

Ausführliche Erläuterung

der

Pa n d e c t e n

nach Hellfeld

ein Commentar

begründet von

D. Christian Friedrich von Glück

fortgesetzt von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch und D. Eduard Fein

und nach deren Tode

von

D. Carl Ludwig Arndts v. Arnesberg,

k. k. Hofrath und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Universität
Wien, wirkl. Mitgliede der kais. Akademie der Wissenschaften, Mitgliede
des österreichischen Herrenhauses, Comthur des St. Gregoriusordens, Ritter
des österreichisch kaiserlichen Leopoldordens und des königl. bayer.
Michaelordens I. Klasse.

Sieben und vierzigsten Theils zweite Abtheilung.

Erlangen,

Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)

1873.



II Abtheilung

§. 1523.

Errichtung der Vermächtnisse. Form.

In Ansehung der zu wirksamer Anordnung eines Vermächtnisses zu beobachtenden äußeren Form der Willenserklärung des Vermächtnißgebers bestand noch bis zu Justinian's Zeit ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen. Jene konnten nur im Testament oder einem testamentarisch bestätigten Codicill gültig angeordnet werden; für diese genügte, unabhängig von einem Testament, jede letztwillige Erklärung. Durch die Justinianische Verschmelzung der Legate und Fideicommissen ist diese Verschiedenheit beseitigt worden ¹⁾. Schon vor Justinian war jedoch für jede letztwillige Verfügung außer einem Testament die Zuziehung von fünf Zeugen vorgeschrieben worden ²⁾. Im Justinianischen Recht ist nun als Regel aufzustellen:

Ein Vermächtniß kann vollwirksam im Testament angeordnet werden oder auch durch eine selbständige

1) Vgl. den Commentar Bd. 46. S. 13. 47. 58. 70. ff.

2) L. 8. §. 3. Cod. de codicillis. VI. 36. In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptura voluntas componitur, subnotationem suam accomodantibus. Als Urheber dieser Constitution vom J. 424 n. Chr. erscheint in der Ueberschrift Theodosius, d. i. nicht „Theodosius der Große,“ wie Fein in Bd. 44. S. 383. sagt, sondern Theodosius II., dem man jenes

legtwillige Erklärung von fünf gleichzeitig zugezogenen fähigen Zeugen, welche die in Schrift gefasste Willensordnung mit ihrer Unterschrift versehen, den Inhalt des nicht durch Schrift erklärten Willens verstehen und verstehen müssen.

Die Lehre von dieser sogenannten Codicillarform des Justinianischen Rechts ist aber schon in Theil 44. 45. dieser Erläuterungen (erschieden im J. 1851. 1853.) von Fein so vollständig und ausführlich entwickelt worden³⁾, daß an diesem Orte noch einmal näher darauf einzugehen nicht gestattet ist. In Betreff der geschichtlichen Ausbildung dieser Formvorschrift und der genauen Erklärung derselben, in Betreff des Umfangs ihrer Geltung, insbesondere ihrer Bedeutung für Vermächtnisse, so wie der Angabe der Fälle, in welchen die obige Regel eine Ausnahme erleidet, müssen wir einfach auf die genannten Theile des Commentars Bezug nehmen, wo auch alle bezüglichen Meinungsverschiedenheiten und Streitfragen eingehend erörtert sind⁴⁾. Nur

Prädicat nicht beizulegen pflegt. Die Vergleichung mit dem erst in neuester Zeit entdeckten Texte des Schlusssatzes der L. 7. Theod. cod. de testam. et codicillis. IV. 4. ergibt aber, daß L. 8. §. 3. cit. wesentlich interpolirt worden ist. Fein a. a. O. S. 384. 393. Daß übrigens die Constitution in dieser Gestalt schon im älteren Justinianischen Codex aufgenommen war, also älter ist, als L. 1. 2. Cod. comm. de legat. et fid. VI. 43. (vgl. Bd. 46. S. 56. 58. 74.), darüber s. Fein a. a. O. S. 404. fg.

- 3) S. insbesondere Bd. 44. S. 22. fg. 92. 201. 205. 227. 339. fg. (§. 1512.), S. 390. fg. (§. 1512. a.) Bd. 45. §. 1513. b. fg.
- 4) Vgl. dazu Mayer von Legaten und Fideicommissen (1854) §. 15—28. Bering Erbr. S. 697. fg. Lewes Erbr. II. §. 85. Bangerow Band. 7. Aufl. II. §. 526. Sintenis Civilrecht 3. Aufl. III. §. 208. S. 677. fg. Windscheid Band. III. §. 628. 630.

ein einzelner Punkt, welchen Fein in der Lehre von der Codicillarform nur gelegentlich berührt hat ⁵⁾, welcher aber auch lediglich die äußere Form der Willenserklärung betrifft, soll hier noch einer näheren Erörterung unterzogen werden.

Die gewöhnlichen Mittel, um einen Gedanken, einen innerlich gefaßten Willensbeschluß äußerlich erkennbar an den Tag zu legen, sind Schrift und mündliche Rede. So pflegt man auch als zwei Arten der Codicille schriftliche und mündliche Codicille zu unterscheiden, obwohl nach der eigentlichen Bedeutung des Wortes „codicilli, codicillus“ der erste Ausdruck ein pleonastischer, der andere ein in sich widersprechender ist, ein entsprechender lateinischer Ausdruck, etwa „codicilli nuncupativi“ in den römischen Rechtsquellen nicht vorkommt, vielmehr den in Schrift gefaßten letztwilligen Verfügungen „*ceterae ultimae voluntates*“ oder „*non scripta voluntas*“, die „*sine scriptis conficitur*“ entgegengesetzt werden ⁶⁾. Geschriebene und gesprochene Worte sind aber nichts anderes als Zeichen, welche äußerlich erkennbar machen sollen, was innerlich gedacht oder gewollt wird. Zu demselben Zweck können wohl auch andere Zeichen dienen, die in bestimmtem Sinn zu deuten sind. Nach der Natur der Sache ist es demnach wohl möglich, daß auch der Vermächtnißwille durch andere solche Zeichen erklärt und so ein Vermächtniß wirksam angeordnet werden könne, so wie das auch bezüglich anderer Rechts-

5) Vgl. Bd. 44. S. 353. S. 368. Anm. 85. S. 412. Anm. 85.

6) L. 1. 7. Theod. Cod. de testam. IV. 4. L. 8. §. 3. Cod. de codicill. VI. 36. vgl. L. 28. pr. Cod. de testam. VI. 23. Doch spricht schon Justinian in einer Stelle von *codicillis scriptis vel sine scriptis habitis*. L. 3. pr. Cod. de bon. libert. VI. 4. Fein a. a. O. S. 414.

geschäfte, sofern es nur auf deutliche Aeußerung eines bestimmten Willens ankommt, als möglich anerkannt ist ⁷⁾. Auch eine Erbeinsetzung kann mittels eines Zeichens vollzogen werden. Paulus erklärt den mündlichen Ausspruch des Erblassers: „*hic mihi heres esto*“ für eine unzweifelhaft gültige Erbeinsetzung, unter der Voraussetzung, daß derjenige, welcher Erbe sein soll, persönlich anwesend ist und der Erblasser, durch einen Fingerzeig oder ein anderes deutliches Zeichen zu erkennen gibt, welche der anwesenden Personen er unter dem „*hic*“ verstehe“ ⁸⁾. Unbedenklich ist denn auch anzunehmen, daß in ähnlicher Weise beim mündlichen Testament ein Legat halb mündlich halb durch Zeichen gültig angeordnet werden konnte, daß z. B. einem der Anwesenden durch Hinzeigen auf ihn mit den Worten: „*huic Stichum servum meum do lego*“, oder umgekehrt einem Abwesenden unter Hinweisung auf einen anwesenden Sklaven mit den Worten: „*hunc servum Titio do lego*“

7) L. 17. D. de novat. XLVI. 2. Delegare vel scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest. L. 1. §. 3. D. de adsign. libert. XXXVIII. 4. L. 52. §. 10. D. de obl. et act. XLIV. 7.

8) L. 58. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5. (Paul. lib. IV. ad Vitell.): Nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari posse: „*hic mihi heres esto*,“ quum sit eorum qui ostenditur.“ Vgl. L. 9. §. 8. D. eod. Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit . . . valet institutio. Hier ist zwar das „dicere nomen“ nicht im engsten Wortsinne, das „signo demonstrare“ nicht bloß im Sinn sichtbaren Hinzeigens zu verstehen; der Satz ist auch auf schriftliche Erbeinsetzung anwendbar; er gilt aber doch auch im engsten Wortsinne für mündliche Erbeinsetzung und dient so als Parallelstelle zur Erklärung der L. 58. cit.; das „*hic*“ verbunden mit dem Fingerzeig auf eine anwesende

ein Legat gültig hinterlassen werden konnte⁹⁾. Aber in diesen Fällen sind es doch nicht Zeichen allein, wodurch der Erbeinsetzungs- oder Vermächtniß- Wille kundgegeben wird; die Zeichen stehen in Beziehung zu einer mündlichen Willenserklärung, zu deren Ergänzung sie dienen, die ohne

Person ist eben ein *indubitabile signum*; als solches wäre gewiß auch das Hinzeigen auf ein Bildniß, das eine abwesende Person vorstellt, oder auch auf den schriftlich nur vorgezeigten Namen derselben, verbunden mit den Worten: „*hic mihi heres esto*“, anzusehen.

- 9) Vgl. L. 6. D. de reb. cred. XII. 1. „*nihil referre, an proprio nomine res appelletur an digito ostendatur.*“ — In einer den Verfasser sehr ehrenden Anzeige von Bd. 46. dieses Commentars, in der Münchener krit. Vierteljahrschrift XIV. S. 108., bemerkt Brinz zu Bd. 46. S. 13. (so ist wohl zu lesen statt S. 191): „von einer mündlichen *heredis institutio* weiß Gaius II. 103. 104. nichts.“ Das ist richtig. Gaius führt, wie auch Ulpian XX. 9., nur ein Mancipationstestament auf, wobei die Mancipatio in Verweisung auf den Inhalt des vorgezeigten schriftlichen Testamentes bestand; es sagen daher meine Worte auf S. 12. „wie Gaius weiter berichtet“ im Zusammenhange mit „mündlich oder in schriftlicher Urkunde“ (S. 13) buchstäblich zu viel. Indessen will doch Brinz wohl nicht behaupten, daß nach damaligem Rechte eine bloß mündliche *heredis institutio* durch Mancipationstestament nicht möglich gewesen sei. Nach L. 21. pr. §. 1. D. qui test. fac. XXVIII. 5. hielt sie Ulpian gewiß, und wohl auch schon Sabinus für möglich, und die von Paulus in L. 58. pr. cit. als unzweifelhaft gültig gebilligte *heredis institutio* ist auch nur als mündliche zu denken, und zwar als mündliche Erbeinsetzung einer anderen Person, als des *familiae emptor*. War aber mündliche Erbeinsetzung möglich, so ist auch nicht zu bezweifeln, daß der ernannte Erbe mündlich durch die Mancipatio beim Testamentsact mit Legaten beschwert werden konnte.

sie eines brauchbaren Inhalts ermangeln würde. Eine andere Frage ist es, ob wohl auch bloß durch Zeichen, durchaus ohne Schrift und mündliche Rede des Testators, eine letzte Willensordnung zu Stande kommen könne? Bezüglich der Testamentserrichtung, also der Erbeinsetzung, wird dies von den Meisten in Abrede gestellt, nur in Betreff des Soldatentestaments eine Ausnahme zugegeben ¹⁰⁾. Auch ein Legat konnte nach altem Recht bloß durch Zeichen gewiß eben so wenig wie die Erbeinsetzung gültig angeordnet werden; es stand dem nicht bloß der Umstand entgegen, daß nach classischem Recht noch eine gewisse solenne Bestimmtheit des Ausdrucks dazu erfordert wurde, sondern auch, daß ein Legat nur im Testament oder in einem testamentarisch bestätigten Codicill hinterlassen werden konnte, unter dem letzten aber damals sicher nur eine schriftliche Urkunde verstanden wurde ¹¹⁾. Vom Fideicommiss dagegen sagt Ulpian:

Etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est ¹²⁾,

und übereinstimmend damit Paulus:

10) Vgl. den Comment. Bd. 40. S. 23 fg. mit S. 400 fg. Bd. 42. S. 59. Da es vorzüglich Stumme und Taubstumme sind, die veranlaßt sein können, sich bloßer Zeichen zu ihrer Willenserklärung zu bedienen, bei diesen aber zunächst die Fähigkeit zur Testamentserrichtung in Frage steht, so ist auch schon in dieser Lehre (Bd. 33. S. 366. ff.) davon die Rede.

11) Vgl. Fein in Bd. 44. S. 412. fg. (oben S. 311. Anm. 5.).

12) Ulp. fragm. XXV. 3., nach der Vaticanischen Handschrift, vgl. Böcking's *codicis Vaticani exemplum*, Lipsiae 1855., col. 41. Einer Emendation bedarf diese Stelle nicht nothwendig; doch verdient wohl Beifall die von Huschke *jurisprud. anteiust. ed. 2. pag. 513.* „*Etiam nutu relinqui posse fideicommissum usu receptum est.*“

Nutu etiam relinquitur fideicommissum ¹³⁾,

und dasselbe wird als zweifellos bestätigt durch ein Rescript von Diocletian und Maximian ¹⁴⁾. Es ist klar, daß Ulpian und Paulus darin eine Verschiedenheit zwischen Legaten und Fideicommissen erkannten ¹⁵⁾; aber nicht unwahrscheinlich, daß eine so freie Behandlung der Fideicommissen erst nach Gaius in der römischen Praxis entschiedene Anerkennung gefunden hat; denn dieser, der doch die Verschiedenheiten der Legate und Fideicommissen in einem eigenen Abschnitt ausführlich bespricht ¹⁶⁾, erwähnt dieses Unterschiedes noch nicht. Mag nun aber dieser Unterschied auch noch nach L. 21. Cod. de legat. VI. 37. ¹⁷⁾ irgendwie praktisch bedeutend geblieben sein: durch die Justinianische Verschmelzung der Legate und Fideicommissen ward er jedenfalls beseitigt, und konnte nun eben so wohl

13) Nach der *sententia* des Paulus zugeschriebenen L. 21. pr. D. de legat. III. vgl. Bd. 46. des Comment. S. 47., wo statt L. 23. zu setzen ist L. 21. pr.

14) L. 22. Cod. de fideicommissis. VI. 42. *Et in epistola vel libello vel sine scriptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse, adhibitis testibus, nulla dubitatio est.* Die Meinung Hofmann's (*Antitribonianus* cap. 7.), daß dieses Rescript eine willkürliche Neuerung der beiden Tyrannen zu Gunsten eines Höflings enthalte, wird mit Recht scharf abgefertigt von Schulting *iurisprud. anteiust. zu Ulpiani fragm. l. c.*

15) Dies ergibt sich schon aus dem Platze, wo ihre angeführten Aussprüche vorkamen: vgl. Ulp. *fragm. tit. XXV. „de fideicommissis“* §. 3 mit *tit. XXIV. „de legatis“* §. 1. 3. sq.; *Pauli sentt. lib. IV. 1. „de fideicommissis“* §. 6a. (ed. Arndts pag. 101.) mit *lib. III. 6. „de legatis.“*

16) *Gai. II. §. 268—289.* vgl. mit §. 229. sq. §. 249. sq.

17) Vgl. den Comment. Bd. 46. S. 54. Mayer a. a. O. §. 6.

gesagt werden: „*etiam nutu relinqui posse legatum*“, wie nach L. 21. pr. cit.: „*nutu relinqui posse fideicommissum*“, und nach unserem Sprachgebrauch kann demnach als allgemeine Regel aufgestellt werden, nicht bloß schriftlich oder mündlich (nehmlich durch mündliche Rede), sondern auch durch Zeichen könne ein Vermächtniß gültig angeordnet werden¹⁸⁾. Darüber ist aber noch Einiges zu bemerken wohl nicht überflüssig.

Ganz abgesehen von irgend einer positiven Formvorschrift versteht es sich nach der Natur der Sache von selbst, daß eine Willenserklärung durch Zeichen nicht möglich ist

- 18) Westphal v. Vermächtnissen I. §. 312. Mayer a. a. O. S. 172. Windscheid Pand. III. §. 693. Anm. 8. 9. Eine besondere Schrift darüber existirt unter dem Titel: *Diss. de fideicommissis nutu relicto . . . praeside Abrah. Kaestnero . . . examini submittit Adamus Christlieb Schön . . . auctor respondens. Lipsiae 1737.* (In §. 8—10. bespricht der Vj. vorerst die Frage: *utrum heredis institutio nutu fieri possit?* führt auch Autoritäten für die bejahende und die verneinende Beantwortung der Frage an, entscheidet sich aber nicht bestimmt darüber. Vgl. oben S. 314. Anm. 10.). — Unger im System des österr. Privatrechts II. §. 85. Anm. 3. bemerkt: „Nach classischen röm. Recht konnten Fideicommissa auch durch bloßen *nutus* errichtet werden (cf. l. 21. pr. D. de leg. 3.); dies gilt schon im justinianischen Recht nach der Exäquation der Legate und Fideicommissa nicht mehr“. Wäre dies so zu verstehen, daß nach justinianischem Recht Vermächtnisse überall nicht mehr *nutu* errichtet werden können, so wäre die Bemerkung entschieden unrichtig. Vgl. dagegen den Comment. Bd. 46. S. 75. Vermuthlich will aber Unger auch nur sagen, daß nach justinianischem Recht nicht durch *nutus* allein ohne anderes Formerforderniß, namentlich ohne Huziehung von Zeugen in der gesetzlichen Anzahl, ein Vermächtniß errichtet werden könne.

ohne Anwesenheit einer Person, welche das Zeichen beobachtet und als Willensausdruck desjenigen, der sich desselben bedient, versteht und auffaßt, so wie auch eine wirksame mündliche Willenserklärung nicht zu denken ist ohne Anwesenheit einer anderen Person, welche das Gesprochene vernimmt und versteht, während durch Schrift ohne alle unmittelbare Theilnahme einer anderen Person ein Wille sicher und dauernd erkennbar gemacht werden kann. Und zwar ist, um eine Willenserklärung annehmen zu können, erforderlich, daß das Wort gesprochen, das Zeichen gebracht werde eben in der Absicht, auf diese Weise einem Anderen seinen Willen auszudrücken. Wenn etwa Jemand sich allein glaubend monologisch laut aussagt, welche Vermächtnisse er hinterlassen wolle und dies von zwei ohne sein Wissen in der Nähe befindlichen Personen vernommen wird, so ist ungeachtet der übereinstimmenden Aussage dieser beiden Zeugen doch nicht ein Vermächtniß als errichtet anzuerkennen. Wenn dagegen auch nur einem Einzigen durch Wort oder Zeichen der Vermächtnißwille absichtlich verständlich gemacht ist, so kann durch dessen Aussage und das hinzukommende Zeugniß einer dritten Person, die nur zufällig und unbeachtet jene Willenserklärung auch vernommen hat, allerdings ein erklärter Vermächtnißwille bewiesen werden, und wird sich nur noch fragen, ob nicht sonst ein Formmangel der Wirksamkeit jener Willenserklärung entgegenstehe. Es ergibt sich hieraus noch einleuchtender, als es schon von Fein dargethan ist, daß wir keinen Grund haben, in L. 22. Cod. cit. die Worte „adhibitis testibus“ für interpolirt zu halten in Rücksicht auf L. 8. §. 3. Cod. de codicill. VI. 36.; denn abgesehen von dem einzigen Fall, wenn dem allein anwesenden Vermächtnißträger selbst der Vermächtnißwille mündlich oder durch Zeichen erklärt wurde, konnte ja auch damals, als Fideicommissa noch gar keiner Förmlichkeit bedurften,

sine scriptura, nutu, doch jedenfalls nur im Beisein von Zeugen ein Fideicommiss wirksam hinterlassen werden¹⁹⁾. Nach L. 8. §. 3. cit. ist nun aber regelmäßig schon der Form wegen die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich, welchen der Vermächtnißgeber seinen Willen durch mündliche Rede oder verständliche Zeichen kund gibt.

Ein solches Zeichen wird nun in den Quellen durch das Wort *nutus* bezeichnet. Gewiß ist dabei vorzugsweise an eine Bewegung des Kopfes gedacht, welche bei den Alten wie heutzutage allgemein als Ausdruck der Zustimmung zu Etwas angesehen war, ein Nicken, Zunicken (*adnuere*), wie einer anderen Kopfbewegung die entgegengesetzte Bedeutung beigelegt wird (*abnuere*, *renuere*)²⁰⁾. Dazu wird eine Aeußerung von Seiten eines Anderen vorausgesetzt, zu welcher die Zustimmung durch Kopfnicken erklärt wird. Soll ein Vermächtniß in dieser Weise hin-

19) S. den Comment. Bd. 44. S. 353 fg. Fein erklärt dort die Fassung des Rescriptes daraus, daß „die Kaiser über einen Fall, wo ein schriftliches oder ein mündliches Fideicommiss vor Zeugen errichtet war, zu respondiren hatten und sich daher über die sonstigen möglichen Eventualitäten der Errichtung eines schriftlichen Fideicommisses ohne Zeugen, der mündlichen Errichtung vor dem Honorirten oder Dnerirten allein u. s. w. gar nicht auszulassen brauchten.“ Wie aber eine mündliche Errichtung „vor dem Honorirten allein“ wirksam gewesen sein könne, ist schwer einzusehen, da dessen Aussage gar kein Gewicht hatte; „vor dem Dnerirten allein“ war es denkbar, weil dieser nicht nur aus freiem Antriebe sich verpflichtet bekennen, sondern auch durch Eidesantrag das Vermächtniß einzugestehen angehalten werden konnte.

20) Cic. de orat. II. 70. „Silus annuit . . . id quoque toto capite annuit.“ Vgl. Forcellini lexicon s. v. *abnuo*, *annuo*, *nuto*, *nutus*, *renuo*, *renutus*.

terlassen werden, so wird jene meistens in einer Frage bestehen²¹⁾, z. B. „Willst du vielleicht deinem Freunde X. zum Andenken deine goldene Uhr mit Kette vermachen?“ Das bejahende Kopfnicken genügt als die zur Hinterlassung des Vermächtnisses erforderliche Willenserklärung des Erblassers. So wird denn wohl die Anordnung eines Vermächtnisses durch Zeichen gerade in dieser Weise erklärt²²⁾. Doch braucht die Meinungsäußerung, welcher der Erblasser zustimmt, nicht nothwendig in die Form einer Frage eingeleidet zu sein. Auch ist nicht gerade Kopfbewegung als einziges Zeichen des Willensausdrucks zu erfordern. Auch eine Bewegung der Hand oder der Finger, selbst der Augen, kann es sein²³⁾. Wesentlich kann es nur darauf ankommen,

21) So bemerkt in anderer Anwendung Papinian in L. 65 (67). §. 3. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. „si auditus capaces sunt (sc. muti), vel interrogati nutu possunt significare (significare), velle se periculo suo hereditatem adire.

