 161. sagt, der beym Testamente per aes et libram vorkommende familiae emtor sey mit dem Erben eine Person gewesen. Man vergleiche jedoch Dernburg's Beiträge S. 121. Not. 44.

51) S. Puchta Lehrb. für Institutionen Vorlesungen, in den Bemerkungen Nr. VIII. von dem ältesten Testamentum per aes et libram. pag. XLII — XLV.

um die Intestaterben auszuschließen, eine damals übliche Veräußerungsform zu Hülfe. Die gäufigste war die *Mancipationsform*. *Est autem mancipatio*, sagt Gaius⁵²⁾, *imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus Romanis puberibus; et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens*. Eben dieser Gaius⁵³⁾ sagt: *Fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud Praetorem, aut apud Praesidem provinciae quaerere.* Man wählte sich also einen treuen Freund, und mancipirte ihm das ganze Vermögen (familia). Diesen Freund hat nun der Testator, das Vermögen nach seinem Tode denen auszuliefern, welchen er dasselbe zugedacht hatte. Ein solches Testament hieß, wie Gaius sagt, eben darum *per aes et libram*; weil es durch Mancipation geschehe. Diese Mancipation ward nun, wie jede andere, so vollzogen, daß fünf Zeugen, welche römische Bürger und mündig seyn mußten, und ein libripens daben erforder wurden. Der familiae emptor bediente sich dabei der Formel: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, u. s. w.* wie sie Gaius angegeben hat, und schlug mit einem Stück Geld, welches anfangs wohl nur ein rohes Stück Kupfer (raudusculum) war, an die Wage, welche der libripens leitete, und gab dieses dem Testator statt des Kaufpreises. Nach dieser ursprünglichen Form des Testaments *per aes et libram* wurde also kein Erbe im Testament eingesetzt, sondern der familiae emptor vertrat dessen Stelle. Durch seine Hand ging also die Vertheilung der Erbschaft an die Personen, welchen sie der Testator zukommen lassen wollte. *Mandabat testator familiæ emptori, quod cuique post mortem suam dari vellet.* Aus dieser Darstellung erhellt nun klar, daß

52) *Comm. I. §. 319.*

53) *Comm II. §. 35.*

der familiae emtor nicht Erbe war, welches auch die Ausdrücke, deren sich Gaius bedient, olim familiae emtor heredis locum obtinebat, ferner loco heredis erat, deutlich genug beweisen. Diese Ausdrücke werden nie von einem wahren Erben gebraucht. So wird von denen, welchen der Prätor die bonorum possessio giebt, nur gesagt: *loco heredum constituuntur, quia Praetor heredem facere non potest*⁵⁴⁾; und eben so war auch der Fideicommissar kein wahrer Erbe. Praetor enim *utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem (ex fideicommisso), quasi heredi et in heredem dare coepit*⁵⁵⁾. Die Vollziehung des Geschäfts blieb jedoch bis zum Tode aufgeschoben, so wie dieses später bey der donatio mortis causa und den Fideicommissen auf eine ähnliche Art geschah. Denn da das ganze Geschäft nur zum Schein vorgenommen wurde, so konnte der Mancipant, so lange er lebte, im Besitz seines Vermögens bleiben, von Seiten derer, an welche das Vermögen nach seinem Tode vertheilt werden sollte, hatte er auch wegen etwaiger Lebensnachstellung nichts zu befürchten, weil sie von den ihnen zugedachten Vortheilen nichts erfuhren; und da der familiae emtor am Fortbestehen des Geschäfts gar kein pecuniares Interesse hatte, sondern blos seine Freundschaft und Treue in Anspruch genommen wurde, so blieb dem Mancipanten auch die freye Willkür bis zu seinem Tode, seine gemachte Disposition wieder abzuändern, und entweder dem familiae emtor neue Aufträge zu geben, oder durch Remancipation das Ganze wieder aufzuheben. Auf solche Art hatte sich der Mancipant durch die Form einer Uebertragung des Vermögens unter den Lebenden per aes et libram, gegen welche der Angriff der Intestaterben nichts vermochte, alle Widerruflichkeit und alle freye Willkür eines Testaments erhalten, und hierin liegt gerade das Characteristische, wodurch sich dieses Geschäft vom deutschen Erbvertrage sichtbar unterscheidet⁵⁶⁾. Da nach

54) Gaius Comm. III. §. 32. und Justin. §. 2. J. de bonor. posses. (Hl. 9.) 10.)

55) Gaius Comm. II. §. 253.

56) Dernburg S. 98. f.

der ursprünglichen Beschaffenheit des Mancipationstestaments der familiae emtor das Ansehen eines fiduciarius hatte, der mit einem Universalfideicommiss beschwert worden, so hätte man glauben sollen, alles hätte, so wie bey Fideicommissen im Anfange ihres Entstehens vor Augustus⁵⁷⁾, von der Treue und Redlichkeit des familiae emtor abgehängen, es habe daher nach dem Tode des Mancipanten keine Klage gegen ihn von Seiten derjenigen Statt gefunden, denen der familiae emtor aus Auftrag des Erblassers was zu geben hatte. Allein so war es bey dem testamentum per aes et libram nicht. Es trat hier das Gesetz ein: *Qui nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.* Durch die linguae nuncupatio ward daher der familiae emtor verpflichtet, eben so wie der wahre Erbe durch das Gesetz: *Uti legassit suae rei ita ius esto,* mit welchem auch Cicero⁵⁸⁾ jenes erste Gesetz in Verbindung bringt.

57) Gaius Comm. II. §. 285. und §. 1. et §. 11. J. de fideic. heredit. (II. 23.)

58) De oratore Lib. I. Cap. 57. S. Not. 26.

Berichtigungen und Zusätze.

§. 58. habe ich mit Hugo und Zimmern die fictio legis Corneliae aus der lex Cornelia de falsis oder testamentaria abgeleitet. Dagegen hat aber H. Prof. Schilling in den Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte S. 285. f. sehr bedeutende Zweifel erhoben. PAULUS Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 4. A. §. 8. und L. 22. pr. D. de captiv. scheinen auf eine eigene lex Cornelia hinzudeuten.

Zu §. 1412. 3. a. calatis icomitiis. Im Th. 33. S. 338. ist einmal comitia calata gesetzt worden. Es sollte also auch wohl dort umgekehrt heißen calata comitia. S. Hugo Rechtsgesch. S. 168. der 8 Aug. Warum gilt es denn aber den Klassikern gleich, ob sie comitia curiata, oder curiata comitia sagen? S. Liv. V. 52. GELLIUS XV. 27. CICERO de lege agrar. II. 10. *Calare* von καλεῖν heißt doch nichts anders, als *convocare*. S. GELLIUS c. 1. und MACROB. SATURN. I. 15.

§. 186. Not. 13. ist noch Mittermaier in den Grundzügen des gemein. deutsch. Privatrechts §. 409. a. E. S. 746. der 5. Ausg. zu vergleichen.