22) Voet ad pand. XXXV. 1. §. 8. Relinquuntur fideicommissa . . . etiam nutu ad alterius interrogationem. Vgl. auch die Gothofredische Nota 59. ad L. 21. cit. „ita nutu relinqui potest, si ab altero verba idonea pronunciata sunt et ad ea testator nutu responderit.“

23) Der Grammatiker Rigidius bei Gell. X. 4. spricht von *motus capitis vel oculorum* „cum adnuimus et abnuimus“; Liv. XXXVI. 34. sagt, „manu abnuit“; Tertull. adv. Hermoge c. 27. „nutu digiti“. Ovid aber (*tristium* II. v. 453.) erzählt von Tibullus, wie er zur Geliebten „*digitis saepe est nutuque loquutus*“. Non. Marcell. V. 71. erklärt *adnuere* als Bewegung von Nase und Lippen, *nutare* als Bewegung des Kopfes, *nictare* der Augen. Forcellini v. *nicto*. — Dirksen im *manuale latinitatis* erklärt *nutus* kurz als „*signum, quod fit capite vel manu*“, Brissonus (*de verb. signi-*

ob ohne gesprochenes Wort ein bestimmter Wille sich den Zeugen unbezweifelbar kund gebe, und dabei kann auch Volkssitte, wie sie besonders in südlichen Ländern sich vielfach findet, zu beachten sein²⁴). So kann denn auch eine nur in kleinerem Kreise von Verwandten oder Freunden für den Verkehr mit einem Tauben oder Schwerhörigen erfundene Finger- oder andere Zeichen-Sprache als genügendes Mittel der Willenserklärung zu achten sein, wenn sie gegenüber von Personen, die derselben kundig sind, gebraucht wird²⁵). Als wirksame Anordnung eines Vermächtnisses kann man sich ferner vorstellen, daß der Erblasser auf ein Bildniß desjenigen, den er bedenken will, hinweist und dabei den Gegenstand, den er ihm vermachen will, irgendwie erkennbar bezeichnet, etwa auch nur mühsam auf eine Tafel schreibt. Und wenn er das Vermächtniß seinem wesentlichen Inhalt nach, hinreichend deutlich, ob auch unförmlich, auf eine Tafel geschrieben den Zeugen zu lesen gibt und dann wieder auswischt, oder auf einem Zettel, den er dann zurückzieht und selbst vernichtet, so kann dies wohl wie ein durch Zeichen erklärtes Ver-

ficat. h. v.) weiter als „gestus, quo animi sententiam significamus.“

24) Plinius (hist. nat. VI. 35.) erwähnt sogar einer Sage von asiatischen Völkerschaften, denen überhaupt „pro sermone nutus motusque membrorum est,“ eine Sage, die wohl durch Bericht von Reisenden, in deren Gegenwart Bewohner des fremden Landes auch unter sich einer üblichen Zeichensprache sich bedient hatten, entstehen konnte.

25) Ein merkwürdiges Beispiel dafür bietet das von Gensler im Arch. für civ. Praxis III. 22. mitgetheilte Testament einer Taubstummen, dessen Gültigkeit freilich wegen Mangels der Testamentsfähigkeit beanstandet wurde. Vgl. den Comment. Bd. 33. S. 366. Anm. 99.

mächtniß zu achten sein, während es als schriftlicher Codicill wegen mangelnder Förmlichkeit nicht zu Recht bestände.

Eine Veranlassung, sich bloßer Zeichen zu bedienen, statt klarer mündlicher Rede, kann darin liegen, daß durch die letzte denjenigen, welchen der Vermächtnißgeber seinen Willen erklären möchte, wegen eines Hindernisses in ihrer Person gar nicht oder nicht ohne Schwierigkeit verständlich gemacht werden kann, was er will, z. B. einem Tauben oder Schwerhörigen²⁶⁾ oder wohl auch einem solchen, der des Vermächtnißgebers Sprache nicht versteht, oder andrerseits darin, daß der Vermächtnißgeber nicht im Stande ist, in mündlicher Rede seinen Willen auszudrücken. In Beziehung auf den letzten Fall erhebt sich aber noch die Frage, ob nicht jedenfalls Sprachfähigkeit des Erblassers vorausgesetzt werde, um auch nur durch Zeichen ein Vermächtniß gültig anordnen zu können?

Man könnte auf den Gedanken kommen, diese Frage schon aus dem Grunde zu bejahen, weil der Vermächtnißgeber zum Zeugniß auffordern müsse, gemäß der in diesem Commentar Bd. 44. S. 418. fg. (§. 1513) mit Recht vertheidigten Meinung, daß in Betreff der Rogation der Zeugen zwischen Codicillar- oder Vermächtniß- und Testaments-Zeugen kein Unterschied zu machen sei²⁷⁾. Aber,

26) Den Tauben mag man zwar nach §. 5. J. de testam. II. für unfähig zum Testamentszeugniß halten; aber es kann vorkommen, daß der Erblasser den anwesenden tauben Erben selbst das Vermächtniß, das er entrichten soll, erklären will in Gegenwart von fähigen Zeugen, oder auch ohne diese, sofern solche nicht erforderlich ist (§. 1523. a.).

27) Darnach genügt es nicht, wenn Schön a. a. O. §. XII. jenes Argument gegen seine Behauptung, daß solo nutu ein Fideicommiß hinterlassen werden könne, nur durch Be-

wie Fein a. a. D. S. 420. fg. nachgewiesen hat, ist die sogenannte *rogatio testium* überall nicht an eine bestimmte Förmlichkeit gebunden; es ist nichts anderes erforderlich, als daß die Zeugen in Kenntniß gesetzt werden, daß sie zu dem Willensakte als Zeugen ausersehen und zugezogen (*adhibiri*) werden. Einer mündlichen Aufforderung zur Zeugenschaft bedarf es dazu nicht; gewiß würde Jedermann es eine chicanöse Aufsechtung eines schriftlichen Testaments nennen, die nur darauf sich gründen wollte, daß der Testator nicht mit Worten, sondern nur durch Fingerzeige sieben Anwesende eingeladen habe, die vorgelegte Testamentsurkunde mit ihrer Unterschrift zu versehen; wie sollte dann ein Stummer, aber Schreibkundiger, ein schriftliches Testament errichten, das ihm doch durch L. 10. Cod. qui testam. fac. VI. 22. ausdrücklich gestattet ist? Wenn daher der Erblasser bestimmten anwesenden Personen auch nur durch Zeichen, an sie gerichtet, den Inhalt seines Vermächtnißwillens erklärt hat, so sind diese dem Gesetze gemäß zugezogene Zeugen (*adhibiti testes*), und kann wegen angeblichen Mangels der *rogatio testium* die Gültigkeit des Vermächtnisses nicht beanstandet werden.

Schwierigkeiten aber macht in Ansehung unserer Frage die L. 21. pr. D. de legat. III. Dem Hauptsatze derselben: „*Nutu etiam relinquitur fideicommissum*“ ist als beschränkender Zusatz angefügt: „*dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens*

rufung auf die damals vorherrschende Meinung, in *genere ad fideicommissum relinquendum* (nach L. 8. §. 3. Cod. de codicillis) *rogationem testium necessariam non esse*, abweisen will. Mit vollem Rechte aber weist derselbe die L. 39. §. 1. D. de legat. III. als für diese Frage unerheblich zurück. Vgl. über diese Stelle Fein a. a. D. S. 349. fg.

morbus ei impedimento sit“. Schon in Bd. 46. S. 47. dieses Commentars wurde diese Stelle berührt und als auffallend bezeichnet, mit der Andeutung, es sei darin wohl eine Interpolation enthalten, veranlaßt durch die Rücksicht auf Justinian's L. 10. Cod. qui testam. fac. VI. 22. Namentlich der letzte Theil jenes Zusatzes: „nisi superveniens morbus“ u. ist von Mehreren für eine Interpolation der Compilatoren erklärt worden²⁸⁾, während sie nicht bestreiten, daß der erste Theil „dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest“ wirklich, wie die Inscription angibt, den sententiae des Paulus entnommen sein könne²⁹⁾. Andere dagegen halten die Annahme einer Interpolation in dieser Stelle überhaupt für ungegründet³⁰⁾.

28) Cuiac. ad Ulpian. XX. 7., ad L. 6. §. 1. D. qui testam. fac. XXVIII. 1. (opp. I. col. 1043.), ad L. 21. cit. (opp. X. col. 1074.), Franc. Balduini Justinianus lib. I. (in Heineccii jurisprud. rom. et att. I. p. 1049.) Schulting ad Pauli sentt. IV. 1. in f., ad Ulp. XXV. 3. not. 9. Pothier pand. XXX. num. 33. Arndts ad Pauli sentt. IV. 1. §. 6a. not. 10.

29) Ein offenes Mißverständniß war es, wenn Rittershausen diesen Satz dem §. 4. ibid. widersprechend fand; denn dieser §. 4. sagt nur, daß dem Stummen oder Tauben ein Fideicommis gültig auferlegt werden könne: *A surdo vel muto, sive legatum acceperit sive heres institutus sit vel ab intestato successerit, fideicommissum recte relinquitur.* Schulting l. c. not 53. Vgl. den Comment. Bd. 47. S. 179. u. oben S. 321. Anm. 26.

30) So sucht besonders Bynkershoek obs. VIII. cap. 21. dieselbe als verkehrt nachzuweisen. Ueber andere Gegner vgl. Eckhardi hermeneut. iur. ed. Waloh I. 6. §. 248., auch Schön's diss. cit. §. XIII. Auch Brinz a. a. D. spricht sich dagegen aus.

Ermägen wir nun die Stelle zunächst nur so weit sie auch von den ersten als ächter Satz des Paulus anerkannt wird: *Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest.* Nach dem Rechte zur Zeit des Paulus war der Stumme wie der Taube regelmäßig unfähig, ein Testament zu errichten; er bedurfte einer besonderen Verleihung dieser Fähigkeit, um ein gültiges Testament errichten zu können³¹⁾. Nun wurde als Regel aufgestellt: ein Fideicommiss könne derjenige gültig hinterlassen, der auch ein Testament errichten könne³²⁾. Daraus konnte denn gefolgert werden: Wer nicht sprechen kann, der kann auch nicht nutu ein Fideicommiss wirksam hinterlassen, nicht darum und nur dann nicht, weil und wenn er seinen Willen verständlich zu äußern nicht vermag, sondern, ohne Frage darnach, schlechthin aus dem Grunde nicht, weil ihm die Fähigkeit ein Testament zu errichten fehle. So findet man die angeführte Bemerkung des Paulus vollkommen erklärt. Aber etwas Auffallendes behält diese doch. Warum der Stumme und der Taube ein Testament nicht errichten könne, das erklärt Ulpian aus der Form des Mancipationstestaments, das als civilrechtlich vollkommenes Testament, abgesehen von bestimmten Ausnahmen, damals allein praktisch war: der Stumme konnte nicht die dabei erforderliche *Mancipatio*, der Taube, weil er nicht die mündliche Erklärung des *familiae emptor* verstand, nicht die *Mancipatio* vornehmen³³⁾. Darnach wäre denn in

31) L. 6. §. 1. L. 7. D. qui testam. fac. XXVIII. 1. Vgl. den Comment. Bd. 33. S. 368. f.

32) Ulpian. XXV. 4. *Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint.* Vgl. Bd. 46. S. 343.

33) Ulpian. XX. 13. *Mutus, surdus . . . testamentum*

Consequenz des Satzes in Ann. 32. nicht bloß dem Stummen sondern auch dem Tauben die Möglichkeit, nutu ein Fideicommiß zu hinterlassen, abzusprechen. Ein stummer oder tauber Soldat aber konnte selbst ein wirksames Testament errichten, sofern dies an keine Förmlichkeit gebunden, also jenes Gebrechen dem Testator nicht hinderlich war, wenn er nur irgendwie seinen Willen zu erklären im Stande war³⁴); demnach wäre auch dem sprachunfähigen Soldaten jedenfalls die Möglichkeit, nutu ein Fideicommiß zu hinterlassen, nicht abzusprechen gewesen. Ist es nun aber nicht auffallend, daß, was dem stummen Soldaten möglich war, weil er bei seinen letztwilligen Verfügungen überhaupt nicht an besondere Förmlichkeit gebunden war, nicht auch dem stummen Paganus wenigstens in Ansehung solcher letztwilliger Verfügung, welche überall nicht eine besondere Form der Willenserklärung erforderte, wie das Fideicommiß, gestattet gewesen sein soll? In der That, wenn nicht L. 21. pr. cit. im Wege stände, möchte

facere non possunt; mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest. — Nach prätorischen Recht wurde nach Nuncupatio und Mancipatio freilich nicht gefragt; demnach möchte man glauben, daß auch Stummheit oder Taubheit des Testators der prätorischen Wirksamkeit des Testaments nicht im Wege gestanden habe. Aber das kann doch nicht angenommen werden, da im späteren Recht selbst nach dem Verschwinden des Mancipationstestaments und der Verschmelzung des prätorischen und civilen Testaments die Testamentsunfähigkeit des Stummen und Tauben als Regel bestehen geblieben ist.

34) L. 4. D. de testam. milit. XXIX. 1. (Ulpian. lib. I. ad Sabin.): Jure militari surdum et mutum testamentum facere posse . . . placet. Vgl. §. 2. J. de milit. testam. II. 11.

man wohl annehmen, daß nach späterem classischen Recht allgemein auch der Stumme wie der Taube ein Fideicommiss zu hinterlassen fähig gehalten worden sei. Das Gegenargument aus dem Sate Ulpian's in Ann. 32. könnte man beseitigen, indem man es nur auf die Rechtsfähigkeit zur Testamentserrichtung bezöge, wie Ulpian in L. 2. D. de legat. I. sich ausdrückt „eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent“ und in L. 2. §. 2—5. D. de legat. III., als Fälle der Unfähigkeit zur Hinterlassung eines Fideicommisses nur solche anführt, die in Rechtsgründen beruhen, woraus nicht zu folgern sei, daß auch solche Personen, die nur wegen körperlicher Gebrechen ein formgerechtes Testament zu errichten nicht im Stande, wohl aber in einer für Fideicommissen genügenden Weise ihren Willen zu erklären fähig waren, doch ein Fideicommiss nicht wirksam hinterlassen könnten. Indessen scheint Paulus nach L. 21. pr. cit. einer strengeren Meinung gewesen zu sein und dem Sprachunfähigen (doch wohl mit Ausnahme des Soldaten) die Möglichkeit, nutu ein Fideicommiss zu hinterlassen, geradezu abgesprochen zu haben. Wenn dies aus dem Grunde geschehen, weil jenem die Testamentifactio fehlte, so konnte Paulus consequent auch keine Ausnahme machen für den Fall, wenn dem Erblasser durch den Einfluß einer Krankheit die Fähigkeit der mündlichen Rede benommen war, vielleicht etwa nur vorübergehend, vollends wenn derselbe bleibend stumm geworden. Denn nach Ann. 32. 33. fehlte jenem die Fähigkeit, ein Testament zu machen, jedenfalls, wenn und so lange er, aus welchem Grunde immer, der Sprache nicht mächtig war. Dies führt uns nun auf den Schlußsatz der L. 21. pr. cit.

„nisi superveniens morbus ei impedimento sit“.

Bynkershoek, welcher auch diesen Schlußsatz dem Paulus vindicirt, erklärt denselben so: Nur dem blei-

bend Sprachunfähigen (mutus) habe Paulus die testandi facultas abgesprochen und darum auch die Möglichkeit ein Fideicommiss zu hinterlassen, und diesem schlechthin ohne Unterschied, ob er schon von Geburt an stumm gewesen oder erst späterhin casu die Sprache ganz verloren habe, nicht aber auch demjenigen, welchem nur zeitweilig durch Krankheit die Sprache benommen sei „ex vitio accidenti, quod cessabit cessante morbo aliave vitii causa“, denn „aliud est mutum esse, aliud linguam officio suo fungi non posse ex supervenienti morbo“³⁵).

- 35) Dieselbe Meinung könnte man in der Glosse zu dem Worte potest ausgesprochen finden: „i. e. posset, nisi esset impedimento morbus,“ und so würde wohl auch Paulus geschrieben haben, wenn er den Gedanken, den Bynkershoeel ihm beilegt, ausdrücken wollte. Aber in der Angabe des casus sagt die Glosse: „si autem morbus ita est ei impedimento, ut loqui non possit, non valet fideicommissum ab eo nutu relictam“, und weiterhin erklärt sie nur den a natura mutus für unfähig zu solchem Fideicommiss und zu den Worten „nisi superveniens etc.“ bemerkt sie: quasi dicat, si a natura, i. e. a nativitate sit mutus et surdus, non potest; für den Fall aber, daß der Erblasser nur an dem einen Gebrechen leidet, verweist sie einfach auf L. 10. Cod. qui testam. fac. u. L. 22. Cod. de fideicomm. — Auch die Byzantiner geben uns über L. 71. cit. keinen sicheren Aufschluß. Heimbach referirt aus dem Titucitus als cap. 21; Basil. XLIV. 3. *Καὶ ὅτι καὶ νεύματι δίδονται λεγᾶτον, εἰ μὴ ἄρα ἡ λαλιὰ αὐτοῦ ἀπὸ νόσου ἐκρατήθη.* Das könnte im Sinne von Bynkershoeel verstanden werden, besonders wenn man nach Heimbach's Vorschlag statt *δύναται* liest *δύνηται*. Aber es wird hinzugesetzt: *Ὁ δὲ Κυριλλός φησιν· ὁ δυνάμενος λαλῆσαι ἢ ἀπὸ νόσου φημιώδεις,* d. h. wer sprechen kann oder durch Krankheit der

Dabei aber müßte angenommen werden, daß Paulus auch den *perpetuo mutus* nicht aus dem Grunde, den Ulpian angibt (Num. 33.), für testamentsunfähig gehalten habe; denn darnach würde auch der nur zeitweilig ganz Sprachunfähige der *testandi facultas* entbehren, *quia verba nuncupationis loqui non potest*. Zudem aber kann es ja auch im einzelnen Fall sehr zweifelhaft sein, ob der durch Krankheit, z. B. durch einen Schlaganfall der Sprache Beraubte die Fähigkeit zu sprechen wieder erlangen werde. Demnach wäre der fragliche Satz im Sinne des Paulus, falls er wirklich von diesem herrührt, vielmehr wohl so auszulegen, daß zwar nicht ein ganz Sprachunfähiger, wohl aber derjenige, welchem eine Krankheit zur Zeit nur hinderlich war und beschwerlich machte, sich mündlicher Rede zu bedienen, *nutu* ein Fideicommiß hinterlassen könne, da derjenige, welcher nur mit Mühe und unterbrochen Worte hervorzubringen vermochte, auch ein Testament zu errichten nicht unfähig war³⁶⁾. Allein dann wäre Paulus doch nicht freizusprechen von dem Vorwurf ungenauer Ausdrucksweise. „*Qui loqui potest, nisi morbus ei impedimento sit*“, das heißt: „wer sprechen kann, es sei denn, daß er durch Krankheit verhindert nicht sprechen kann“. Um jenen Gedanken auszudrücken, hätte Paulus etwa schreiben mögen: „*qui loqui potest, etsi morbus ei impedimento sit*“, oder: „*cui tamen morbus impedimento est*“. Zu jenem Gedanken paßt auch der *superveniens morbus* nicht recht; denn es konnte doch wesentlich nur in Betracht kommen, ob eben jetzt zur Zeit der letztwilligen

Sprache beraubt ist, wobei es dahin gestellt bleibt, ob nur jetzt oder für immer.

36) §. 3. J. quib. n. e. permissum testam. fac. II. 12.

Erklärung Krankheit dem Verfügenden hinderlich war. Hiernach ist denn doch wahrscheinlich, daß der fragliche Zusatz nicht von Paulus herrührt, und diese Wahrscheinlichkeit wird verstärkt durch den Umstand, daß uns in L. 10. Cod. cit. vom Jahr 531 n. Chr.³⁷⁾ zweimal der *superveniens morbus* begegnet und zuletzt wiederum das „*per interventum morbi*“ herbeigeführte „*huius modi infortunium*“ erwähnt wird, wo darunter völlige Sprachunfähigkeit („*lingua penitus praepedita*“) verstanden wird.

Vergleichen wir nun mit L. 21. pr. cit., was L. 10. Cod. cit. bestimmt: Sie erklärt zuerst, daß derjenige, welcher weder hören noch sprechen kann und zwar von Geburt her an solchem Mangel leide („*et hoc ab ipsa natura habet*“), keinerlei letztwillige Verfügung gültig treffen könne³⁸⁾, derjenige aber, welchem erst durch spätere Krankheit Stimme und Gehör benommen worden, alles dieses, wenn er schreibkundig sei, schriftlich vornehmen könne³⁹⁾. Sie erklärt dann weiter, daß derjenige, dem nur das Gehör, nicht aber die Sprache versagt sei, alles jenes gültig vorzunehmen unbedenklich fähig zu halten sei, sowohl wenn er schon von Geburt an nur taub, nicht sprachunfähig gewesen sei (was freilich selten vorkomme)⁴⁰⁾, als wenn er

37) S. den Comment. Bd. 33. S. 367.

38) „*Neque testamenta facere neque codicillos, neque fideicommissum relinquere neque mortis causa donationem celebrare concedatur, nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere.*“

39) „*Omnia, quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus.*“

40) „*Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia quae voluerit facere.*“

erst durch spätere Krankheit nur des Gehörs beraubt worden sei, was vollends unzweifelhaft sei⁴¹⁾. Hieran schließt sich dann die dem nicht tauben Sprachunfähigen betreffende Bestimmung, die hier wesentlich in Betracht kommt, in folgender Fassung an:

Sin vero aures quidam apertae sint et vocem recipientes, lingua penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est⁴²⁾, attamen si (et) hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet (et) eum scribentem (haec) omnia facere, sive naturaliter sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accessit.

Hiernach ist gewiß, daß der vollkommen Stumme, ohne Unterschied, ob er von Geburt an stumm war oder später erst stumm geworden ist, sogar ein Testament gültig errichten kann, wenn er schreibkundig ist. Daher kann dieser jedenfalls nicht aus dem Grunde, weil ihm die Testamentsfähigkeit fehle, für unfähig gehalten werden, nutu ein Fideicommiß zu hinterlassen; aus diesem Grunde könnte höchstens dem schreibunkundigen Stummen jene Möglichkeit abgesprochen werden. Auch dem schreibkundigen Stummen, der ja testamentsfähig ist, sie abzusprechen, das müßte durch besondere gesetzliche Bestimmung

41) „In eo autem, cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere“.

42) Nach dieser Andeutung hat vielleicht auch zwischen Paulus und Ulpian eine Meinungsverschiedenheit bestanden; ganz unsicher ist aber, was Bynkershoek vermuthet, daß Ulpian einer strengeren, Paulus einer milderer Meinung gewesen sei.

begründet sein, gemäß welcher demselben eben nur durch Schrift einen letzten Willen wirksam zu erklären gestattet sein soll. Diese gesetzliche Beschränkung könnte etwa in den Worten der L. 10. cit. „*nihil prohibet eum scribentem omnia* (oder *haec omnia*) *facere*“, gefunden werden, zumal in Verbindung mit dem, was vorher in Betreff des schreibkundigen Taubstummen gesagt ist: „*haec ei sua manu scribenti permittimus*“.

Allein jene Worte sagen doch zunächst nur, daß den schreibkundigen Stummen nichts hindere, seinen Willen zu erklären, nemlich durch Schrift, sowie unmittelbar vorher für den sprachfähigen Tauben die Möglichkeit mündlicher Willenserklärung als Grund angeführt war, warum ihm Justinian gegen die Regel des alten Rechts selbst auch ein Testament zu errichten gestattet; sie sagen nicht positiv, daß jener alle vorgenannten letztwilligen Verfügungen nur durch Schrift treffen könne, die Schrift das allein zulässige Mittel der Willenserklärung sei; die Worte: „*scribentem haec omnia facere*“ bieten nicht ein sicheres *argumentum a contrario*, um zu behaupten, daß der schreibkundige Stumme nichts auf andere Weise als durch Schrift verfügen könne, auch das nicht, was sonst dem Testamentsfähigen ohne Schrift und ohne mündliche Rede bloß durch Zeichen zu verfügen gestattet war. Darnach wäre zu behaupten, daß es zwar ein gültiges Fideicommiss sei, wenn ein sprachfähiger Tauber auf die ihm von den fünf Zeugen schriftlich vorgelegte Frage über ein Vermächtniß nur mit Kopfnicken bejahend antworte, unwirksam aber, wenn ein Stummer, nicht Tauber, auf die mündlich an ihn gerichtete Frage durch dasselbe Zeichen, ja sogar durch ein geschriebenes Ja die zustimmende Antwort ertheile, weil es im letzten Fall doch noch an der gesetzlichen Form eines schriftlichen *Codicillis* mangle. Und wäre das nicht sonderbar und inconsequent?

Es verlohnt sich noch der Mühe, besonders hervorzuheben, daß unter den in L. 10. pr. cit. genannten Willenshandlungen, auf welche sich das wiederholt vorkommende *omnia* bezieht, auch die *manumissio vindicta* aufgeführt ist. Man möchte glauben, daß diese schon nach ihrer ursprünglichen Form als *legis actio* wohl dem Tauben, der die *vindicatio in libertatem* von Seiten des *assertor libertatis* nicht verstand, nicht aber auch dem nur stummen Herrn unmöglich gewesen sei, weil das wesentlichste Moment des Aktes war, daß der Herr gegenüber der *vindicatio in libertatem* nicht *contra in servitutum* vindicirte. Aber noch Paulus erklärt doch den Stummen wie den Tauben für unfähig zu dieser Art der Freilassung⁴³⁾, was sich daraus erklärt und zugleich dies bestätigt, daß dabei doch auch eine gewisse feierliche mündliche Erklärung des Herrn, den anwesenden Sklaven aus seiner Gewalt zu entlassen, als wesentlich angesehen wurde⁴⁴⁾. Nach der Abschleifung der alten Form aber, wie sie schon zur Zeit der classischen Juristen sich eingestellt hatte, war es auffallend und ist es mit Recht als eine Inconsequenz getadelt worden⁴⁵⁾, daß man noch daran festhielt, ein

43) Pauli sentt. IV. 12. §. 2. *Mutus et surdus servum vindicta liberare non possunt; inter amicos tamen et per epistolam manumittere non prohibentur. Ut autem ad justam libertatem pervenire possit, condicione venditionis (ab iis) excipi potest.* Damit hängt es zusammen, daß man zur Zeit des Marcianus die *manumissio vindicta* durch den Sohn des tauben oder stummen Herrn auf dessen Geheiß als gültig zuließ. L. 10. 18. D. de manum. vind. XL. 2.

44) Vgl. Unterholzner in der Zeitschrift f. geschichtliche Rtsw. II. S. 143. fg.

45) Buchta *Cursus* der Institutionen II. §. 213. not. h.

Stummer oder Tauber sei unfähig zur Vindictafreilassung. Auch hatte nach Ulpian's Zeugniß schon Celsus angenommen, daß selbst der Taubgeborene, der doch in der Regel auch sprachunfähig war, gültig manumittiren könne, und wird dies in den Digesten durch Aufnahme der betreffenden Stelle des Ulpian stillschweigend gebilligt⁴⁶⁾; wer aber das billigte, mußte doch vollends unbedenklich zugeben, daß der erst später nur stumm oder taub gewordene Herr manumittiren könne. Und wenn es zu Hermogenian's Zeit anerkannte Uebung war, daß nur ein Victor dem Prätor die Freilassung des Slaven, ohne feierliche Worte, in Anwesenheit des Herrn, der dazu stillschwiege, zu erklären brauchte⁴⁷⁾, konnte es da noch zweifelhaft sein, daß der stumme Herr, der die Erklärung des Victor vernahm, auf diese Weise eine gültige immer noch so genannte manumissio vindicta vollziehen konnte? Vermuthlich ist Tribonian in L. 10. Cod. cit. auch die manumissio vindicta zu berücksichtigen vorzüglich durch den Umstand veranlaßt worden, daß sich in den praktisch hochangesehenen Sententiae des Paulus der oben (Num. 43.) angeführte Satz vorfand⁴⁸⁾. Möchte nun wohl Jemand den

46) L. 1. D. qui et a quib. manum. XL. 9. (Ulpian. lib. I. ad Sabin.) Celsus libro duodecimo digestorum utilitatis gratia motus surdum ita natum manumittere posse ait.

47) L. 23. D. de manum. vind. XL. 2. (Hermogen. lib. I. iur. epit.) Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet, et verba solemnia, licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.

48) Durch die in demselben Jahre aber später als L. 10. cit. erlassene L. un. Cod. de latina libertate toll. VII. 6. ist der Unterschied in der Wirkung der manumissio vindicta und per epistolam oder per amicos ohnehin beseitigt.

§. 1. der L. 10. cit. im Vergleich mit L. 23. D. cit. (Anm. 47.) so auslegen, daß der stumme nicht taube Herr den Sklaven nicht gültig *vindicta manumittire*, wenn er die deutlich vernommene Erklärung des Victor nur stillschweigend genehmige, nicht durch Schrift seine Zustimmung dazu gebe, daß also der nicht schreibkundige Stumme nicht nach L. 23. cit. *manumittiren* könne? während man sogar zugeben müßte, daß der nicht stumme aber taube Herr, wenn ihm nur die Erklärung des Victor irgendwie verständlich gemacht worden, selbst stillschweigend oder durch Zeichen seine Zustimmung erklärend gültig *manumittire*? Wenn man aber jenes zu behaupten durch die Worte „*eum scribentem omnia facere*“ sich nicht genöthigt hält, so kann man daraus auch nicht ableiten, daß der nicht taube Stumme nur durch Schrift, also nicht *nutu* ein Fideicommiß hinterlassen könne.

In der That, nach L. 10. Cod. cit. allein, wenn nur L. 22. Cod. de fideicommissis (oben Anm. 14.) nicht L. 21. pr. cit., oder nur der Hauptsatz derselben: „*nutu etiam relinquitur fideicommissum*“ ohne den Nachsatz „*dummodo is*“ zc. vorläge, würde man wohl nicht behauptet haben, daß, wer nicht sprechen kann, nicht *nutu* ein Fideicommiß hinterlassen könne, wemgleich er ein Testament zu errichten nicht unfähig sei. Aber L. 21. pr. cit., wie sie eben vorliegt, kann nicht umgangen werden, und so kommt es schließlich doch darauf an, wie sie als Bestandtheil des Justinianischen Rechts in Verbindung mit L. 10. Cod. cit. zu erklären ist. Dem Umstande, daß L. 10. cit. ein neueres Gesetz ist als L. 21. cit. kann dabei nicht, wie es häufig geschieht, die entscheidende Bedeutung beigelegt werden, daß diese durch jene, soweit sie davon abweicht, abrogirt sei; denn L. 10. cit. war schon zur Zeit der Abfassung der Pandekten erlassen; es würde also umgekehrt in Folge der Publikation

der Digesten ihr durch L. 21. cit. derogirt worden sein, mag man diese für ächt oder interpolirt halten; daß dann L. 10. auch in den Codex repetitæ prælectionis wiederum aufgenommen wurde, kann nicht ihr wieder umgekehrt derogatorische Kraft gegenüber der L. 21. verliehen haben; vielmehr sind beide Stellen als gleichberechtigte anzusehen, die womöglich durch Interpretation zu vereinigen sind⁴⁹⁾. Daher braucht man sich nicht mit Schön a. a. O. §. XIV. auf den Satz, daß correctorische Gesetze stricte zu interpretiren seien, zu berufen, um die Meinung, daß der L. 21. durch L. 10. derogirt sei, abzuwehren, wengleich er mit Recht durch dieses Gesetz sich nicht gezwungen sieht, dem Sprachunfähigen die Möglichkeit, nutu ein Fideicommiss zu hinterlassen, schlechthin abzuspochen.

Die L. 21. cit. spricht demselben diese Möglichkeit eben nicht schlechthin ab, indem sie dem Sage „dummodo is nutu relinquat, qui loqui potest“ die Beschränkung anhängt: „nisi superveniens morbus ei impedimento sit“. Man möchte nun etwa hier wieder auf die Erklärung von Bynkershoek (oben S. 326. fg. Num. 35.) zurückgreifen, wornach dies nur von Hinderung durch eine zur Zeit der Errichtung des letzten Willens den Testator lähmende Krankheit zu verstehen sei⁵⁰⁾. Mit Recht aber

49) Arndts Band. §. 12. 13.

50) Bei Sam. Strykius tractat. de iure sensuum, diss. IV. de iure surdorum et mutorum cap. 3. §. 33. und Schön a. a. O. §. XIII. wird als Autorität für die Meinung, daß L. 21. cit. nur de morbo in ipso actu testandi vel fideicommittendi superveniente zu verstehen sei, eine Dissertation von Dauth de testamentis angeführt, die mir nicht zur Hand ist. Auch Roshirt I. S. 306. Anm. 2. äußert, daß in L. 21. pr. von den morbus superveniens doch wohl in ganz anderem Sinn die Rede

wird dagegen bemerkt, daß eine solche einschränkende Erklärung der Worte ohne dringende Nothwendigkeit („*si ratio manifesta restrictionem non urgeat*“) nicht zu billigen sei. In L. 10. cit. wird unter „*superveniens morbus*“ jede Krankheit verstanden, wodurch ein nicht von Geburt an Stummer oder Tauber hinterher die Sprache oder das Gehör oder beides verloren hat, und diese Bedeutung ist denn auch hier die nächstliegende, der Interpret daher mindestens eben so berechtigt, um den scheinbaren Widerspruch zu beseitigen, die L. 10. cit. einschränkend zu erklären, wie oben geschehen ist. Mit Recht wird auch bemerkt, daß es doch nicht vernünftig sei, demjenigen, der schon früher durch Krankheit die Sprache verloren habe, übrigens jetzt ganz gesund sei, die Fähigkeit, durch Zeichen ein Fideicommiß zu hinterlassen, abzusprechen, während dem erst jetzt durch Krankheit zu sprechen verhinderten Testator dieselbe zugestanden wird⁵¹⁾. Demnach

sei als in L. 10. Cod. cit. Wie aber derselbe dazu kommt, zu bemerken, es sei nicht zu bezweifeln, „daß bei einer in Gegenwart des Erben, Vermächtnißnehmers und der gehörigen Anzahl von Zeugen erfolgende Erklärung des Anordners wohl auch nutu ein Vermächtniß bestellt werden kann, wenn Alle den Wink gehörig begreifen,“ ist nicht zu begreifen. Verwerflich ist gewiß auch die Meinung Westphal's I. §. 312., daß der *superveniens morbus* besser als von einer temporellen Krankheit, von einer „nach gemachtem Fideicommiß erst entstandenen Stummheit“ verstanden werde.

51) Stryk a. a. O. sagt: *Jam autem perinde se res habet in illo, cui in actu testandi violentia morbi loquela adimitur, quam in illo, qui ante aliquot annos loquelam amisit; uterque enim fari potuit, sed, ubi fideicommissum relinquendum, neuter potest. Potest tamen uterque ex aequo sensa mentis nutu declarare,*

wird von den Meisten gewiß mit Recht in L. 21. cit. der Ausspruch gefunden, daß, wer nicht von Geburt an stumm, erst später die Sprache verloren hat, allerdings auch nutu ein Fideicommiss hinterlassen könne⁵²⁾, und ist man nach Combination mit L. 10. Cod. cit. wohl berechtigt zu behaupten, daß dies demselben, wenn er nur schreibkundig ist, möglich sei; dem Schreibunkundigen wäre es nur zu versagen, wenn man sich streng an die Regel hält, daß nur, wer ein Testament zu errichten fähig ist, ein Fideicommiss hinterlassen kann.

Aber nun muß man wieder daran sich stoßen, daß in L. 10. cit. bezüglich des Schreibkundigen, der nicht sprechen kann, ausdrücklich kein Unterschied gemacht wird, ob er von Geburt an der Sprachfähigkeit entbehrt oder erst späterhin durch Krankheit diese verloren hat. Damit stimmt es wieder nicht, daß nach L. 21. cit. doch darauf Gewicht gelegt und dem Sprachunfähigen nur im letzten, nicht auch im ersten Fall, die Fähigkeit, nutu ein Fideicommiss zu hinterlassen zugestanden sein soll. Mir ist es nach allen Diesem wahrscheinlich, daß in L. 21. pr. cit. eine Interpolation obwaltet, aber eine ungeschickte und ungenügende. Die Compileratoren mochten sich bei der Aufnahme dieser

et forte rectius poterit, qui iamdiu loquela privatus fuit, quam qui subitaneo morbo impeditur; in hoc enim vix salva deliberandi facultas adesse poterit, cum illum revera agonizantem aestimemus, cui moribundo vox plane deficit.

52) So sagt Seuffert Band. §. 609. mit Bezugnahme auf L. 21. pr. cit. „die Willenserklärung zur Errichtung eines Vermächtnisses kann auch durch einen Wink geschehen, jedoch nur von solchen Personen, denen das Sprachvermögen nicht oder nur zufolge eines Krankheitsanfalles fehlt.“

Stelle erinnern, daß nach L. 10. cit. zwar dem Taubstummen, der es von Geburt an war, aber nicht auch demjenigen, der erst später es geworden, wenn er nur schreibkundig war, die Testamentsfähigkeit abgesprochen ist; daher fanden sie sich veranlaßt, die beschränkende Ausnahme der Bemerkung des Paulus anzuhängen. Daß in L. 10. cit. auch die Möglichkeit eines *discretum in fortunium* von Geburt an, des Mangels nur der einen oder andern Fähigkeit, obwohl es nur selten vorkomme („*quod raro contingit*“), berücksichtigt ist, wurde dabei nicht beachtet; daß aber der nur stumm, nicht taub Gewordene testamentsfähig sein könne, also auch fähig ein Fideicommiß zu hinterlassen, war nicht zu übersehen. Das ist nun freilich ein keineswegs befriedigendes Resultat einer weitläufigen Erörterung. Man wird wohl darauf verzichten müssen, eine allgemein befriedigende Lösung der hier behandelten Schwierigkeit zu erzielen, sowie auch L. 10. Cod. cit. für sich allein schon für die Praxis nicht befriedigend ist, und ist daher, wo das römische Recht noch als gemeines Recht in Geltung ist, jedenfalls zu rathen, daß für den Sprachunfähigen, auch wenn er nur Vermächtnisse anordnen will, die besondere Ermächtigung, dies auch ohne schriftlichen Codicill zu thun, voraus erwirkt werde, wie Gensler für das oben (S. 320. Anm. 25.) erwähnte nur mittels Zeichensprache errichtete Testament einen Taubstummen diese Vorsicht beobachtet zu sehen wünschte, damit dasselbe für gültig erklärt werden könne.

Wenn aber, wie es in jenem Falle geschehen, vor Gericht der letzte Wille errichtet wird, so wäre es wenigstens legislativ wohl gerechtfertigt, auch der Willenserklärung durch Zeichen unter Zuziehung kundiger Personen Raum zu geben. Von dieser Ansicht ausgehend erklärt das sächsische Gesetzbuch §. 2070. selbst Taub-

stumme, welche ihre Gedanken verständlich auszudrücken vermögen, für fähig, vor Gericht nicht nur schriftlich, wenn sie schreiben und Geschriebenes lesen können, sondern auch „mündlich“ einen letzten Willen zu errichten, „wenn sie eine im Allgemeinen verpflichtete oder zu dieser Handlung besonders zu verpflichtende Vertrauensperson mitbringen, welche ihre Zeichen zu erklären vermag. Natürlich ist dann dasselbe auch dem nur stummen Erblasser gestattet (§. 2071. vgl. §. 2098.); das Gesetzbuch subsumirt geradezu die Erklärung des letzten Willens durch Zeichen unter den Begriff mündlicher Errichtung eines letzten Willens. Das preussische Landrecht (I. 12. §. 26. vgl. mit §. 123.) gestattet einer stummen Person die Errichtung eines letzten Willens nur, wenn sie schriftlich sich ausdrücken kann, und schließt letztwillige Verordnungen durch Zeichen aus⁵³⁾, wie auch schon das bairische Landrecht (III. 3. §. 3.) Stumme und Taube, welche zugleich des Lesens und Schreibens unkundig sind, für natürlich unfähig zu testiren erklärte, und zwar (nach III. 2. §. 8.), weil es an der Verständlichkeit mangelt, wo der Wille weder mündlich noch schriftlich, sondern nur durch andere Zeichen eröffnet ist⁵⁴⁾. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch

53) Vgl. Gruchot Erbr. I. §. 347—350.

54) Kreittmayr bemerkt dazu: ein Wille könne zwar „regulariter nicht nur durch reden oder schreiben, sondern auch durch andere Zeichen und Deutungen mit dem Kopf oder mit den Augen, Schultern und Händen“ deklarirt werden. „Da aber gleichwohl um diese letzte eine sehr betrügliche Sache ist, so wird in Testamentssachen keine andere als schrift- und mündliche Deklaration zugelassen“ . . . „Unser Codex . . . will mit Verwerfung all' anderer Zeichen nur schrift- und mündliche Willenseröffnung haben,“ ohne zwischen Testament und anderen letzten Willen einen Un-

enthält keine besondere Bestimmung über diesen Punkt. Der Willenserklärung durch Zeichen erwähnt es nur in der Lehre von den Verträgen (§. 883.); aber es schließt auch in letzten Willenserklärungen den Gebrauch von Zeichen nicht ausdrücklich aus⁵⁵⁾, und erklärt nicht schreibensunkundige Stumme und Taubstumme für unfähig zu testiren, obwohl sie unfähig sind zum Testamentszeugniß (§. 591.); nach §. 63. der Notariatsordnung v. J. 1855 ist aber nicht zu bezweifeln, daß Stumme und Taubstumme vor Zeugen oder unter Zuziehung von Personen, welche ihre Zeichensprache verstehen, gültig testiren können⁵⁶⁾.

terschied zu machen. Unter „mündlicher Willenseröffnung“ ist aber hier wie im preuß. Landrecht nur die Erklärung durch mündliche Rede verstanden.

- 55) Der §. 577. unterscheidet freilich nur „schriftlich oder mündlich“ testiren, und der §. 585. sagt, wer (außergerichtlich) mündlich testire, der müsse vor drei fähigen Zeugen „ernstlich seinen Willen erklären.“ Wird hier das „mündlich“ strenge genommen, so könnte darin gefunden werden, daß Zeichensprache nicht ausreiche, also der Schreibunkundige Stumme nicht testiren könne; legt man aber alles Gewicht auf die letzten Worte, so wird man sagen: ernstlich seinen Willen erklären kann man auch durch Zeichen.
- 56) Vgl. Unger Erbr. §. 9. Nr. 4. §. 10. Anm. 10. Hieraus ergibt sich, daß Unger, wenn er im System II. §. 85. Am. 3. sagt, daß nach österr. Recht Vermächtnisse nicht durch bloßen *nutus* errichtet werden können, nicht die Möglichkeit der Anordnung durch Zeichensprache in Abrede stellen wollte. Vgl. oben S. 316. Anm. 18.

§. 1523. a.

Unförmliches Vermächtniß. — Das sogenannte Oralfideicommiß.

Durch die im vorigen §. angeführte L. 8. §. 3. Cod. de codicillis. VI. 36. war die Zuziehung von mindestens fünf fähigen Zeugen als eine Förmlichkeit vorgeschrieben, von deren Beobachtung regelmäßig die Gültigkeit der Errichtung eines Vermächtnisses abhing, wie die Gültigkeit eines Privattestaments von der Zuziehung sieben fähiger Zeugen. Justinian hat aber daneben im J. 531. n. Chr., veranlaßt durch einen von Tribonian ihm vorgelegten Rechtsfall, eine Verordnung erlassen, L. 32. d. i. L. ult. Cod. de fideicommissis. VI. 42., nach welcher nicht mehr eigentlich die Gültigkeit der Vermächtnißerrichtung, sondern vielmehr nur die Beweisbarkeit des Vermächtnisses oder die Art und Weise der Geltendmachung desselben durch die Beobachtung jener Förmlichkeit bedingt ist, vorausgesetzt nur, daß der Erblasser dem Vermächtnißträger selbst den Vermächtnißwillen kund gegeben hat, was dieser im Fall der Verweigerung durch Eidesantrag von Seiten des Vermächtnißnehmers zu befeuern angehalten werden kann. Justinian erklärt sich darüber in §. 12. J. de fideicom. heredit. II. 23. folgendermaßen:

Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent et tam nomen quam substantiam acceperunt et ideo divus Augustus ad necessitatem iuris ea detraxit: nuper et nos eundem principem superare contententes ex facto, quod Tribonianus vir excelsus quaestor sacri palatii suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus: si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum resti-

tuat, et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, res possit manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit, tunc sive pater heredis sive alius quicumque sit, qui fidem^e elegit heredis et ab eo aliquid restitui voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando, rem ita esse subsequutam, si fideicommissarius iusiurandum ei detulerit, cum prius ipse de calumnia iuraverit, necesse eum habere, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coartari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter fectum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere.

Die betreffende Constitution selbst aber lautet:

Quaestionem ex facto emergentem resecantes et voluntati mortuorum prospicientes sancimus: si sine scriptura et praesentia testium fideicommissio derelicto fideicommissarius elegerit heredis iuramentum vel forsitan legatarii vel fideicommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis sive speciale, necesse habere heredem vel legatarium vel fideicommissarium, prius iureiurando de calumnia praestito, vel sacramentum subire et omni inquietudine sese relaxare, vel, si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam (partem vel) quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan

maiolem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subiacere et eum ad satisfactionem compelli, quum ipse sibi iudex et testis invenitur, cuius religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus nullisque aliis adventitiis probationibus requisitis; sed sive quinque sint testes vel minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem quam exactionem, sive pater sit, qui fideicommissum dederit, sive extraneus, ut aequitatis ratio communiter in omnes procedat. Quum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est; lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata (fide) relicta? quum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellant et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime paruerint.

Durch diese Verordnung ist einem ohne die Beobachtung der gesetzlich regelmäßig erforderlichen Förmlichkeit angeordneten Vermächtniß wiederum juristische Wirksamkeit, die Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung des Vermächtnisses beigelegt; diese ist aber lediglich, wie in beiden

Stellen wiederholt betont wird, auf die Fides des Beschwerten gestellt. Man kann daher ein solches Vermächtniß wohl im Gegensatze gegen formgerechte Vermächtnisse insbesondere ein fideicommissum nennen, wie früher Fideicommissa den Legaten entgegengesetzt wurden; aber freilich in einem andern neuen Sinn. Denn die Fideicommissa wurden ursprünglich so genannt, weil die Erfüllung des darin ausgesprochenen Willens oder Ersuchens nur in den guten Willen des Beschwerten oder Ersuchten gestellt war, welchem allein der Erblasser vertraute, so zwar, daß jener die Wahrheit der Auflage vollkommen zugeben mochte und doch nicht zur Erfüllung derselben rechtlich angehalten werden konnte, und nachdem Augustus denselben juristische Erzwingbarkeit beigelegt hatte, paßte jene Benennung eigentlich nicht mehr; in dem Fall der obigen Verordnung aber ist nicht von dem guten Willen des Beschwerten die Wirkung des Vermächtnisses abhängig gemacht, sondern nur von der Gewissenhaftigkeit und Wahrhaftigkeit desselben die Entscheidung der Frage, ob ihm der Erblasser das Vermächtniß auferlegt habe? das er erfüllen muß, wenn er dies eingesteht oder seine Abläugnung eidlich zu bekräftigen sich weigert. Justinian rechtfertigt und lobt mit großer Emphase diese seine Verordnung, durch die er selbst den Augustus zu übertreffen meint. Aber was sie bestimmt, kann nicht einmal als etwas ganz Neues anerkannt werden. So lange Fideicommissa noch ganz formlos hinterlassen werden konnten, also vor der L. 8. §. 3. Cod. de codicillis (oben S. 309. Anm. 2.), war es ohne Zweifel ein wirksames Fideicommiss, wenn der Erblasser mündlich ohne Zeugen dem persönlich anwesenden Erben eine Leistung zu Gunsten eines Dritten auferlegte, und wenn nun dieser, der etwa selbst auch zugegen gewesen oder aus dem Munde des Erblassers oder auch des Erben selbst davon gehört hatte, den Beschwerten bei dem praetor fidei-

commissarius auf Erfüllung das Fideicommisses belangte, der Beklagte aber die Auflage in Abrede stellte, so konnte der Kläger gewiß ihm den Eid darüber zuschieben, dessen Verweigerung dann, falls der Kläger den etwa verlangten Calumnieneid geschworen hatte, als Eingeständniß des Fideicommisses behandelt wurde. Und selbst nach L. 8. §. 3. cit. vor Erlassung der L. 32. Cod. cit. wird man dies als möglich zugeben müssen für die Fälle, wo die Formvorschrift der L. 8. §. 3. cit. ausnahmsweise nicht Anwendung fand, namentlich bei Fideicommissen eines Soldaten. Demnach verhält sich L. 32. cit. nur als correctorisches Gesetz zu L. 8. §. 3. cit., indem sie zum Theil wieder auf das vor Theodosius geltende Recht zurückgeht, und es ist nur eiteles Gerede, was Tribonian dem Gesetzgeber in den Mund legt in den Worten des §. 12. J. l. c. „eundem principem superare contententes“⁵⁷⁾. Die Constitution ist auch in Ansehung ihrer Fassung keineswegs ein Meisterstück, hat vielmehr, wie manche andere Justinianische Constitution, zu einer Reihe streitiger Fragen Anlaß gegeben, die zum Theil noch in der heutigen gemeinrechtlichen Doktrin eine Rolle spielen⁵⁸⁾. Es bedarf daher noch einer in Einzelnes eingehenden Erörterung.

57) Vgl. Schrader ad §. 12. J. cit. v. superare contententes. Meyer v. Legaten u. Fideicomm. §. 29. Anm. 2. sucht in künstlicher Weise diese Worte zu rechtfertigen, daß Justinian doch „so zu sagen“ den Augustus übertroffen habe, „indem er wiederum die Fides des Beschwerten als wesentliche Grundlage der Wirksamkeit hinstellte“. Sehr unwahrscheinlich ist, was Burchardi Lehrb. §. 321. Anm. 6. vermuthet, daß Justinian bei seiner *VD.* durch Reminiscenz eines alten Gesetzes von Numa geleitet worden sei, wovon Dionys. Hal. II. 75. berichtet, wornach über einen ohne Zeugen geschlossenen Vertrag eidliche Abschwörung verlangt werden konnte.

58) Eine sehr ausführliche mit casuistischem Detail angefüllte

1) In den Worten, mit welchen zu Anfang der Constitution der zu entscheidende Fall bezeichnet wird: „*sine scriptura et praesentia testium derelicto fideicommisso*“, könnte man zunächst nach buchstäblicher Auslegung eine negativ thatsächliche Voraussetzung der Anwendbarkeit der nachfolgenden gesetzlichen Bestimmung finden, darin bestehend, daß der Erblasser weder durch Schrift noch unter Zuziehung von Zeugen, sondern durchaus ohne das eine und andere nur allein dem Erben oder Vermächtnißnehmer, den er belasten wollte, seinen Vermächtnißwillen erklärt habe. So mag wohl wirklich der Rechtsfall, der zu dem Gesetz den Anlaß gegeben, beschaffen gewesen sein; in diesem Fall konnte man auch im vollsten Sinn des Wortes sagen, daß der Erblasser nur der Fides, der Redlichkeit und Wahrhaftigkeit des Belasteten vertraut habe (*fidei eius commissum esse*), da der Bedachte zur Unterstützung seines Vermächtnißanspruchs sich auf gar nichts anderes als das Wissen und Gewissen des Vermächtnißträ-

Monographie darüber besitzen wir in einer Dissertation von Ferd. Christ. Harpprecht unter dem Titel: *Remedium legis ultimae Cod. de fideicommissis*, vertheidigt in Tübingen 1678., reproducirt in des Verfassers *dissertationum academicarum* vol. II. pag. 1—158. 4. (Tübingen 1737). In cap. II. §. 7—36. werden baselbst nicht weniger als vierzehn verschiedene Hauptansichten über das Gesetz angeführt und abgewehrt. Vgl. dazu J. H. Böhrer *diss. de codicillis absque testibus validis*. Hal. 1707., auch in dessen *exercitat. ad pand. tom. V. num. 73. cap. II. §. 2—7.* A b r a h. K a e s t n e r *de aequitate et usu practico legis ult. C. de fideicommissis*. Lipsiae 1727. 46. pagg. 4. — Eine kurze sorgfältige Auslegung des Gesetzes findet sich bei Mayer in d. E. von d. Legaten §. 29. Anm. 1—19. S. 158—171.

gers auch nur einmal berufen könnte. Nach Erwägung des Gesamtinhalts der Constitution in Vergleichung mit der Stelle der Institutionen muß aber diese enge Auslegung als unzulässig verworfen und als die wahre Absicht des Gesetzgebers erkannt werden, daß überhaupt in dem Falle, wenn nicht ein schriftlich oder mündlich formgerecht errichtetes Vermächtniß vorliege, dem Bedachten doch ein Weg offen stehen solle, den Willen des Erblassers geltend zu machen, indem er an die Fides des Beschwer-ten selbst appellire, welchem der Erblasser seinen Vermächtnißwillen kund gegeben ⁵⁹⁾. Schlagend bewiesen wird die Richtigkeit dieser Ansicht dadurch, daß die Constitution ausdrücklich den Fall, wenn zugleich ein oder mehrere Zeugen bei der Anordnung des Vermächtnisses zugegen waren, hervorhebt und in diesem Falle der dem Erben oder Vermächtnißnehmer kundgegebenen Auflage die gleiche Wirkung beilegt, wie dann, wenn durchaus *sine scriptura et praesentia testium* nur jenem allein der Vermächtnißwille vom Erblasser erklärt worden ist ⁶⁰⁾. Der Mangel aller Zeugen wird als das Neueste der Formlosigkeit angeführt, ungeachtet welcher dennoch dem Fideicommissar durch

59) Siehe darüber die Ausführung von Mayer a. a. O. Anm. 3. S. 161. fg., die jedoch das stärkste Argument nicht scharf genug hervorhebt.

60) L. ult. Cod. cit. in den Worten: „*Sed sive quinque sint testes sive minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem quam exactionem.*“ Das Wort *firmitatem* mag gedeutet werden auf den Fall, wenn der angeblich Beschwer-ten den Eid leistet, wodurch er „*omni inquietudine se relaxare*“ soll; das Wort *exactionem* bezieht sich offenbar auf den Fall der Eidverweigerung, in Folge deren jener „*omnimodo exactioni fideicommissi subiacet.*“

den Eidesantrag geholfen werden soll; gestattet ist ihm dieser auch dann, wenn der Erblasser bei seiner Willenserklärung zugleich einen oder mehrere Zeugen zugezogen hat, ja auch dann, wenn er unter Zuziehung der gesetzlichen Zahl von fünf Zeugen dem Erben die Auflage machte⁶¹⁾. Auch im letzten Fall kann es dem Bedachten sehr erwünscht und wichtig sein, daß es ihm freisteht, nur der Wahrhaftigkeit des Beschwerten zu vertrauen, um sich dem umständlichen oft schwierigen Beweise der formgerechten Errichtung des Vermächtnisses zu entziehen, z. B. wenn einer der fünf Zeugen nicht mehr beizubringen oder die Beanstandung der Fähigkeit des einen oder andern Zeugen zu befürchten ist. Man könnte etwa noch einwenden, in diesen Fällen habe doch der Erblasser nicht schlechtthin nur allein der Gewissenhaftigkeit des Beschwerten vertraut; aber Justinian's Verordnung hebt gerade das als entscheidendes Moment

61) Dagegen könnte man versucht sein, aus §. 12. J. cit. ein Gegenargument herauszupressen, aus den Worten nemlich: „si . . . neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit.“ Aber dann müßte man einen Widerspruch zwischen §. 12. J. cit. und L. 32. Cod. cit. annehmen, und da könnte man doch nicht zweifeln, daß die letzte Stelle entscheide. Die streng buchstäbliche Auslegung des §. 12. cit. würde zudem zu wahrhaft ungeheuerlichen praktischen Ergebnissen führen: der Fideicommissar trägt dem Beschwerten den Eid an „quod nihil tale a testatore audivit“; dieser wendet ein, das sei unzulässig, weil fünf Zeugen zugezogen seien; soll er nun gleichwohl noch die Erfüllung des Vermächtnisses verweigern können? vom Kläger den Beweis verlangen können, daß nicht fünf fähige Zeugen zugezogen seien, die negative Bedingung der Zulässigkeit des Eidesantrags buchstäblich erfüllt sei?

hervor, daß der Bedachte nur auf die Fides des Beschwerten baue, diesen allein zum Richter und Zeugen in der Sache mache, verzichtend auf den vielleicht erfolglosen Versuch, die formgerechte Anordnung des Vermächtnisses zu erweisen ⁶²).

2) Als positive thatsächliche Voraussetzung wird allgemein anerkannt, daß der Beschwerte selbst vom Erblasser seine Belastung mit dem Vermächtniß vernommen habe. Die Constitution selbst erklärt sich darüber wohl nicht ausdrücklich, klar und bestimmt; aber die Meinung des Gesetzgebers erhellt unzweideutig daraus, wie in den Institutionen bestimmt wird, was der angeblich Beschwerte zu beschwören angehalten werden könne, wenn er das Vermächtniß nicht freiwillig eingesteht; er soll „*iusiurandum subire quod nihil tale a testatore audivit*“. Mag man das Wort *audivit* in engerem oder weiterem Sinn nehmen: jedenfalls ist hierin ausgesprochen, daß es wesentlich darauf ankomme, ob dem angeblich Beschwerten vom Erblasser selbst die Auflage, womit er belastet sein soll, kund gegeben sei? Theophilus zu §. 12. J. cit. sagt freilich: zu beschwören sei, daß das Fideicommiß nicht hinterlassen sei ⁶³). Dies könnte auch auf den Fall bezogen

62) L. 12. cit. „*quum ipse sibi iudex et testis invenitur; cuius religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis.*“ Diese Worte deuten darauf hin, daß dem Fideicommissar wohl etwa noch andere Beweismittel zustehen könnten, derselbe aber vorzieht (*eligit*), nur an den Beschwerten selbst sich zu halten. — Von dem Fall der Concurrenz von Zeugen bei der dem Erben gemachten Auflage handelt ausführlich Harpprecht a. a. O. cap. IV. thes. 21—25. Vgl. Mayer a. a. O. Anm. 15.

63) „*ἰδοῦσαι ὡς οὐ καταλείφθη φιδεικομμίσσον, ὁμνῶτω μὴ καταλείφθαι.*“

werden, wenn der Erblasser, ohne dem Beschwerten selbst seinen Willen kund zu geben, das Vermächtniß angeordnet hatte, unter Zuziehung etwa der gesetzlichen Zahl von Zeugen; der Eid würde in sich schließen, daß der Erblasser weder dem Beschwerten selbst den Vermächtnißwillen kund gegeben, noch sonst in rechtsgültiger Form das Vermächtniß angeordnet habe. Aber über das letzte könnte jener den Eid ablehnen als eine ihm fremde Thatsache betreffend; er braucht sich nur bereit zu zeigen, zu beschwören, daß ihm der Erblasser solchen Willen nicht erklärt habe⁶⁴⁾. Wenn übrigens der Erblasser zuerst ohne Mitwissen des Beschwerten das Vermächtniß angeordnet, sodann späterhin diesem persönlich die Vermächtnißauflage mitgetheilt hat, so findet unbedenklich unsere Constitution Anwendung, und hat der Beschwerte auf Erfordern in Betreff der letzten Thatsache ohne weiteres den Eid zu leisten, ohne daß die formelle Gültigkeit der früheren Anordnung des Vermächtnisses in Frage zu stellen ist.

3) Der Erblasser kann seinen Vermächtnißwillen dem Beschwerten vor Allem durch mündliche Erklärung kund geben; das ist jedenfalls genügend und wird von Allen als genügend anerkannt. Im Betreff der Umstände, unter welchen solche mündliche Erklärung erfolgt, hat man wohl besondere Erfordernisse aufgestellt. So ist namentlich behauptet worden, daß der Beschwerte den redenden Erblasser auch sehen müsse, so wie von den Testamentszeugen gesagt wird, daß sie in *conspectu testatoris* sein sollen; daher sei es unwirksam, wenn jener nur den hinter einer Wand oder einem Vorhang verborgenen Erblasser sprechen

64) So die Glosse zu L. 32. cit.: „Sed quid si dicat se ignorare veritatem, quia erat absens tempore, quo testator legavit? . . tunc debet iurare, quod nihil tale a testatore audivit.“

hörte, was leicht nur eine betrügerische Veranstaltung sein könne⁶⁵). Aber, da die Entscheidung lediglich in das Gewissen des Beschwerten gestellt ist, so mag auch ihm allein anheimgestellt werden, ob er überzeugt ist oder nicht, daß es wirklich der Erblasser gewesen sei, den er sprechen hörte. Es ist auch nicht, wie Andere behauptet haben, als erforderlich anzusehen, daß der Erblasser seine Rede gerade an denjenigen, den er belasten wollte, gerichtet, geschweige denn, daß er denselben zur Vernehmung seiner Willenserklärung gleich einem Zeugen angefordert oder wohl gar, wie Bartolus meinte, ihm das Versprechen, die Auflage zu erfüllen, abgenommen habe; nur darauf kommt es an, ob derselbe mit gutem Gewissen schwören kann, daß er die Willenserklärung des Erblassers nicht vernommen habe⁶⁶), was natürlich auch etwa durch Taubheit verursacht sein kann.

Es fragt sich nun aber, ob mündliche vom Beschwerten vernommene Willenserklärung jedenfalls voranzusetzen sei, um von Anwendung unseres Gesetzes reden zu können? Selbstverständlich wäre damit auch persönliche Gegenwart

65) Harpprecht l. c. cap. IV. th. 15. et ibi citt. Der Vf. behauptet dasselbe auch im Fall der Finsterniß, und verlangt, daß diese *accensis ad minimum tribus luminaribus* erhellt werde: arg. L. 1. §. 10. D. de *inspic. ventre* XXV. 4. (!). Consequent wäre demnach zu behaupten, und so geschieht es auch bei Harpprecht cap. V. th. 15., daß einem Blinden in dieser Weise ein Fideicommiss nicht auferlegt werden könne, während es ungeachtet der L. 9. Cod. de *testam.* VI. 23. noch streitig, ob Blinde nicht fähige Testamentszeugen sind. Windscheid Band. §. 542. Anm. 6. Arndts Band. §. 486. Anm. 4.

66) Vgl. Harpprecht l. c. cap. IV. th. 16—19. 32—38. Seuffert's Arch. oberstrichterl. Entscheidungen V. 38. XVII. 267.

des Beschwerten bei der Anordnung des Vermächtnisses als absolutes Erforderniß gegeben. In der That ist dieses seit der Glosse von den Meisten angenommen worden⁶⁷⁾ und daher rührt auch die noch jetzt gebräuchliche Bezeichnung eines solchen formlosen Vermächtnisses als „Oralfideicommiß“ oder „fideicommissum heredi (sive legatario) praesenti iniunctum“⁶⁸⁾. Indessen wird es doch, was vorerst das Erforderniß mündlicher Willens-

67) Die Accursische Glosse stellt nicht so bestimmt und klar, wie es von Manchen angenommen wird, eine andere Ansicht auf. In der Erklärung des *casus* sagt sie zwar: „heres aut iurabit, fundum non esse legatum, aut, si non iuret, praestabit fundum“; aber dann gibt sie, wenn der Erbe einwende, er sei nicht zugegen gewesen, das von diesem zu beschwörende Thema einfach nach den Institutionen an: *quod nihil tale a testatore audivit*, ohne sich über dessen Sinn näher zu erklären. Schon Azo aber schloß daraus auf die Nothwendigkeit mündlicher Willenserklärung und später war es, wenn es auch nicht ganz fehlte an abweichenden Erklärungen des Gesetzes (dagegen Harpprecht I. c. cap. II.), entschieden herrschende Meinung, daß nur dem Anwesenden ein solches formloses Fideicommiß wirksam auferlegt werden könne. Harpprecht I. c. th. 37. 38. cap. IV. th. 2. 8. 10. sqq. et ibi ctt. Höppler Comment. zu den Institut. II. 20. §. 556. II. 23. §. 605. II. 24. §. 617. Westphal I. §. 301. Thibaut System §. 934. Mühlenbruch Lehrb. §. 730. R. Witte in Weiske's Rechtslex. II. S. 681. Götschen Vorles. III. 2. S. 557. Teweß Erbr. II. §. 85. Anm. 14. Brinz Pand. S. 888 fg. Insbesondere vertheidigt jene gemeine Meinung Mayer a. a. O. Anm. 9—11. S. 163—167. Auch folgen ihr noch oberstrichterliche Entscheidungen neuester Zeit: Seuffert's Arch. IV. 66. V. 38. IX. 52.

68) So sagt auch Hellfeld §. 1523.: „et legatum quod heredi praesenti ab ipso testatore ore tenus est iniunctum, absque omni solennitate valet.“

erklärung betrifft, auch von Anhängern der gemeinen Meinung nicht ganz streng genommen. Unbedenklich wird es als wirksam angesehen, wenn der Erblasser seine in Schrift gefasste Willensmeinung dem Belasteten persönlich überreicht mit der mündlichen Erklärung, daß er den darin enthaltenen Verfügungen nachkommen solle. Dies kann nicht wohl beanstandet werden, da es hier an einer mündlichen Erklärung nicht fehlt, deren Inhalt nur durch die übergebene Schrift näher bestimmt wird, wie auch im Testament ein Vermächtniß angeordnet, selbst ein Erbe eingesetzt werden kann unter Bezugnahme auf eine Schrift, welche den Willen des Erblassers vollständig zu erkennen gebe ⁶⁹⁾. Vermünftiger Weise kann man aber doch jene mündliche Erklärung bei der Hingabe der Schrift nicht für wesentlich erforderlich halten; der Wille, den Erben von seiner Verfügung in Kenntniß zu setzen, spricht sich doch schon in der Hingabe der Schrift an ihn deutlich genug aus, und zu welchem Zweck könnte sie geschehen, als um dem Erben die Erfüllung der darin enthaltenen Auflage anzubefehlen? daher legen Andere auch nur darauf entscheidendes Gewicht, daß der Erblasser persönlich dem anwesenden Erben die Schrift darreicht ⁷⁰⁾. Aber auch Hin-

69) So rechtfertigt auch Mayer a. a. O. Anm. 12. seine Meinung über diesen Fall, den er im Text des §. 29. als einen solchen anführt, wo ausnahmsweise eine schriftliche Anordnung wirksam sein könnte. Uebereinstimmend hält Böhmer a. a. O. eine solche (*codicillos scriptos*) für wirksam, „quando illos heredi praesenti tradit et simul ei iniungit, ut voluntati in codicillis traditis manifestatae satisfaciatur.“

70) So findet Harpprecht cap. IV. th. 3. 4 es genügend, wenn der Erblasser quod post mortem suam fieri cupit in chartam coniecerit et eam ipsemet heredi praesenti de manu in manum daret, diesem voluntatem suam...

gabe der Schrift kann dann nicht für wesentlich gehalten werden; wenn z. B. der Erblasser den anwesenden tauben Erben nur lesen läßt, was er auf einem Zettel oder einer Tafel niedergeschrieben, so wird dieser doch nicht mit besserem Gewissen schwören können, daß er vom Erblasser über das Vermächtniß nichts vernommen habe, als wenn er die aus der Hand desselben empfangene Schrift erst nachher gelesen hat. Darüber kann vollends nicht im Zweifel sein, wer zugibt, daß überhaupt eine Willenserklärung durch dem Belasteten verständliche Zeichen hier eben so wohl wie die Erklärung durch mündliche Rede zu respektiren sei; denn was könnte ein verständlicheres Zeichen sein, als die Hingabe oder Vorlegung der Schrift, welche den Vermächtnißwillen ausspricht, an den lesenskundigen Vermächtnißträger? In der That aber wird auch hier der Willenserklärung durch Zeichen die gleiche Kraft wie der durch mündliche Rede auch von Anhängern der gemeinen Meinung beigelegt. Vertheidigt wird dies, und gewiß mit Recht, namentlich auch von Mayer a. a. D. Anm. 13. Es sei gar nicht wahrscheinlich, sagt er mit Recht, daß Justinian

interprete charta ad unguem exposuit . . . et propriis eius oculis praesentem exhibuit,“ und zwar mit besonderer Rücksicht auf den Fall, wenn der Erblasser stumm oder durch Krankheit zu sprechen verhindert ist, also von mündlicher Rede nicht Rede sein kann. Vgl. auch cap. V. a. E., wo auch bezüglich eines schreibkundigen Taubstummen dasselbe angenommen wird. So soll auch nach Teweß a. a. D. das sog. Dralsfideicommiß darin bestehen, daß der Erblasser dem zu Onerirenden persönlich auferlegt, „also entweder mündlich oder dadurch, daß er die schriftliche Anordnung ihm einhändig von Hand zu Hand, von Person zu Person.“ Auch Brinz a. a. D. legt nur auf die „eigenhändige Zustellung des schriftlichen Auftrags“ Gewicht, wobei übrigens das „eigenhändig“ wohl auch nicht gar zu streng zu nehmen ist.

die längst als zulässig anerkannte Anordnung von Fideicommissen durch Zeichen bei dem formlosen Fideicommiss ausgeschlossen haben sollte. Die Constitution selbst deutet durch kein Wort darauf hin; ihr Vorderatz lautet nur „si . . . sine scriptura et praesentia testium . . . fidei commisit;“ und der Satz in §. 12. J. cit. „quod nihil . . . *audivit*“ nöthigt und berechtigt nicht, dort hinzugebenken: sc. „*verbis, non nutu solo.*“ Der Grundgedanke, daß die Wirksamkeit der Anordnung ganz von der Fides des Beschwerten abhängig gemacht wird, findet eben so wohl auf ein *nutu solo* wie auf ein *verbis relictum fideicommissum* Anwendung. Der Beschwerte mag vielleicht einwenden, die vom Erblasser gebrauchten Zeichen seien ihm nicht klar gewesen; aber das hat nicht mehr zu bedeuten, als die Einwendung, er habe die vom Erblasser etwa nur mühsam mit schwacher Stimme gesprochenen Worte desselben nicht verstanden; er hat in jedem Falle nur zu schwören, daß er die Anordnung des Vermächtnisses nicht vom Erblasser vernommen habe⁷¹⁾; das aber kann er mit gutem Gewissen nicht, wenn der Erblasser durch nur ihm allein verständliche Zeichen seinen Willen ihm erklärt hat, was auch, wenn noch andere Personen als Zeugen zugegen sind, nichts anderes ist, als wenn

71) So mit Mayer übereinstimmend auch schon Schoen de fideicommissio nutu relicto §. 16. 19. So auch Harprecht cap. IV. th. 30. „loquentem praesentem audiat aut saltem alias eius seriam voluntatem certo atque indubitanter ab ipsomet percipiat.“ Und so auch formulirt Brinz a. a. O. das Eidesthema: „daß Erblasser den Delaten um Entrichtung des fraglichen Vermächtnisses weder mündlich, noch durch Geberde, noch durch eigenhändige Zustellung eines schriftlichen Auftrags angegangen habe.“ Vgl. auch Massot im Darmstädter Arch. für prakt. Röm. neue Folge, IV. S. 47.

er im buchstäblichen Sinn *sine scriptura et praesentia testium eius fidei commisit*.

Hiernach bleibt nun noch als Streitfrage übrig, ob denn wenigstens Gegenwart des Beschwerten bei der Anordnung des Vermächtnisses oder, wie es auch ausgedrückt wird, unmittelbar persönliche Kundgebung des Vermächtnißwillens an den Beschwerten jedenfalls vorausgesetzt werde? und diese Frage reducirt sich darauf, ob nicht auch dann die *L. ult. cit.* Anwendung finde, wenn der Erblasser dem Beschwerten durch einen ihm zugesandten Brief oder Boten seinen Willen kundgegeben hat? Gegen die gemeine Meinung wurde diese Frage zuerst wieder bejahend beantwortet von Löhner, der sich dabei auf die Glossen berief⁷²⁾, und ihm ist dann von vielen Seiten zugestimmt worden⁷³⁾; dagegen sind aber auch namhafte Gegner aufgetreten⁷⁴⁾. Einen Beweis dagegen hat man vor allem in den Worten der *L. ult. cit.* „*sine scriptura et praesentia testium*,” sodann in den Worten der Institutionen

72) Im Arch. für civil. Praxis II. S. 188. vgl. oben Anm. 67.

73) Rosshirt I. §. 10. S. 66. fg. Mackelbey Lehrb. §. 706. Seuffert Pand. §. 608. Wenings-Jungenheim Civilrecht III. §. 450. Puchta Pand. §. 523. Vangerow Pand. II. §. 528. 7. Aufl. S. 454. fg. Keller §. 556. Sintenis Civilrecht III. §. 208. Anm. 14. Bering Erbr. S. 709. fg. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's Privatrecht V. §. 891. Holzschuher Theorie und Casuistik 3. Aufl. II. S. 1011. fg. Arndts im Rechtslex. VI. S. 292. Windscheid Pand. §. 629. Baron Pand. §. 439., auch Schrader zu §. 12. J. II. 23. (corp. iur. civ. vol. I. p. 403) und Massot a. a. O. S. 42. fg., der letzte jedoch mit Ausschließung der Kundgebung durch Boten (S. 45). — Auch eine oberstrichterliche Entscheidung stimmte damit überein: Seuffert's Arch. VIII. 72.

74) Vgl. oben S. 352. Anm. 67.

„quod nihil tale . . . audivit“ zu finden geglaubt. Aber diesen Beweis erklärt der gewichtigste Gegner selbst und mit Recht für nicht treffend und ausreichend ⁷⁵⁾; es kann ihn auch nicht treffend finden, wer doch zugibt, daß ein formloses Fideicommiss wohl durch Ueberreichung eines schriftlichen Auftrages an den gegenwärtigen Erben oder durch Zeichen hinterlassen werden könne ⁷⁶⁾. Das Wort *audivit* kann zwar im engsten Sinne von Bernehmen gesprochener Worte durch das Ohr verstanden werden; aber es kann auch im weiteren Sinn als Bernehmen überhaupt, Erfahren, gedeutet werden ⁷⁷⁾ und muß in diesem weiteren Sinn genommen werden, wenn auch Bernehmen durch andere Zeichen als mündliche Rede darunter gedacht sein soll. Es mag aber auch zugegeben werden, daß die Verfasser der Institutionen zunächst den Fall vor Augen hatten, wenn der Erblasser dem anwesenden Erben durch mündliche Rede seinen Willen zu erkennen gab; einen entscheidenden Beweis, daß dieses als wesentliches Moment vorzusetzen sei, gibt darum doch §. 12. cit. nicht, weil in der Constitution selbst das mit keinem Worte angedeutet wird, daß ein *Audire* des Willens im engsten Sinne des Wortes vorausgesetzt werde. Eben so wenig kann die Erklärung des Theophilus zu §. 12. J. cit. einen Beweis der Richtigkeit der gegnerischen Ansicht abgeben. Die-

75) Mayer a. a. O. Anm. 9. 10.

76) Vgl. oben S. 353. Anm. 69. fg.

77) Schrader l. c. „Potius audivit sensu lato pro compertum habet scriptum est.“ Massot a. a. O. S. 47. führt zum Beweise, daß die Römer *audire* auch für lesen, für „hören durch einen Brief“ gebraucht, an Cic. ad famil. III. 11. „quum de te ex te ipso audiebam“ (sc. per litteras), und Cic. ad Quintum fratrem III. 1. cap. 4. „audi nunc de minuscula.“ vgl. Forcellini v. audio.

fer gibt als den durch L. ult. Cod. cit. entschiedenen Fall an, wenn der Erblasser ohne Schrift ein Fideicommiss (ἀγραφοῦν φιδεικομισσον) angeordnet habe. Aber daraus zu schließen, daß völliger Mangel einer schriftlichen Willenserklärung als wesentlich vorauszusetzen sei, kann unmöglich zugegeben werden, so wenig, wie die Worte „sine scriptura“ der L. ult. cit. im strengsten Sinn als eine negative Bedingung ausgelegt werden dürfen⁷⁸⁾. Danach würde auch die eigenhändige Zustellung eines schriftlichen Auftrags nichts wirken, ja selbst, wenn der Erblasser den Inhalt einer Schrift dem anwesenden Erben vorliest, ein wirksames Fideicommiss nicht anzuerkennen sein⁷⁹⁾, da jene negative Bedingung nicht erfüllt ist. Die Stelle des Theophilus kann um so weniger zum Beweise

78) Die Art, wie Mayer Anm. 10. die Erklärung des Theophilus zur Unterstützung seiner Ansicht verwendet, ist an sich unbefriedigend, weil zu künstlich, und scheint kaum verträglich mit dem, was er in Anm. 3 über die Worte „sine scriptura et praesentia testium“ ausführt. Vgl. oben S. 346. fg. Anm. 59.

79) Dies ist zwar in einer oberstrichterlichen Entscheidung behauptet worden. Seuffert's Arch. XIV. 150. Aber „gewiß mit Unrecht“: Windscheid Pand. §. 629. Anm. 3. Wenn der Erblasser den Erben rufen ließ, seinen Willen persönlich zu vernehmen, das Vermächtniß aber vorher der Genauigkeit wegen auf einem Blatt niedergeschrieben hatte, und dieses nun dem Erben vorlas: da sollte Justinian's Verordnung nicht Anwendung finden? In dem Falle, der dem OAGericht zu Celle vorlag, war freilich das Vermächtniß in einer an sich verpflichtenden schriftlichen Willensordnung angeordnet, die aber der Klage nicht zum Grunde gelegt war, und das Gericht erkannte nun, daß „aus der Vorlesung der Scriptur . . . keineswegs mit Gewißheit auf die Absicht (des Erblassers) zu schließen sei, durch diese Vorlesung der Beklagten eine Auflage machen zu wollen.“ Aber vgl. dagegen oben S. 353.

der gegnerischen Ansicht dienen, da er weiterhin abweichend von den Institutionen das Eidesthema auf Nichtthinterlassenheit des Fideicommisses stellt, was umgekehrt von Andern zum Beweise benützt wird, daß auch ein dem Erben vom Erblasser zugesandter Brief genüge, da es bekannt ist, daß, abgesehen von L. 8. §. 3. Cod. de codicill. und vor dieser, auf solche Weise ein Fideicommiss vollgültig hinterlassen werden konnte⁸⁰). Der Hauptbeweisgrund gegen die Anwendung der L. ult. auch auf den Fall der Kundgebung durch Brief oder Boten wird dann auch nur aus dem Inhalt und Geist dieser Constitution selbst hergenommen. Darin, sagt man, sei Alles in die Fides des Belasteten gelegt, welcher nur dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem; die Wahrheit der Anordnung oder Nichtanordnung des Vermächtnisses solle darnach durch den Eid ermittelt werden; ein bloßes Nichtwissen oder Nichtglauben zu beschwören, sei es nicht, was von dem angeblich Beschwerten verlangt werde, sondern um dessen zweifellose Fides sei es zu thun, ob der Erblasser das Fideicommiss wirklich angeordnet habe. Nun aber könne derjenige, dem nur durch einen Boten oder einen Brief der Erblasser seinen Willen kundgegeben, sehr wohl zugeben, daß ihm eine Botschaft, ein Brief des Inhalts zugegangen sei, aber mit gutem Gewissen einwenden, er wisse nicht oder bezweifele, ob die Botschaft wirklich vom Erblasser ausgegangen, ob der Brief wirklich vom Erblasser geschrieben oder unterschrieben oder in dessen Auftrag ihm zugestellt worden sei? und darüber könne ihm dann doch nur ein Eid de ignorantia oder credulitate zugemuthet werden. Allein die Constitution gibt in der That keinen Anlaß, die Unzulässigkeit eines solchen Eides zu behaupten; über die Wahrheit der Behauptung des angeb-

80) Massot a. a. D. S. 47. vgl. oben S. 349. Anm. 63.

lichen Fideicommissars, daß dem Beklagten vom Erblasser selbst die Anordnung des Vermächtnisses kund gethan sei, soll nur durch den Eid des angeblich Beschwerten entschieden werden; über die Fassung des zu beschwörenden Satzes sagt die Constitution nichts; natürlich aber kommt es darauf an, wovon jener überzeugt ist; wenn er nicht glaubt, daß der Brief ächt sei, daß der Bote ihm eine richtige Botschaft überbracht habe, u. dgl., so macht er sich nicht einer perfidia schuldig, indem er die Auerkennung der Auflage ablehnt⁸¹⁾. In dieser Beziehung kann auch kein Unterschied zwischen Brief und Botschaft gemacht werden. Massot a. a. O. unterscheidet direkte und indirekte Willensmittheilung; nur jene soll genügend sein, diese nicht; die Mittheilung durch einen Brief aber ist ihm eine direkte, die durch einen Boten eine indirekte. Dies ist unhaltbar. Die Gründe, die er gegen die Botschaft vorbringt, unter Bezugnahme auf Göthe's Faust: „die Botschaft hör' ich wohl, allein mir fehlt der Glaube,“ können auch gegen die Willensmittheilung durch einen Brief geltend gemacht werden⁸²⁾. Es kann die Echtheit der Schrift oder Unterschrift dem darin Beschwerten verdächtig sein; er kann es für möglich halten, daß Jemand den leeren Raum eines Blattes vor dem Namen des Erblassers mißbraucht habe, um ohne dessen Wissen und Willen einen beschwerenden

81) Die Constitution legt nur darauf das entscheidende Gewicht, „ob der angeblich Onerirte schwören könne, daß ihm die fragliche letzte Willensmeinung des Erblassers nicht auf genügende Weise kundgegeben sei,“ Arndts a. a. O. — „Der in Anspruch Genommene soll die Wahrheit seiner Aussage beschwören, ob und in wie weit seine Aussage dem Gegner frommt, das ist dessen Sache.“ Windscheid a. a. O.

82) So geschieht es auch bei Mayer in Anm. 10. vgl. mit Anm. 9.

Brief an den Erben daraus zu fabriciren; er kann die Richtigkeit der Adresse bezweifeln, mit welcher von anderer Hand ein vom Erblasser geschriebener Brief, der den Namen des Beschwerten nicht nennt, versehen ist; er weiß und glaubt es nicht, daß der Brief mit dem Willen des Erblassers zur Post gegeben oder durch einen Boten ihm zugesandt worden sei, wobei er sich etwa darauf berufen mag, daß der Brief schon von altem Datum sei und der Erblasser, den er noch oft gesehen, ihm nie etwas davon gesagt, ihm nicht denselben übergeben habe. Kurz, er kann auch hier unter Umständen mit gutem Grunde sagen: „die (geschriebene) Botschaft (für mich eine *καταγγελία*) hör' (les') ich wohl, allein mir fehlt der Glaube.“ Man kann zugeben, daß eine Mittheilung durch Boten wohl leichter unzuverlässig erscheinen könne, als die durch einen Brief; wer aber als Regel aufstellt, daß jene durchaus nicht zu berücksichtigen sei, muß consequent auch die letzte für ungenügend erklären, um die L. ult. cit. darauf anwendbar zu halten. Und wäre es denn nicht genügende Kundgebung des Willens, wenn der Erblasser einen Boten an den Erben abgesandt hat mit dem Auftrage, diesem vorzulesen, was er auf einem dem Boten mitgegebenen Blatte geschrieben hat?

Maffot a. a. O. S. 44. sieht es übrigens auch als eine direkte Willensmittheilung an, wenn sich nur in den nachgelassenen Papieren des Erblassers ein an den Erben gerichteter Brief findet, der ihm ein Vermächtniß auferlegt. „Wenn der Erbe einen solchen Brief findet“, sagt er, „so hat er in direkter und glaubwürdiger Weise Kenntniß von dem Willen des Erblassers erhalten, über dessen Existenz ihm gewiß der Eid zugeschoben werden kann“. Aber er wird es doch wohl nicht für wesentlich halten, daß gerade der beschwerte Erbe selbst den Brief zuerst findet und liest. Wäre etwa der offene Brief zuerst von dem inventarisiren-

den Notar entdeckt und gelesen, selbst in das Verzeichniß der Papiere aufgenommen und dann erst dem Erben übergeben, sollte alsdann noch diesem der Eid darüber zugeschoben werden? derselbe nicht ohneweiters auf Grundlage des Briefes, den er nicht abschwören kann, auf Erfüllung des ihm darin auferlegten Vermächtnisses belangt werden können? Dann wäre also hier einem formlosen schriftlichen Vermächtniß volle Gültigkeit beigelegt, und wahrhaft absurdes Recht ergäbe sich, wornach man behaupten könnte: wenn sich im Nachlaß eine Schrift in Briefform findet, mit der Ueberschrift: „mein lieber Sohn!“ und des Inhalts: „Unserem treuen Diener X sollst du nach meinem Tode 100 Rthlr. extra zahlen“, das sei ein unantastbares Vermächtniß; liegt aber nur ein vom Erblasser geschriebenes und unterschriebenes Blatt vor mit der Ueberschrift: „mein letzter Wille“ und des Inhalts: „dem X soll mein Sohn nach meinem Tode 100 Rthlr. geben,“ so könnte der Herr Sohn nach L. 8. §. 3. Cod. cit. kurzweg sagen: „das gilt nichts; es fehlt die Unterschrift von fünf Zeugen“. Schon dies beweist, daß jene Meinung Maffot's nicht richtig sein kann. Sie ist auch nach allgemeinen Begriffen nicht zulässig, wenn doch eine Willenserklärung von Seiten des Erblassers an den Beschwerten als erforderlich vorausgesetzt wird. Wer, was er will, zu Papier bringt, aber das Papier in seiner Schublade liegen läßt, von dem kann man nicht sagen, er habe seinen Willen dem Beschwerten kund gegeben; dazu gehört, daß er diesem auch das Papier zustellen läßt zu dem Zweck, daß derselbe von dem Inhalt Kenntniß nehme, so wie man nicht zugeben kann, daß derjenige schon als Mandant oder Acceptant gebunden sei, der einen Auftrag oder die bejahende Antwort auf einen Antrag brieflich aufgesetzt hat, den Brief aber nicht absendet. Eine Mittheilung an den Beschwerten aber von Seiten des Erblassers erfordert

Justinian immerhin; „in dieser Beziehung setzen die Worte ‚quod nihil tale a testatore audivit‘ eine Grenze, welche zu überspringen um so weniger gerechtfertigt ist, als die Formlosigkeit letztwilliger Verfügungen gewiß keine Begünstigung verdient“⁸³). Löhr a. a. O. geht freilich noch weiter als Massot; er begnügt sich schon damit, wenn sich nur eine wenn auch ganz formlose und gar nicht an den Beschwerten gerichtete schriftliche Verfügung vorfindet, kann sich aber dafür weder auf die Autorität der Glosse stützen⁸⁴), noch hat er bei Neueren eine Zustimmung gefunden⁸⁵).

Gegen die die hier vertheidigte Ansicht ist noch mit besonderem Nachdruck geltend gemacht, daß darnach das alte Recht der Codicille wesentlich wiederhergestellt worden wäre, eine so weite Auslegung vertrage sich nicht mit der Natur eines korrektorischen Gesetzes, als welches die L. ult. cit. im Vergleich mit L. 8. §. 3. Cod. cit. anzusehen sei⁸⁶). Allein die Regel, daß korrektorische Gesetze in dem vom bisherigen Recht am wenigsten abweichenden Sinn auszulegen seien, ist selbst nur von sehr problematischer Wahrheit; in jedem Falle ist vor allem die Intention des Ur-

83) So Windscheid a. a. O. vgl. Sintenis und Bangerow a. a. O. Arnolds Band. §. 545. Anm. 2.

84) Vgl. oben S. 352. Anm. 67.

85) Vgl. oben Anm. 72. 82. Rosshirt I. S. 71. fg. erklärt sich zwar sonst ganz einverstanden mit Löhr, verlangt aber doch mindestens, daß „sich nach dem Tode des Anordnenden ein Paar Zeilen über seine Wünsche, welche an den Erben oder einen anderen Dnerirten gerichtet sind, vorfinden;“ er kommt also der Meinung Massot's sehr nahe. Aber er verhehlt sich auch nicht, daß man dagegen eine Einwendung machen könnte, die er auf unbefriedigende Weise zu beseitigen sucht.

86) So namentlich Mühlenbruch §. 730. Anm. 8.

hebers des neuen Gesetzes das Hauptmoment bei der Auslegung desselben. Wenn nun Justinian sogar den Augustus zu übertreffen im Sinn hatte („superare contententes“), wenn er darauf ausging, dem „perfidia tentus heres“ beizukommen, so ist doch kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß seine Absicht nicht auf alle Fälle gerichtet war, wo man von solcher perfidia heredis sprechen konnte, wie es unzweifelhaft der Fall ist, wenn der Erbe durch einen unverdächtigen Brief vom Erblasser in Kenntniß gesetzt ist und nun die darin ihm auferlegte Leistung verweigert, weil der Brief kein formgerechter Codicill sei. Es ist aber auch nach der oben entwickelten Ansicht nicht wahr, daß darnach das alte formlose Codicillarrecht wesentlich wiederhergestellt sei; es ist immer noch die L. 8. §. 3. Cod. cit. nicht abrogirt und das Fideicommiß nicht so aller Förmlichkeit entbunden, wie es sich seit Augustus zur Zeit der classischen Juristen gestaltet hatte. Wohl findet selbst Sintenis, der mit unserer Auslegung der Constitution Justinian's übereinstimmt, daß „kein anderes seiner Gesetze alle übrige auf den gleichen Gegenstand, die Errichtung von Vermächtnissen, bezügliche so unverantwortlich auf den Kopf stellt,“ während Kößhirt die „vernünftige Tendenz“ des Gesetzes anerkennt, wie früher Kästner eigens de aequitate desselben gehandelt hat. Aber etwas so Entsetzliches ist es doch wirklich nicht, daß Justinian sich herausnahm, die erst der späteren Zeit angehörende L. 8. §. 3. Cod. cit., auf die sich genau beziehen jene „alle übrigen“ Gesetze reduciren, nicht — aufzuheben, nicht — auf den Kopf zu stellen, sondern nur durch eine Ausnahme zu beschränken, das Erforderniß der Zuziehung einer fünffachen Zengenschaft nicht als unantastbar unbedingt festzuhalten auch in Fällen, wo sich das Gefühl durch die Berufung des Beschwerten auf einen Formmangel wohl mit Recht beleidigt finden kann.

Wenn neuere Gesetzgebung das sog. Oral-fideicommiss völlig beseitigt hat, so ist dabei nicht zu übersehen, daß sie überhaupt die gesetzliche Errichtungsform von Vermächtnissen erheblich abgeschwächt hat ⁸⁷⁾).

4) Abgesehen von der Form sind die allgemeinen Erfordernisse gültiger Vermächtnisse auch bei dem sog. Oral-fideicommiss vorauszusetzen; so insbesondere auch bezüglich der Frage, wer ein solches hinterlassen könne und zu wessen Gunsten? Was die Frage betrifft, wem ein solches auferlegt werden könne, so erklärt Justinian sowohl in der L. ult. als in den Institutionen ausdrücklich, daß es nicht nur dem Erben, sondern auch einem Legatar oder Fideicommissar auferlegt werden könne. Es ist aber gewiß nicht unberechtigte ausdehnende Auslegung des Gesetzes, wenn man in dieser Beziehung überhaupt alle diejenigen, welche nach §. 1522. (oben S. 178. fg.) gleich dem Erben und Legatar mit Vermächtnissen beschwert werden können, auch hier diesen gleichstellt, in sofern nelmlich auch bei jenen eine direkte Willensmittheilung von Seiten des Erblassers denkbar ist. So z. B. wenn der Erblasser dem Sohne des von ihm eingesetzten Erben als muthmaßlichem künftigen Erben des letzten mündlich ein Vermächtniß auferlegt hat. Insbesondere ist wohl kaum zu bezweifeln, daß auch der auf den Todesfall widerruflich Beschenkte vom Schenker mit einem solchen Vermächtniß wirksam beschwert werden könne ⁸⁸⁾. Für das heutige Recht entsteht hier noch die Frage, ob denn auch einem Vertragserben ein sogenanntes Oral-fideicommiss wirksam auferlegt werden könne? Diese Frage ist unzweifelhaft verneinend zu beantworten, in so fern durch den Erbvertrag der Erblasser in Ansehung seiner Verfügungen auf

87) Unger Erbrecht §. 20. Anm. 11. §. 56. Anm. 2.

88) Vgl. Harpprecht I. o. cap. V. th. 10—18.

den Todesfall beschränkt und gebunden ist, keine dem Inhalt des Erbvertrags widerstreitende letztwillige Verfügung einseitig treffen, also auch nicht im Widerspruch mit jenem den Vertragserben willkürlich mit einem Vermächtniß beschweren kann. Wenn aber der letzte seine Zustimmung dazu gibt, so ist, soweit diese reicht, jene Beschränkung nachgelassen, und da ist denn auch kein Grund vorhanden, die Wirksamkeit eines als sog. *Oralsfideicommiss* angeordneten Vermächtnisses zu beaufstanden, so wenig als das Vermächtniß beaufstandet werden könnte, das unter Zustimmung des Vertragserben mit Beziehung von fünf Zeugen demselben auferlegt worden ist ⁸⁹).

5) Wenn der Vermächtnißnehmer den Anspruch aus einem so formlos angeordneten Vermächtniß erhebt und der angeblich damit Beschwerter die Thatsache, daß ihm der Erblasser durch direkte Willensmittheilung dasselbe wirklich auferlegt habe, eingesteht, so ist damit die volle Wirksamkeit des Vermächtnisses, als ob es in aller Form Rechtens angeordnet wäre, entschieden und festgestellt. Es hilft dem Beschwerter nichts, wenn er einwendet, es sei aber das Vermächtniß nicht in der regelmäßigen Form errichtet ⁹⁰). Es fragt sich jedoch, ob auch ein außergerichtliches Geständniß des Beschwerter dazu genüge? Unbedenklich, scheint

89) In diesem Sinn ist obige Frage in einem Erkenntniß des OAGerichts zu Lübeck (1835) und in einem Erkenntniß des OAGerichts zu Cassel (1863) richtig entschieden. *Seuffert's Arch.* V. 38. XVIII. 96. Die Prozeßschriften und Urtheile nebst Entscheidungsgründen aller drei Instanzen über den ersten Rechtsfall sind vollständig veröffentlicht durch eine Schrift von *Watermeyer* unter dem Titel: *das Oralsfideicommiss und sein Verhältniß zum Erbvertrage.* Bremen 1838, worin denn auch die oben unter Nr. 2. und 3. besprochenen Streitfragen wiederholt erörtert sind.

90) Das sagt ausdrücklich §. 12. J. cit. a. G.

es, ist diese Frage zu bejahen, wenn der Beschwerte gegenüber dem Vermächtnisnehmer selbst das Geständniß abgelegt hat; denn dieses hat den Charakter eines Zugeständnisses, einer Einräumung des Vermächtnisanspruchs, die jener nicht willkürlich zurücknehmen kann, und wenn dann später etwa derselbe das Zugestandene wieder abläugnet oder nach seinem Tode dessen Erben, die nun erst auf Entrichtung des Vermächten belangt werden, das Geständniß ihres Erblassers in Abrede stellen, der Vermächtnisnehmer aber bereit ist, die Wahrheit desselben zu beweisen, so scheint es ungerecht, diesen zu solchem Beweise nicht zuzulassen. Doch findet Harpprecht es bedenklich, dafür den Beweis durch Zeugen zuzulassen⁹¹⁾, während er nicht zweifelt, daß der Beweis durch eine Privaturkunde, natürlich die Aechtheit derselben vorausgesetzt, mit Erfolg versucht werden könne. Die Gründe jenes Bedenkens sind dieselben, aus welchen er vorher mit Anderen entschieden den Zeugenbeweis in dem Falle verwirft, wenn in Abwesenheit des Vermächtnisnehmers der Beschwerte vor Zeugen erklärt hat, daß ihm das Fideicommiß auferlegt sei: es könnte darnach der angeblich Beschwerte auf Grund der Aussage von zwei Beweiszeugen über sein außergerichtliches Geständniß zur Entrichtung des Fideicommisses genöthigt werden; das sei gefährlich und gegen die Intention der L. ult. cit., nach welcher nur von der Gewissenhaftigkeit des Beschwerten der Erfolg des formlosen Vermächtnisses abhängen, Beweis durch weniger als die gesetzliche Zahl von Zeugen nicht statt haben solle. Aber darnach wäre consequent auch nicht Beweis durch ein schriftliches außergericht-

91) Er sagt cap. VIII. th. 5. „Sed profecto nec hoc omnino *εξαρώνιον* videtur,“ bemerkt aber nachher: „Verum nos nihil definitum hic volumus, sed liberum cuique iudicium relinquimus.“

liches Geständniß zuzulassen. Und allerdings wird es gegen den läugnenden Oneratus selbst in der Regel angemessener sein, den Kläger nur auf den Eidesantrag nach L. ult. cit. zu verweisen; gegen dessen Erben aber wohl auch anderweitigen Beweis des von jenem bei Lebzeit abgelegten Geständnisses zu gestatten⁹²⁾.

6) Stellt der Beschwerte das Dralfideicommiß in Abrede, so kann der Gegner ihm den Eid darüber antragen, muß jedoch auf Verlangen zuvor den Gefährdeeid schwören. Verweigert jener den Eid, so ist er als geständig zu behandeln und ohneweiters zur Entrichtung des behaupteten Vermächtnisses zu verurtheilen; es kann ihm auch nicht gestattet werden, durch Zurückziehung des Eides oder durch Gewissensvertretung sich der Eidesleistung und jener Folge der Eidesverweigerung zu entziehen⁹³⁾. Es fragt sich aber, wie das Thema des zu schwörenden Eides zu fassen ist? Als leitender Gesichtspunkt ist dabei festzuhalten, daß ein-

92) So wurde in dem oben Num. 89. erwähnten Rechtsfall gegen die Erben des Onerirten entschieden auf Grund einer notariellen Urkunde, worin der letzte das ihm auferlegte formlose Fideicommiß anerkannt hatte; Seuffert's Arch. V. 38. unter Nr. 4. Dagegen Mejer-Schweppe V. §. 891. S. 287.; dafür Holzschuher a. a. D. II. S. 1014.

93) Darüber war freilich auch viel Streit unter den Praktikern: vgl. Harpprecht l. c. cap. VIII. th. 31—51., der selbst die Gewissensvertretung und nach Umständen die Zurückziehung des Eides nicht mißbilligt. Von Neuereu wird mit Recht beides abgewiesen, als nicht verträglich mit der kategorischen Erklärung des Gesetzes. Buchta Band. §. 523. not. d. Sintenis a. a. D. S. 684. Mejer-Schweppe a. a. D. S. 288. Mayer a. a. D. Ann. 17. a. G. Holzschuher a. a. D. S. 1014. Windscheid §. 629. Num. 1. Massot a. a. D. S. 51. a. G. Baron Band. §. 439. Nr. 3.

faches Ablängnen der vom Erblasser ihm kundgemachten Belastung dem Beklagten nicht helfen soll, daß aber diesem auch nicht zuzumuthen ist, einen Eid zu schwören, der sein Gewissen beschweren würde, obgleich er von der Wahrheit des behaupteten formlosen Vermächtnisses nicht überzeugt ist. Daher scheint es angemessen, nicht eine allgemeine für alle Fälle anwendbare Eidesformel aufzustellen, sondern vielmehr dem Richter zu überlassen, mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falles die Eidesformel abzufassen. Wenn z. B. angegeben ist, der Erblasser habe dem anwesenden Erben mündlich seinen Willen erklärt, so mag diesem nach dem engsten Wortverstande des §. 12. J. cit. aufgegeben werden zu schwören, daß er das nicht gehört habe. Wenn aber der Erblasser durch Zeichen demselben seinen Willen erklärt haben soll, dieser zwar einräumt, daß ihm der Erblasser gewisse Zeichen gemacht habe, aber einwendet, er habe diese nicht verstanden, so wird es passend sein, den Eid gerade darauf zu richten. Wenn ferner der Kläger angibt, es sei dem Erben durch einen ihm zugesandten Brief des Erblassers oder durch einen Boten das Vermächtniß kund gegeben, dieser räumt zwar ein, einen Brief, eine Botschaft erhalten zu haben, wendet aber ein, er sei von der Richtigkeit des Briefes, von der Richtigkeit der Botschaft nicht überzeugt, so kann wiederum der Eid in einer Weise gefaßt werden, daß der Erbe ihn gewissenhaft schwören kann, ohne seiner Ueberzeugung etwas zu vergeben. Es ist nun aber noch

7) eine streitige Frage, ob dem Vermächtnißnehmer, um seinen Anspruch gegen den läugnenden Beschwerten durchzusetzen, nur der Eidesantrag als ausschließliches Mittel zu Gebote stehe, ob ihm nicht auch der Versuch zu gestatten sei, durch andere Beweismittel darzuthun, daß der Erblasser dem Beklagten wirklich durch direkte Willensmit-

theilung das Vermächtniß auferlegt habe. Man hat gesagt, durch L. ult. cit. sei neben der in L. 8. §. 3. Cod. cit. vorgeschriebenen eine neue gültige Vermächtnißform eingeführt, die direkte formlose Vermächtnißauslage für überhaupt gültig erklärt worden, und daß ein solches formloses Vermächtniß angeordnet sei, könne dann nun auch durch andere Beweismittel erwiesen werden; den Eidesantrag habe das Gesetz nicht in dem Sinne genannt, daß andere Beweismittel ausgeschlossen sein sollten. Diese schon früher von mehreren Praktikern angenommene Ansicht⁹⁴⁾ ist insbesondere von L. L. G. Süptiz in einer eigenen Abhandlung gut vertheidigt worden und hat darnach auch noch bei Anderen Zustimmung gefunden⁹⁵⁾. Allein mit vollem Recht finden die Meisten diese Meinung dem Geiste und dem Wortinhalt der L. ult. cit. widerstreitend. Diese geht keineswegs darauf aus, eine neue Errichtungsform der Vermächtnisse einzuführen, deren Beobachtung dann nur irgendwie durch überhaupt zulässige Beweismittel zu erweisen wäre, um das Vermächtnißrecht geltend zu machen. Das Gesetz will nur demjenigen, welchem vom Erblasser selbst die Auflage zur Kenntniß gebracht ist, nicht gestatten, daß er sich derselben durch Be-

94) Vgl. z. B. J. B. Wernher obs. forens. pars III. obs. II. Pufendorf animadv. iur. Nr. 85. Kaestner l. c. §. 33. 34. 37. Rappf merkw. Civilrechtsprüche I. S. 92. Höpfner a. a. O. §. 605. Num. 2. Westphal I. §. 301. S. 239. Der letzte nennt es wunderbar, wenn einige nur den Beweis durch Eidesdelation gelten lassen wollen, und meint auch, ein Beweis durch zwei Zeugen müsse ohne Zweifel so viel Kraft haben, als das Geständniß oder die Eidesdelation.

95) Süptiz über den Beweis eines dem Fiduciar vom Testator mündlich auferlegten Fideicommisses. Helmstädt 1804. Mit ihm stimmt v. Bülow Abh. (Braunschweig 1817. 1818.) II. 10., auch Weber zu Höpfner 8. Aufl. S. 488.

rufung auf den Formmangel entziehe; ob aber jenes geschehen sei, darüber zu entscheiden, stellt es lediglich der Gewissenhaftigkeit des angeblich Beschwerten anheim, der nur seine Bestreitung auf Verlangen durch Eid bekräftigen soll, dessen Verweigerung dem Eingeständniß gleichgilt. Süptiz hat zur Unterstützung seiner Meinung sich auf die Worte berufen; „cuius religio et fides a fideicommissario electa est,“ indem er darin eine Andeutung findet, daß der Fideicommissar möglicher Weise auch durch andere Beweismittel, namentlich durch zwei oder mehrere Zeugen, seine Behauptung darthun könne. Aber jene Worte deuten offenbar nur darauf hin, daß es dem Fideicommissar auch freistehe, nicht der Gewissenhaftigkeit des Beschwerten vertrauend, den Beweis gesetzlich gültiger Hinterlassung des Vermächtnisses zu versuchen; wenn er aber dieses wählt, so liegt ihm auch ob, die formgerechte Anordnung des Vermächtnisses nach L. 8. §. 3. Cod. de codicillis zu erweisen; das spricht L. ult. cit. deutlich aus in den Worten: „Quum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium (nach §. 12. J. quinque testium, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur) et nimia subtilitas requirenda est.“ Sonst also bleibt ihm nur allein der Eidesantrag an den läugnenden Beschwerten übrig ⁹⁶).

96) So auch mit den Meisten Harpprecht cap. IV. th. 21—24. Dieser berührt dabei die Streiffrage, ob, wenn außer dem Honorirten noch vier Zeugen zu dem Codicill zugezogen sind, das Vermächtniß als formell gültiges anzusehen, oder der Honorirte auch in diesem Fall nur auf das Remedium ex lege ult. cit. angewiesen sei? darüber vgl. Fein in diesem Comment. Bd. 44. S. 455. fg. — Gegen Süptiz erklären sich mit geringer Ausnahme (Ann. 94) alle späteren Pandektisten, namentlich Mayer

8) Es kann der Fall sein, daß von Mehreren, welchen das Vermächtniß zur Last fallen sollte, nur dem einen oder anderen der Erblasser persönlich den Vermächtnißwillen erklärt hat, z. B. es sind Mehrere zu Erben eingesetzt oder die nächsten gesetzlichen Erben, und nur einem derselben erklärt der Erblasser mündlich, daß er ein bestimmtes Vermächtniß dem X hinterlasse. Es kann dies in dem Sinn geschehen, daß eben nur dieser eine mit dem Vermächtniß belastet sein solle; aber es kann dabei auch die Meinung sein, daß dasselbe nur überhaupt aus der Erbschaft entrichtet werden solle, also wenn es in rechter Form angeordnet wäre, allen Erben nach Verhältnis ihrer Erbtheile zur Last fallen würde. Alsdann kann es als formloses Vermächtniß doch immer nur gegen jenen allein, welcher vom Erblasser selbst davon in Kenntniß gesetzt ist, geltend gemacht, nur jenem allein mit Erfolg der Eid darüber angetragen werden; für die übrigen entbehrt das Vermächtniß aller bindenden Kraft, wenn es nicht in der gesetzlichen Form angeordnet ist. Aber es wäre doch unbillig und dem Willen des Erblassers nicht entsprechend, wenn nun jener allein das ganze Vermächtniß zu tragen verurtheilt werden sollte, falls er jenen Vorgang eingesteht oder die Bestreitung desselben durch seinen Eid zu bekräftigen sich weigert. Billiger Weise kann ihm die Entrichtung des Vermächtnisses nur zu dem Theil zugemuthet werden, der ihn, wenn dasselbe für alle Erben verbindlich angeordnet wäre, treffen würde, eben so als wenn jedem der mehreren Erben gesondert der ihrem Erbtheil entsprechende Theil des Vermächtnisses in formell ungültigen Codicillen, nur dem einen allein durch unmittelbare Wil-

a. a. D. Anm. 17. Bangerow a. a. D. S. 455. ff. Windscheid Anm. 1. Vgl. auch Seuffert's Arch. XIII. 47. XVIII. 96.

lensmittheilung des Erblassers auferlegt worden wäre. Behauptet aber der Kläger, daß alle Erben vom Erblasser in Kenntniß gesetzt sind, so muß er, um das ganze Vermächtniß zu erlangen, nöthigenfalls auch allen den Eid darüber austragen und hängt es dann von dem Verhalten jedes einzelnen ab, ob und gegen welche Erben die Vermächtnißforderung Bestand habe⁹⁷⁾).

9) Es ist möglich, daß unter den Parteien nur darüber Streit ist, was Gegenstand des Vermächtnisses sei, nicht darüber, ob ein Vermächtniß angeordnet sei? z. B. der Erbe gesteht, daß ihm ein Vermächtniß auferlegt sei, behauptet aber, dasselbe betrage nicht so viel als der Kläger in Anspruch nehme, nur einen Theil der Sache, welche

97) Vgl. Harpprecht l. c. cap. V. th. 19—30. Kästner l. c. §. 31. 32. Stryk usus mod. pand. XXXV. 1. §. 8. Leyser meditat. ad pand. spec. 401. Nr. II. Berger oecon. iur. II. 4. th. 33. und so auch Hellfeld §. 1523. Bülow a. a. D. S. 92. Mejer a. a. D. S. 288. d. Holzschuber a. a. D. S. 1013. Massot a. a. D. S. 48. fg. Seuffert's Arch. XVII. 267. — Anderer Meinung war Schilter prax. iur. rom. exercitatio XII. app. II., gegen welchen insbesondere Gebr. Overbeck Meditat. III. 146. Diese machen nur eine Ausnahme im Fall der Untheilbarkeit des Vermächtnisses, arg. L. 11. §. 23. 24. D. de legat. III., in Uebereinstimmung mit Brunnemann ad L. ult. Cod. cit. nro. 9. Und dies ist richtig in so weit, daß dann der allein verpflichtete Erbe auf das Ganze belangt werden kann; aber dieser hat dann gegen die übrigen keinen Anspruch auf Ersatz pro parte (Arndts Pand. §. 216. Anm. 2.), und wenn eine Servitut an einem erbchaftlichen Grundstück vermacht ist, so kann dem Vermächtnißnehmer nicht die Servitut als ipso iure erworben zuerkannt werden, so wenig als wenn nur einer der Miteigenthümer ihm die Servitut bestellt hätte (Arndts Pand. §. 188. a. E.).

dieser als Gegenstand des Vermächtnisses bezeichnet, oder eine geringere Summe, als welche derselbe fordert. Dieser Fall ist in Justinian's Verordnung vorgesehen; sie erklärt ausdrücklich, daß der Erbe zur Entrichtung des Vermächtnisses angehalten werden solle, wenn er sich weigere, den bestimmten Theil der Sache oder die Summe anzugeben⁹⁸⁾. In solchem Fall dem Erben den Eid anzutragen, ob nicht ein Vermächtniß von z. B. 2000 Rthlr. auferlegt sei, wäre bedenklich für den Vermächtnißnehmer; denn diesen Eid könnte der Erbe mit gutem Gewissen schwören, wenn er überzeugt ist, daß das Vermächtniß z. B. nur auf 1000 Rthlr. ging. Wenn jedoch der Erbe ein Vermächtniß zu 1000 Rthlr. eingesteht, der Vermächtnißnehmer aber gleichwohl 2000 verlangt, so erledigt sich die Sache einfach dadurch, daß jenem der Eid angetragen wird, ob ihm wirklich nur 1000 zu zahlen auferlegt sei? Schwört er diesen Eid, so ist das Vermächtniß zu diesem eingestandenem Betrag festgestellt; lehnt er den Eid ab, so wird er zu dem vom Kläger behaupteten höheren Betrag zu verurtheilen sein. Eben so wenn der Erbe etwa, durch jenen Eidesantrag bewogen, sein Eingeständniß auf 1500 Rthlr. erhöht, der Vermächtnißnehmer auch damit sich nicht begnügt und abermals den Eid auf einen höheren Betrag stellt. Wie aber, wenn dieser gar nicht eine be-

98) In den Worten: „si recusandum existimaverit sacramentum aut certam partem vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expetat, omnimodo executioni fideicommissi subiacere“. — Die certa pars kann sowohl von einem aliquoten Theil der Erbschaft als Gegenstand des Universal-fideicommisses, wie von einem Theil einer einzelnen nicht vertretbaren Sache verstanden werden.

stimimte Summe als ihm vermachte fordert, während doch, daß ihm ein Vermächtniß hinterlassen sei, vom Erben eingestanden ist, dieser aber nun sich weigert, den Betrag desselben anzugeben? Sintonis a. a. O. behauptet, der angeblich Honorirte müsse jedenfalls zugleich, wenn er das Vermächtniß einlagen wolle, den objektiven Inhalt desselben bestimmt behaupten; ohnedies sei nicht zu einer Entscheidung, weder durch Eidesantrag noch durch Beweis, zu gelangen. Er stützt sich dabei auf die Worte der L. ult. „*si forsitan . . . maiorem f. expedit*“ (Ann. 98.); aber er hat dabei das Wörtchen *forsitan* wohl nicht nach Gebühr beachtet; dies deutet wohl nicht auf ein als wesentlich angesehenes Moment, und *maior quantitas* ist nicht nothwendig ein bestimmter höherer Betrag. Es kann sehr wohl der Fall sein, daß Jemand überzeugt ist, der Erblasser habe zu seinen Gunsten dem Erben mündlich ein Vermächtniß auferlegt, etwa weil jener selbst es ihm mitgetheilt hatte, daß er aber den Gegenstand oder die Summe nicht sicher angeben kann, wovon jedoch der Erbe selbst die sicherste Kenntniß habe. Verweigert nun der Erbe, obwohl er die Auflage eingestanden, über Gegenstand und Inhalt des formlosen Vermächtnisses Auskunft zu geben, so ist das doch wahrlich eine perfidia des Erben, welcher ohne weitere Folge Statt zu geben, doch wahrlich gegen den Geist des Justinianischen Gesetzes verstossen würde. Diesem ist es vielmehr ganz gemäß, daß dem Erben jene Weigerung nicht helfen darf, sich der Fideicommissverbindlichkeit zu entziehen. Es fragt sich nur, wie ist das auszuführen, wenn der Erbe bei seiner Weigerung beharrt? da von einer *exactio fideicommissi* doch nicht Rede sein kann, wenn man den Gegenstand des Fideicommisses nicht kennt? Sintonis a. a. O. setzt den Fall, daß der Erbe etwa sich so erklärte: „allerdings habe ihm der Testator gesagt, er wolle, daß dem N. ein Legat ver-

abfolgt werden solle, ohne sich indessen über dessen Gegenstand im Geringsten auszusprechen“, und mit Recht sagt er, daß hier von einer Auflage eines Fideicommisses gar nicht die Rede sein könne. In der That ist hier ein Fideicommiß noch gar nicht eingestanden, als welches ohne bestimmten Inhalt gar nicht existirt. Nun könnte der Erbe wohl aufgefordert werden, die Wahrheit jener Aussage eidlich zu bekräftigen, und wenn er diesen Eid schwört, so ist dadurch die Nichtexistenz des Vermächtnisses entschieden; wenn er aber den Eid verweigert, so mag er dann zwar als geständig der Unwahrheit seiner Aussage angesehen werden, also als wissend, was der Erblasser vermacht haben wollte; aber damit käme man nicht weiter, wenn derselbe sich nicht herbeiläßt, zu gestehen, was dies sei; man stände auf demselben Punkte, als wenn der Erbe, was freilich nicht leicht vorkommen wird, von vornherein erklärt hätte: „Ja, es ist mir ein Vermächtniß auferlegt, aber ich sage nicht, worin es besteht“. Buchta gestattet nun überhaupt, wenn die Existenz des Vermächtnisses entschieden ist, bezüglich des Betrags den Beweis durch die gewöhnlichen Beweismittel, und überläßt, wenn kein solches vorhanden ist, in subsidium die Entscheidung dem richterlichen Arbitrium⁹⁹⁾. Dagegen aber hält Sintenis es

99) In den Vorlesungen zu §. 523. beantwortet Buchta zuerst die Frage, ob dem Eidesantrag ein anderer Beweis substituirt werden könne (vgl. oben S. 369. Nr. 7.)? entschieden verneinend: „Keineswegs“, setzt aber dann hinzu: „Dies aber betrifft nur die Frage: ob? (die Existenz des Vermächtnisses). Wohl aber kann die Frage: wie viel? (der Betrag) durch die gewöhnlichen Beweismittel entschieden werden. Wenn nun kein anderes Beweismittel vorhanden ist, und der Erbe nicht schwört, so bleibt nichts übrig als das wie viel der arbiträren Bestimmung des Richters anheim zu geben“.

processualisch für unmöglich, daß es dazu komme, den Beweis über den Betrag getrennt von dem über die Existenz zu führen, und dieser sei ausschließlich durch den Eid zu erbringen, eine Rücksichtnahme auf andere Beweismittel sei daher „ganz müßig und falsch gedacht.“ Und allerdings: wer bezüglich der oben unter Nr. 7. besprochenen Streitfrage mit uns und so auch mit Sintenis übereinstimmt, der kann consequent auch bei der Frage was? oder wie viel? nicht davon abstrahiren, daß nach Justinian's Verordnung die Wirksamkeit des formlosen Vermächtnisses nur in des Beschwerten Gewissenhaftigkeit gestellt sein soll. Wenn z. B. der Vermächtnißnehmer 2000 fordert, der Erbe 1000 eingesteht und zu beschwören bereit ist, daß das Vermächtniß so viel und nicht mehr betrage, so wäre es inconsequent und auch Puchta würde das vielleicht nicht zugelassen haben, dem Kläger den Beweis durch Zeugen zu gestatten, daß der Erblasser dem Erben 2000 an ihn zu entrichten auferlegt habe. Aber andererseits wäre es doch auch unerträglich, jener Reuiz des Erben, der eine auf Verlangen eidlich zu bekräftigende Angabe des Betrages einfach verweigert, nachgeben zu müssen. Die eventuell zugelassene arbiträre Bestimmung des Richters hat wohl auch Puchta nicht als eigentliche Entscheidung, daß das Vermächtniß so viel betrage, sich gedacht, sondern nur, weil nichts anderes übrig bleibe, als eine Aushülfe, um der Widerspenstigkeit des Erben ein Paroli zu bieten, und durch die Aussicht auf diese Möglichkeit gegen den Erben einen indirekten Zwang auszuüben, daß er sich herbeilasse, selbst den Betrag anzugeben und auf Verlangen dessen Richtigkeit zu beschwören. Das richtige Verfahren scheint mir aber folgendes zu sein: Behauptet der Kläger von vornherein ein Vermächtniß von bestimmtem Gegenstand oder Betrag, besorgt aber, daß der Erbe ein Vermächtniß dieses Gegenstandes oder Betrages eidlich ab-

läugnen könne, so ist dieser auf Verlangen zu dem Eide aufzufordern, daß ihm dieses Vermächtniß nicht oder was und wie viel als Vermächtniß auferlegt sei; verweigert der Erbe diesen Eid, so ist er zu dem vom Kläger angegebenen zu verurtheilen. Erklärt aber der Kläger anfangs, er sei zwar überzeugt und insofern bereit, den Gefährdeid zu schwören, daß ihm der Erblasser ein Vermächtniß hinterlassen habe, aber nicht im Stande, den Gegenstand oder Betrag bestimmt anzugeben, z. B. weil ihm der Erblasser selbst von dem Vermächtniß gesprochen habe, aber ohne den Gegenstand anzugeben, den er seiner Zeit schon von dem gewissenhaften Erben erfahren werde, und weigert sich dann der Erbe in oben angedeuteter Weise, darüber Auskunft zu geben, so mag nun dem Kläger gestattet werden, einen muthmaßlichen Betrag des Vermächtnisses anzugeben und darüber dem Erben in der bezeichneten Weise und mit der angegebenen Wirkung den Eid zu deferiren. Auf diese Weise wird vermieden, was m. E. dem Geist der L. ult. zuwider ist, daß dem Erben auf Grund von Zeugen-Aussagen ein formloses Vermächtniß aufgeladen werde, und doch die Absicht des Gesetzes so weit möglich erreicht, daß der Erbe, auf dessen Gewissenhaftigkeit der Erblasser vertraute, sich nicht durch einfaches Läugnen soll entlasten können. Eine arbiträre richterliche Bestimmung kann als entscheidend nur zugelassen werden, wo der Erblasser das Vermächtniß auf Arbitrium gestellt hat; wenn aber Puchta etwa gemeint hat, daß ein arbiträr bestimmter Betrag, natürlich nach Vernehmung des Klägers, vorerst nur in die Fassung des Eides aufgenommen werde, dessen Beschwörung nun noch dem Erben anzutragen sei, so wäre dagegen nichts zu erinnern. Daß dieses Verfahren processualisch nicht zulässig sei, sehe ich nicht ein, bin vielmehr überzeugt, daß schon nach classischem Rechte eine *persecutio fideicommissi extraordinaria cognitione*, wobei Alles mit

Rücksicht auf bona fides behandelt wurde, ein ähnliches Verfahren vorkommen konnte, wenn z. B. Jemand den praetor fideicommissarius anging, mit dem Vorbringen, ein verstorbener Bürger habe ihm bei Lebzeit mitgetheilt, daß er ihm zur Belohnung für geleistete Dienste ein ansehnliches Fideicommiß hinterlasse, wie er seinem Erben mündlich ohne Gegenwart von Zeugen aufgetragen habe, und mit der Bitte, ihm gegen den Erben, der nichts davon wissen wolle, zur Erlangung des Vermächtnisses, dessen Betrag er freilich nicht angeben könne, richterlichen Beistand zu gewähren.

Uebrigens ist in Ansehung aller Beschränkungen, welche der Beschwerte seinem Geständniß beifügt, derselbe Standpunkt einzunehmen, wie in dem Falle, wenn dasselbe bezüglich des Gegenstandes des Vermächtnisses von dem Anspruch des Vermächtnißnehmers abweicht. Dieser muß, in sofern er nun nur auf das Geständniß bauen will, dasselbe ganz so und ungetheilt, wie es abgelegt ist, sich gefallen lassen, oder, wenn er es für unwahr hält, nur den Erben zu eidlicher Bekräftigung der Wahrheit seiner Aussage auffordern; er kann nicht, das Geständniß, soweit es ihm günstig ist, annehmend, durch andere Beweismittel als den Eidesantrag darzuthun versuchen, daß das Vermächtniß nicht so wie der Beschwerte angegeben beschränkt gewesen sei. So z. B. wenn der Erbe gesteht, daß ihm der Erblasser das in Anspruch genommene Vermächtniß wirklich durch direkte Willensmittheilung auferlegt habe, aber nur unter einer Bedingung oder mit einer Zeitbestimmung oder auch einer Auflage, so ist der Vermächtnißnehmer nicht zu dem Beweise zuzulassen, daß das letzte unwahr sei; es hilft ihm nichts, wenn auch zwei oder drei Zeugen, die bei der mündlichen Anordnung des Vermächtnisses zugegen waren, übereinstimmend aussagen, von solcher Beschränkung sei keine Rede gewesen. Er kann nur

dem Erben den Eid antragen, daß das ihm auferlegte Vermächtniß an die angebliche Bedingung geknüpft, durch eine Zeitbestimmung beschränkt sei; wenn dann der Erbe diesen Eid ablehnt, so ist er als geständig der Unwahrheit seiner Behauptung anzusehen, das Vermächtniß als ohne jene Beschränkungen zugestandenes zu behandeln; schwört aber der Erbe den ihm angetragenen Eid, so ist damit die Sache im umgekehrten Sinn entschieden¹⁰⁰).

Endlich bleibt uns noch ein Punkt zu besprechen übrig, betreffend nehmlich

10) die Geltendmachung eines sog. *Draufsideicommisses* gegen die Erben des angeblich damit Beschwerten, in Ansehung dessen es auch wieder nicht fehlt an streitigen Fragen¹⁾. Hat der Beschwerte selbst bereits das Vermächtniß gerichtlich eingestanden oder den ihm angetragenen Eid verweigert, so ist kein Zweifel, daß dessen Erben noch mit Erfolg auf Entrichtung des Vermächtnisses belangt werden können. Dasselbe ist zu behaupten, wenn der Beschwerte außergerichtlich eingestanden hat, insofern man überhaupt dem außergerichtlichen Geständniß der Vermächtnißauflage Kraft beilegt²⁾. Ist aber der Beschwerte gestorben, ohne das Vermächtniß eingestanden und ohne den Eid

100) Uebereinstimmend hiermit spricht sich Harpprecht a. a. D. aus, cap. VIII. th. 6—9. cf. th. 10.

1) Harpprecht l. c. cap. V. th. 31—34.

2) Vgl. oben unter Nr. 5. S. 367. Harpprecht a. a. D. th. 32. gibt dies hier ohneweiters zu „*confessione cum suis requisitis probata*“, ohne seiner Bedenken gegen den Beweis des außergerichtlichen Geständnisses durch Zeugen wieder zu erwähnen, aber auch ohne sie zurückzunehmen. Mejer, der gegen den Beschwerten selbst ungeachtet eines außergerichtlichen Geständnisses den Vermächtnißnehmer nur auf den Eidesantrag verweist, läßt auch gegen die Erben den Beweis nicht zu.

darüber abgelehnt zu haben, so kann nun gegen dessen Erben jedenfalls nicht anders als gegen jenen selbst vorgegangen werden; ein Beweis durch andere Beweismittel als durch Eidesantrag ist nach der unter Nr. 7. (oben S. 371) vertheidigten herrschenden Ansicht auch gegen die die Anerkennung des Vermächtnisses weigernden Erben nicht zulässig. Aber man hat auch die Zulässigkeit des Eidesantrags gegenüber den Erben beanstandet, aus dem Grunde, weil nicht ihnen der Erblasser das Vermächtniß kund gegeben, nicht ihrer Gewissenhaftigkeit die Wirksamkeit des Vermächtnisses anheimgegeben habe, und sie nicht aus eigener Kenntniß *de veritate* schwören könnten, ob ihrem Erblasser wirklich das behauptete Oral-fideicommiss aufgelegt sei oder nicht. Allein es ist ja möglich, daß die Erben von der ihrem Erblasser gemachten Auflage die sicherste Kenntniß haben, indem sie bei der mündlichen Willenserklärung des Vermächtnißgebers selbst zugegen waren, und in diesem Falle wird denn auch die Zulässigkeit des Eidesantrags von Harpprecht a. a. O. th. 33. zugegeben. Dasselbe muß dann consequent auch angenommen werden, wenn der Erbe selbst die Schrift gelesen oder die Botschaft vernommen hat, wodurch seinem Erblasser die Vermächtnißaufgabe kund gemacht worden ist, insofern man der Meinung beistimmt, daß auch auf solche Weise ein sog. Oral-fideicommiss wirksam hinterlassen werden könne, was freilich Harpprecht nur zugibt für den Fall, wenn die Schrift dem gegenwärtigen Oneratus übergeben wird. In diesen Fällen ist es doch immer nur das Wissen des Erben des Beschwerden, in Rücksicht auf welches auch gegen ihn der Eidesantrag als zulässig angesehen werden kann; dann aber ist nicht einzusehen, warum nicht auch dessen auf irgend andere Weise erlangte überzeugende Kunde, insbesondere durch eigene Mittheilung seines Erblassers, der ihm wohl gar die Entrichtung des Fideicommisses noch beson-

ders empfohlen hatte, in Betracht kommen sollte. Natürlich wird der belangte Erbe, der dem Vermächtnisanspruch Widerspruch entgegensezt, auch sein Wissen davon nicht verrathen, aber dazu soll ja eben der Eidesantrag dienen, ihn moralisch zum Geständniß des ihm als wahr Bekannten anzuhalten. Demnach ist es wohlbegründet, einfach die Regel aufzustellen, wie sie sich bei Mejer a. a. O. findet: Der Vermächtnißberechtigte hat auch gegen die Erben des Dnerirten die Eidesdelation³⁾. Die Fassung des Eides, den die Erben schwören sollen, läßt sich nur mit Rücksicht auf die Erklärungen der Parteien im einzelnen Fall bestimmen, und muß jedenfalls so beschaffen sein, daß die Erben ihn ohne Gewissensverletzung schwören können, wenn sie nicht von wirksamer Belastung ihres Erblassers mit dem vom Kläger behaupteten Vermächtnisse überzeugt sind. Dasselbe ist auch dann zu beobachten, wenn der angeblich Beschwerte gestorben ist, nachdem der Eid ihm bereits defertirt war, ehe er denselben abgelegt hat.

§. 1523. b.

Errichtung der Vermächtnisse. Willensäußerung des Vermächtnißgebers.

Wesentlich erforderlich zur Errichtung eines Vermächtnisses ist eine Aeußerung des auf Anordnung desselben gerichteten Willens des Erblassers, welche zu erkennen gibt, was dieser vermacht haben will? wem? und zu wessen

3) Mejer a. a. O. sagt: „Die Vermächtnißberechtigten haben (daher) gegen seine (des Dnerirten) Erben ebenfalls bloß eine Eidesdelation“. Dies steht in Verbindung mit des Vf. vorher erklärter Ansicht, daß ein anderer Beweis eines früher abgelegten Geständnisses des Beschwerten nicht genüge (vgl. oben S. 380. Anm. 2.).

Last? Eine durchaus unverständliche Verfügung ist eben keine Willensäußerung, nur etwa ein erfolgloser Versuch derselben, der keine rechtliche Wirkung hat ⁴). Aber

1) eine Unvollkommenheit des Satzes, welcher den Vermächtnißwillen ausdrücken soll, namentlich die Auslassung eines erheblichen Wortes schließt die Wirksamkeit einer Verfügung nicht aus, wenn nur desungeachtet der Wille klar erkennbar ist. So sagt nach L. 106. D. de legat. I. schon Alfenuß Varus: *Si in testamento scriptum esset: heres meus aureos centum Licinio damnas esto, neque adscripsisset dare, deberi legatum constat*; und nach L. 67. §. 9. D. de legat. II. Papinian: *Si ommissa fideicommissi verba sint et cetera, quae leguntur, cum his quae scribi debuerunt, congruant, recte datum et minus scriptum exemplo institutionis legatorumque intelligetur; quam sententiam optimus quoque imperator noster Severus noster secutus est* ⁵).

2) Nicht erforderlich ist, daß die Vermächtnißverfügung an sich sofort vollkommen klar und deutlich sei; auch eine

4) L. 73. §. 3. D. de R. J. L. 17. *Quae in testamento ita scripta sunt, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent. cf. L. 2. D. de his quae pro non script. hab. XXXIV. 8.* Was hier von unleserlichen oder sinnlosen schriftlichen Verfügungen gesagt ist, gilt ebenso von mündlichen oder durch Zeichensprache versuchten Erklärungen, die von denjenigen, welche sie vernehmen sollten, nicht verstanden werden.

5) Das Rescript des Septimius Severus, worauf sich Papinian hier bezieht, findet sich nicht vor; aber Gordian rescribirt in demselben Sinne: *Verbum volo licet desit, tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adiecto habendum est. L. 10. Cod. de fideicomm. VI. 42.*

Dunkelheit oder Mehrdeutigkeit im Ausdruck derselben schließt nicht deren Wirksamkeit aus, sofern sie nur durch eine verständige Auslegung zu überwinden ist ⁶⁾, und ist in dieser Beziehung wie überhaupt bezüglich letztwilliger Verfügungen dem Richter eine freiere Bewegung gestattet, insbesondere in der Richtung, daß wo möglich die Vermächtnißverfügung als wirksam aufrecht erhalten und dem Willen des Erblassers entsprochen werde ⁷⁾. Dabei können auch erweisliche äußere Umstände in Betracht kommen, die einen Anhaltspunkt geben, um die Willensmeinung des Vermächtnißgebers zu erkennen, z. B. dessen Sprachgebrauch oder andere Gewohnheit, persönliche Beziehungen u. dgl. Insbesondere sind auch spätere Erläuterungen und selbst Ergänzungen der an sich unklaren oder mangelhaften Verfügung von Seiten des Erblassers selbst als authentische Erklärung in Betracht zu ziehen, wofür es einer Förmlichkeit nicht bedarf ⁸⁾. Ist aber eine Mehrdeutigkeit des

6) Es bezieht sich darauf ein besonderer Pandektentitel: de rebus dubiis. XXXIV. 5. vgl. Hellfeld §. 1559. Hierher gehört auch der an den Titel de legatis VI. 37. sich anschließende Tit. Cod. de verborum et rerum significatione. VI. 38.

7) L. 12. D. de R. J. L. 17. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. L. 24. D. de reb. dub. XXXIV. 5. Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est, oder nach Th. Mommsen's treffendem Vorschlag: benigne interpretandum et id quod . . . credendum est. Vgl. auch L. 12. §. 2. in f. D. de usu. VII. 8. L. 95. D. de legat. III. und den Comment. Bd. 46. S. 217. fg.

8) L. 21. §. 1. 2. qui test. fac. XXVIII. 1. Vgl. den Comment. Bd. 43. S. 142. fg. und Mayer a. a. O.

Ausdrucks nicht durch Auslegung zu beseitigen, so ist zu unterscheiden, ob dieselbe den Gegenstand des Vermächtnisses oder die Person des Vermächtnißnehmers oder Vermächtnißträgers betrifft. Im ersten Fall ist das Vermächtniß nicht unwirksam; der Bedachte kann jedenfalls eine von den Sachen, auf welche die mehrdeutige Bezeichnung des Vermächtnißgegenstandes paßt, als ihm vermachte verlangen; nur hat hier der Beschwerte zu wählen welche? ⁹⁾ Im zweiten Fall, wenn nicht zu ermitteln ist, welche von mehreren Personen der Erblasser mit dem Vermächtniß hat bedenken wollen, kann keine derjenigen, welche gemeint sein könnten, dasselbe wider Willen des Beschwerten geltend machen ¹⁰⁾. Eben so wird das Vermächtniß auch im dritten Fall erfolglos sein, wenn nemlich nicht zu erkennen ist, wer mit dem Vermächtniß belastet sein soll; wie im zweiten Fall die Vermächtnißverfügung nichtig ist, weil keiner sich als vermächtnißberechtigt auszuweisen vermag, so im dritten Fall, weil gegen keine von denjenigen Personen, auf welche die Belastung nach dem mehrdeutigen Ausdruck bezogen werden könnte, als wirklich belastet, also vermächtnißpflichtig, der Anspruch mit Erfolg geltend gemacht werden kann ¹¹⁾. In dieser Beziehung wird jedoch eine andere Entscheidung vertheidigt von Mayer a. a. O. §. 30.

Ann. 16., der eine sehr genaue Erklärung jener Stelle gibt (S. 179—181).

9) L. 32. §. 1. L. 37. §. 1. L. 39. §. 6. D. de legat. I.

10) Darüber s. den Comment. Bd. 46. S. 447. ff.

11) So wie in L. 3. §. 7. D. de adim. legat. XXXIV. 4. gesagt wird: „Si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum“, muß man consequent auch annehmen: „Si non appareat, a quo legatum oder cuius fidei commissum sit, dicemus a neutro legatum oder neutrius fidei commissum esse“.

Ann. 14. Er kann sich nicht entschließen, das Vermächtniß darum für unwirksam zu erklären, weil sich nicht ermitteln lasse, gegen wen es geltend zu machen sei; denn da das Vermächtniß feststehe und nur die Person des Beschwerten zweifelhaft sei, so könne man doch den Bedachten nicht seines Anspruchs verlustig erklären. Aber ein Vermächtniß steht eben nicht fest, wenn man nicht sagen kann, wer es zu entrichten habe, und eines Anspruchs gegen Herrn Niemand kann man nicht verlustig werden. Man könnte auch mit gleichem Fug sagen: wenn das Vermächtniß feststehe und nur die Person des Bedachten zweifelhaft sei, so könne doch nicht angenommen werden, daß keiner vermächtnißberechtigt sei. Mayer verwirft dann mit Recht einen anderen Ausweg, den etwa Jemand einschlagen möchte, daß nemlich der Bedachte nach seiner Wahl von allen denen, welche möglicher Weise bedacht sein könnten, jeden einzelnen belangen dürfe. „Das hieße mit anderen Worten, jeder einzelne von den möglich Belasteten sei in *solidum* belastet“. — „Auch dieß“, sagt er, „wäre Willkür“, und, das wird jeder zugeben, wenngleich er das Auch nicht am rechten Plage findet, vielmehr versucht sein möchte, den ganzen Satz auf „die einfachste Annahme“ zu übertragen, die der Verfasser als solche billigt. „Läßt sich nicht ermitteln“, so fährt der Verf. fort, „wen der Erblasser belasten wollte, so muß man diesen Theil seiner Erklärung als nicht vorhanden betrachten. Das Vermächtniß bleibt aufrecht und wegen der Belastung treten die Grundsätze ein, die überall gelten, wo der Erblasser deshalb nichts bestimmt hat“. Die Regel für diesen Fall ist bekanntlich, daß das Vermächtniß auf der ganzen Erbschaft lastet, daher alle Erben nach Verhältnis ihrer Erbtheile es zu tragen haben ¹²⁾. Davon ist aber doch vorerst schlechterdings

12) Vgl. den Comment. in diesem Th. oben S. 220. fg. 228.

keine Anwendung zu machen, wenn so viel klar ist, daß der Erblasser das Vermächtniß nicht den Erben, sondern einem Vermächtnißnehmer auflegen wollte, aber die Bezeichnung des Belasteten zweifelhaft läßt, ob er den einen oder anderen von mehreren Vermächtnißnehmern damit belasten wollte; z. B. der Testator hat seinen Freunden Adolph und Adam Schmidt jedem 1000 vermacht; in einem späteren Codicill verfügt er: „Mein Freund Ad. Schmidt, dem ich 1000 vermacht habe, soll davon 200 dem A geben“; es ist durchaus nicht zu ermitteln, ob er dabei den Adolph oder den Adam Schmidt im Sinn hatte. Es wird keinem einfallen, hier so zu entscheiden, als wenn dem A schlecht-hin 200 vermacht wären, und so das Legat den Erben aufzubürden. Auch Mayer will das nicht; es versteht sich ihm von selbst, daß man nicht hinausgehen dürfe über den Kreis von Personen, auf welche die zweifelhafte Belastung bezogen werden kann, und zu denen derjenige, den der Erblasser wirklich belasten wollte, jedenfalls gehört. Nach welcher Regel soll nun im obigen Fall der Belastete ausgefunden werden? Setzen wir aber auch den Fall, daß gewiß einem Erben, aber ungewiß welchem? das Vermächtniß auferlegt ist: Kann die nur einem Erben zugedachte bezüglich der Person undeutliche Belastung auf alle einzelnen Erben bezogen werden, so möchte es wohl als eine leidliche Aushülfe erscheinen, daß man alle nach Maßgabe ihrer Erbtheile haftbar erklärt; aber man muß dann doch gestehen, daß dadurch nicht der Wille des Erblassers erfüllt wird, als welcher entschieden nur einen der Erben mit diesem Vermächtniß beschweren wollte, und man könnte so unter Umständen noch ärger gegen die wahre Willensmeinung des Erblassers verstoßen, als wenn man das eine Vermächtniß wegen Uuerfindlichkeit des Belasteten ganz fallen läßt, z. B. wenn der eine oder andere Erbe ohnehin schon mit anderen Vermächtnissen belastet oder bei der Be-

stimmung der Erbtheile für die einzelnen Erben schon auf die beabsichtigte Belastung des einen oder anderen mit einer besonderen Vermächtnißauflage Rücksicht genommen ist. Und wenn die Ungewißheit, wer von ihnen belastet sein solle, nur bezüglich einiger von mehreren Erben, nicht aller, obwaltet, wie soll dann entschieden werden? Es ist schwer einzusehen, wie sich für diesen Fall Mayer mit der oben S. 228. fg. verhandelten Streitfrage zurecht gefunden hätte. Es kann nicht so angesehen werden, als wenn der Erblasser überhaupt gar keinen Beschwerten genannt hätte, wie Mayer im Text des §. seine Ansicht ausdrückt; denn alsdann würden auch die Erben, auf welche die Bezeichnung des Vermächtnißträgers gar nicht paßt, in Mitleidenschaft gezogen, und das soll nach Ann. 14. nicht gestattet sein. Soll nun jener Fall so behandelt werden, als wenn alle Erben, auf welche die Bezeichnung paßt, namentlich belastet wären? oder als wenn alle Erben, nur mit Ausnahme derjenigen, auf welche die Bezeichnung nicht paßt, belastet wären? In jedem Falle ist klar, daß die Vermächtnißverfügung auf solche Weise eine wesentlich andere wird, als der Erblasser sie gedacht und gewollt hat, und das ist der Grundfehler in Mayer's Aufstellung, daß er annimmt, es könne ein wesentliches Moment in der Vermächtnißverfügung, die Nennung nemlich des Vermächtnißträgers, weil unverständlich oder zweideutig, einfach gestrichen (was häufig gar nicht einmal möglich sein wird) und so die Verfügung zur Last anderer Personen aufrecht erhalten werden. Es ist in der That Willkür, den Fall, wenn der Erblasser eine bestimmte Person mit dem Vermächtniß beschweren wollte und nur diese nicht unzweideutig bezeichnet hat, eben so zu behandeln wie den Fall, wenn er das Vermächtniß schlechthin ohne Beschränkung auf bestimmte Vermächtnißträger angeordnet hat, in welchem letzten Fall nach der oben S. 220. fg. erklärten Regel es

als sein unzweifelhafter Wille anzusehen ist, daß die Erben damit belastet sein sollen. Mit Recht wird denn Mayer's Ansicht auch von Windscheid Pand. S. 633. Anm. 4. als inconsequent verworfen. Zu verwundern ist übrigens, daß Mayer nicht noch einen andern Ausweg, um trotz dem Zweifel über die Person des Belasteten das Vermächtniß zu retten, als möglich berücksichtigt hat, nehmlich das Vermächtniß diejenigen, welche nach der mehrdeutigen Vermächtnißverfügung als Belastete gemeint sein könnten, zu gleichen Theilen tragen zu lassen, so daß z. B. in dem oben angeführten Falle Adolph und Adam Schmidt jeder 100 an \mathcal{R} abzugeben hätte. Auch dies wäre zwar nicht frei von Willkür und nicht consequent, könnte aber doch am ersten als eine billige den Absichten des Erblassers am nächsten kommende Nothhülfe allenfalls zugelassen werden; jedoch müßte man, consequent in der Billigkeit, dann eben so auch mehreren möglicher Weise Bedachten im Fall der Unlöslichkeit des Zweifels, welchem von ihnen der Erblasser vermachen wollte, gestatten, das Vermächtniß unter sich zu theilen.

3) Nach Nr. 2. Anm. 8. kann es der Fall sein, daß eine Vermächtnißerklärung erst durch eine nachfolgende Erläuterung des Erblassers zu einer wirksamen wird. Dieser kann aber auch absichtlich vorerst nur eine an sich unvollständige Erklärung seines Vermächtnißwillens abgeben, mit dem erklärten Vorbehalt, durch anderweitige Erklärung den Mangel zu ergänzen. So wie es bei der Erbeinsetzung zulässig gefunden wurde, anstatt den Erben sofort zu nennen, auf einen Codicill, worin derselbe genannt sein werde, Bezug zu nehmen¹³⁾, so mußte Gleiches unbedenklich auch

13) Ueber diese sog. *heredis institutio mystica* vgl. den Comment. Bd. 35. S. 13. fg. Bd. 40. S. 205 fg. Bd. 45. S. 116. fg.

bei Vermächtnissen angenommen werden, und schon Celsus erkannte es sogar als ein gültiges Damnationslegat an, wenn die Bezeichnung des Legatars, wie als wirksame testamentarische Freilassung, wenn die Bezeichnung des freizulassenden Sklaven einer späteren nur mündlichen Erklärung des Erblassers, die an sich höchstens als fideicommissarische Freilassung wirken könnte, vorbehalten wurde ¹⁴). Einer besonderen Förmlichkeit bedurfte und bedarf auch nach Justinianischem Rechte diese nachträgliche ergänzende Erklärung des Erblassers nicht ¹⁵). Aber auch die Bestimmung des Gegenstandes eines Legates in solcher Weise einer späteren Erklärung vorzubehalten, wurde von den classischen Juristen für zulässig und wirksam gehalten ¹⁶); und darnach darf denn unbedenklich auch in Ansehung der Bestimmung desjenigen, welchem das Vermächtniß zur Last fallen soll, dasselbe behauptet werden, obgleich die Quellen darüber einen gleichen Ausspruch nicht enthalten ¹⁷). Die Wirksamkeit einer solchen noch der Bervollständigung durch die vorbehaltene nachträgliche Willenserklärung bedürftigen Vermächtnißanordnung ist dann aber auch abhängig davon, daß jene wirklich erfolgt, so wie die mystische Erbeinsetzung dadurch bedingt ist, daß sich nach dem Tode des Erblassers wirklich ein Erbe genannt findet. Hat sich der Erblasser vorbehalten, den Vermächtnißnehmer oder den Gegenstand des Vermächtnisses durch eine anderweitige Erklärung zu bezeichnen, eine solche erfolgt aber nicht, so liegt nun nur eine Vermächtnißverfügung vor, der es an einem

14) L. 25. D. de reb. dub. XXXIV. 5. vgl. den Comment. Bd. 35. S. 125.

15) Fein im Comment. a. a. O. S. 143. fg.

16) L. 38. D. de cond. et dem. XXXV. 1. vgl. den Comment. Bd. 45. S. 117. fg.

17) Mayer a. a. O. Ann. 19. 20.

wesentlichen Moment einer wirksamen Vermächtnisanordnung fehlt, und dieselbe ist kraftlos. Und eben so verhält es sich, wenn der Erblasser die Nennung des Vermächtnisträgers vorbehalten hat und diese unterläßt. Es wäre auch hier, wie in dem Fall, wenn die Bezeichnung des Vermächtnisträgers eine unüberwindlich zweifelhafte ist, Willkür, den Fall so zu behandeln, als wenn der Erblasser von dem Vermächtnisträger gar nichts gesagt hätte; denn dadurch, daß er sich ausdrücklich vorbehält, anderweitig zu bestimmen, wenn das Vermächtniß zur Last fallen sollte, legt er an den Tag, daß es nicht sein Wille ist, die Regel eintreten zu lassen, wornach das ohne Bezeichnung des Beschwerten angeordnete Vermächtniß die Erben nach Verhältnis ihrer Erbtheile zu tragen haben. Nur so viel kann allenfalls zugegeben werden, daß, wenn der Erblasser entschieden ausgesprochen hat, es solle das Vermächtniß aus der Erbschaft entrichtet werden, aber mit dem Zusatz, er behalte sich noch vor, das Nähere darüber anderweitig zu bestimmen, alsdann die Unterlassung solcher anderweitiger Bestimmung auf den Willen schließen lasse, es solle bei der Regel bleiben.

Zur Wirksamkeit der unvollständigen Vermächtnisanordnung muß aber auch noch erfordert werden, daß die vorbehaltene vervollständigende Erklärung des Erblassers in der Weise erfolge, wie sie in dem Vorbehalte angegeben ist. Wenn z. B. nach dem Muster des in L. 25. D. de reb. dub. zuerst angeführten Falles einer testamentarischen Freilassung¹⁸⁾ der Testator erklärt hätte: „Cui ut dare damnas sit heredi meo dixero, ei heres meus dare damnas esto“, so würde man wohl mit Recht behauptet

18) „Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto“.

haben, testatoris voluntatem adimplendam esse, falls der Erblasser dem Erben zwar nicht mündlich, aber durch einen Brief den Vermächtnißnehmer genannt hatte, keineswegs aber auch, wenn derselbe nur irgend anderen Personen, die dann als Zeugen für den Willen des Erblassers auftreten könnten, den Vermächtnißnehmer bezeichnet hätte. Celsus sagt zwar: „Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit de quo dixit, adimplenda est“; aber das zu Erweisende „de quo dixit“ ist in jenem Falle vollständig „de quo heredi suo dixit“. So auch, wenn der Erblasser etwa im Testament oder Codicill bei einem Vermächtniß hinzugesetzt hätte: „Wem diese Summe“ oder „welche Summe dem A vermacht sein soll, das wird man in einem von mir eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Briefe erklärt finden“, und der Erblasser hat nun später wohl mündlich oder sonstwie, nicht in jener Weise, ausgesprochen, wem oder was vermacht sein solle, so kann dies nicht als Ergänzung jenes testamentarischen oder Codicillar-Vermächtnisses gelten; dies wird als solches wegen wesentlichen Mangels ungültig bleiben, und kann sich nur fragen, ob die letzte Willenserklärung als selbständige Vermächtnißverfügung unabhängig von dem früheren Testament oder Codicill zu Recht bestehe? In diesem Punkte ist zwar Mayer a. a. O. Anm. 24. wiederum anderer Meinung, aber seine Begründung derselben ist ganz verfehlt. Wenn der Erblasser, sagt er, z. B. die Bezeichnung des Bedachten auf eine schriftliche Erklärung aussetze, später jedoch mündlich sich darüber ausspreche, so stehe der Wirksamkeit dieser mündlichen Erklärung lediglich nichts im Wege; denn der Erblasser habe sich dadurch, daß er eine bestimmte Weise der Erklärung in Aussicht stellte, nicht gebunden, nur in jener bestimmten Weise sich auszusprechen. Dafür beruft er sich zunächst auf den bekannten Satz: „Ambu-

latoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum“. Aber dieser Satz will nichts anderes sagen, als daß der Erblasser an den einmal erklärten letzten Willen nicht gebunden sei, denselben nach Belieben ändern, aufheben könne; auf die Art und Weise der Willenserklärung bezieht er sich nicht. Wer ein förmlich gültiges Testament errichtet hat, kann dies beliebig vernichten; aber es genügt dazu nicht einmal die ausdrückliche Erklärung, daß es nichts gelten solle. Allerdings bindet sich der Erblasser auch nicht durch die ausdrückliche Erklärung, daß keine spätere Willenserklärung Kraft haben solle, wenn sie nicht in einer besonders bestimmten Form geschehe; er kann dennoch gültig Anderes verfügen, wenn er nur dabei eine gesetzlich erforderliche oder genügende Form beobachtet ¹⁹⁾; aber er kann nicht andere Erben einsetzen, ohne ein neues Testament zu machen, und nach Justinianischem Recht, abgesehen vom sog. Oral-fideicommiss, nicht ohne Beobachtung der Codicillarform ein im Testament nicht enthaltenes Vermächtniß anordnen. Mayer zieht ferner auch aus L. 3. D. de testam. milit. XXIX. 1. einen Ausspruch Ulpian's herbei: „nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia“. Ulpian sagt dies zur Rechtfertigung seiner Meinung, daß ein Soldat, der beabsichtigte, iure communi ein Testament zu errichten, darum nicht als auf das beneficium militare verzichtend anzusehen sei, daher das Testament, wenn auch iure communi unvollendet, doch als Soldatentestament gültig sein könne. Mayer macht nun davon in Anwendung auf unsere Frage den Gebrauch: es sei nicht anzunehmen, der Erblasser habe deshalb auf eine bestimmte Weise einer künftigen Erklärung verwiesen,

19) Vgl. Mühlenbruch in diesem Comment. Bd. 38. S. 202. fg. und Fein Bd. 44. S. 217. fg.

um sich die Hände zu binden und dadurch selbst die Veranlassung zu werden, daß man seine letztwillige Verfügung mit Erfolg angreife. Aber das ist doch etwas ganz Anderes. Der Soldat, der etwa unter Zuziehung von sieben Zeugen ein Testament errichtete, verzichtete damit freilich nicht auf das singuläre Recht des Soldaten, wornach sein erklärter letzter Wille als Soldatentestament gültig und unanfechtbar war, ungeachtet eines Formmangels gültig und beweisbar war, wenngleich fünf der Zeugen nicht testamentsfähige Zeugen waren. Wenn aber der Erblasser einem Ungenannten, den er in einer besonderen eigenhändigen Schrift bezeichnen werde, etwas vermacht, so kann doch nicht derjenige, den der Erblasser nachher nur mündlich etwa in Gegenwart von zwei Zeugen als den Bedachten bezeichnet, behaupten, ihm sei im Testament vermacht; daß der Testator auf eine schriftliche Erklärung verwies, konnte ja auch den guten Grund haben, daß er einen leicht bedenklichen Zeugenbeweis ausschließen wollte. Dies Argument also ist so schwach als weit hergeholt. Indessen führt Mayer noch eine andere Stelle als seine Meinung bestätigend an: L. 6. §. 2. D. de iure codicill. XXIX. 7. Marcianus erklärt hier, daß, wenn auch bei der testamentarischen Bestätigung künftiger Codicille (in confirmatione codicillorum) der Testator hinzugefügt habe, daß nur von ihm eigenhändig geschriebene (oder unterschriebene) und versiegelte Codicille gelten sollten, nichtsdestoweniger auch Codicille ohne diese Form gültig seien, „nam ea quae postea geruntur, prioribus derogant“; die Stelle enthält nur den oben zu Anm. 18. erwähnten Satz des römischen Rechts und ist in dieser Beziehung von Mühlenbruch a. a. O. ausführlich beleuchtet worden. Sie könnte höchstens ein Argument dafür abgeben, daß es in Ansehung der anticipirenden Bestätigung künftiger Codicille rücksichtlich der Beobachtung der

vom Testator angegebenen Form nicht streng genommen und auch ein dieser nicht entsprechender Codicill als ein im Testament bestätigter geachtet wurde. Aber auch dafür gibt sie nur ein sehr schwaches Argument (in den Worten: „in confirmatione codicillorum“) und mit besserem Recht wird von Fein a. a. O. S. 218. das Gegentheil behauptet. Keinesfalls aber kann sie in der Weise, wie Mayer es versucht, als dessen Meinung bestätigend benutzt werden. Wer erklärt hat: „ich vermache 100 einem, der in einer Schrift von mir genannt sein wird“ hat nicht vermacht einem, den er nachher mündlich als Bedachten bezeichnet, so wenig als dem B vermacht ist, was im Testament der Erblasser dem A vermacht hat, wengleich er später mündlich oder schriftlich äußert, es sei jenem zugedacht, es sei denn, daß diese spätere Willenserklärung als selbständige Vermächtnißverfügung Kraft habe. Wie möchte denn auch Mayer nach seiner Ansicht wohl entscheiden, wenn in dem vorausgesetzten Falle der Erblasser hinterher vor zwei Zeugen den A als den Bedachten bezeichnet hätte, in einer vom Erblasser hinterlassenen Schrift aber B als Vermächtnißnehmer genannt wäre? Von der richtigen Ansicht geht auch Fein aus, indem er Bd. 35. S. 144. fg. den Fall berührt, wenn der Erblasser bei einer sog. mystischen Verfügung sich des Ausdrucks Codicill bedient, z. B. „ich vermache noch 1000 demjenigen, den ich in einem späteren Codicill bezeichnen werde“. Mit Recht erklärt er es für eine bloße Thatfrage, ob der Erblasser unter dem Ausdruck eine jede formlose oder eine formelle Erklärung, in Codicillarform nehmlich, verstanden hat, und zweifelt nicht, daß im letzten Fall eine formlose Erklärung für ungenügend zu erachten sei. Ob er mit Recht im Zweifel das letzte annimmt, mag man beaufstanden; mit vollem Recht aber setzt er, wenn es unzweifelhaft ist, als unbezweifelbar voraus, daß nur eine

Erklärung in Codicillarform genüge, und würde dasselbe eben so sicher bezüglich jeder beliebigen leichteren oder lästigeren Form der Erklärung, welche vom Erblasser gegeben ist, behauptet haben.

Eine andere Streitfrage, in der wir ebenfalls wieder Mayer zum Gegner haben, ist die, ob auch bei mündlicher letzter Willensordnung eine solche Vermächtnißverfügung mit Bezugnahme auf eine anderweitige vervollständigende Erklärung mit gleicher Wirkung statthaben könne? Bezüglich der sogenannten mystischen Erbeinsetzung ist diese Frage schon in diesem Commentar Bd. 35. §. 1417. a. S. 14. fg. ausführlich erörtert und mit aller Entschiedenheit verneinend beantwortet worden. Damit erklärt sich auch Mayer a. a. O. Anm. 25. einverstanden und verwirft denn consequent auch die Zulässigkeit und Wirksamkeit solcher mystischer Vermächtnißanordnung in einem mündlichen Testament oder einem sogenannten mündlichen Codicill. Allein Mayer gesteht selbst, daß ein innerer Grund dafür nicht vorliege und nur durch die seiner Meinung nach ganz entscheidenden Bestimmungen unseres positiven Rechts sieht er sich genöthigt, jene Ansicht auch ohne innere Begründung festzuhalten. In der That aber nöthigen die dafür angeführten Bestimmungen unseres positiven Rechts dazu nicht, können vielmehr nur mittels einer unzulässigen an dem Wortlaut haftenden Interpretation als jene Ansicht scheinbar beweisend vorgeführt werden. Das haben wir schon in anderem Zusammenhange kurz ausgesprochen ²⁰⁾; es muß hier noch genauer nachge-

20) In diesem Comment. Bd. 46. S. 368. Aus Versehen ist dort in Anm. 92. als Verfasser der in Bd. 35. §. 1417. a. enthaltenen Ausführung gegen die Gültigkeit einer mystischen Erbeinsetzung in mündlichem Testament Mühlensbruch genannt worden. Uebersehen war dabei, daß der

wiesen werden, um ein in Bd. 45. S. 125. Anm. 94. von Fein gegebenes Versprechen zu erfüllen. Was in L. 21. §. 4. Cod. de testam. VI. 23. ²¹⁾ als Erforderniß des mündlichen Testaments gesagt wird, daß die Zeugen „testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis, audierint“, und so auch in §. 14. J. de testam. ord. II. 10. angedeutet ist in den Worten „septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata“, das versteht sich freilich nach der Natur der Sache von selbst; aber es sagt auch weiter nichts, als daß, was im schriftlichen Testament als Wille des Testators geschrieben wird, beim mündlichen Testament den Zeugen vernehmlich erklärt werden müsse; wenn nun im schriftlichen Testament die schriftliche Erklärung: „cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto“ gültig war, so können jene Stellen nicht das mindeste Bedenken dagegen erregen, daß beim mündlichen Testament die gleiche Erklärung mündlich den Zeugen vernehmlich abgegeben gleiche Kraft hatte. Nun sagt zwar Ulpian in L. 21. pr. D. qui testam. fac. XXVIII. 1. „Heredes palam, ita ut exaudiri possint (sc. a testibus), nuncupandi sunt“, und Justinian in L. 29. Cod. l. c.: „in elogio, quod sine scriptura conficitur, necesse est testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum“. Aber es ist handgreiflich, daß Ulpian dort nur auf die Vernehmlichkeit der die Erbernennung enthal-

35. Band des Commentars bis S. 119. noch von Glück herrührt. Wühlenschuch hat in seinem Lehrb. §. 666. Anm. 9. in Betreff dieses Punktes nur einfach ohne Widerspruch auf Glück's Ausführung verwiesen; eben so im Comment. Bd. 40. S. 206.

21) In Bd. 35. S. 4. u. S. 16. ist diese Stelle nach anderer Abtheilung als L. 21. §. 2. citirt.

tenden mündlichen Willenserklärung des Erblassers alles Gewicht legt, wie aus seiner näheren Erklärung des angeführten Satzes deutlich erhellt; aus den Worten „heredes nuncupandi sunt“ kann nur eine Buchstabeupresse herausbringen, daß die Person des oder der Erben den Zeugen namentlich genannt oder auch nur auf eine andere Weise sofort kenntlich gemacht werden müsse. Ulpian, welcher nach L. 10. pr. D. de cond. instit. XXVIII. 7. die schriftliche Erbernenennung: „cuius nomen codicillis scripsero“, wie Papinian nach L. 77. D. de hered. instit. XXVIII. 5. die „quem heredem codicillis fecero, heres esto“ als gültig ansah, würde sich vermuthlich sehr verwundert haben, wenn Jemand aus jenem Satze der L. 21. pr. cit. abgeleitet hätte, es sei eine ungültige Erbeinsetzung, wenn der Testator buchstäblich dieselbe Erklärung vor sieben zu diesem Zweck erbetenen Zeugen mündlich, *ita ut exaudiri possit*, abgegeben hätte. Ohne Zweifel hielt Ulpian für gültig eine Erbeinsetzung wie diese: „Ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, is heres mihi esto“, die nach Justinianischem Recht auch ohne den Zusatz „qui nunc sunt“ gültig wäre²²⁾. Glaubt nun wohl Jemand, daß Ulpian, vollends daß Justinian eine mündliche Erbeinsetzung dieser Art wegen mangelnder *nuncupatio heredis* als ungültig angesehen habe? wenn nicht, so kann er auch nicht eine mündliche Erbernenennung nach dem Muster der L. 10. pr. und L. 77. citt. für ungültig gehalten haben²³⁾. Hieraus ergibt sich zugleich,

22) Ulpiani fragm. XXII. 4. vgl. mit XXIV. 18. Gai. II. 238. Vgl. den Comment. Bd. 46. S. 391. fg.

23) Mit Recht bemerkt Fein in Bd. 35. S. 120. fg., daß in diesen Stellen auch wie in dem Falle von Ulp. XXIV. 18. eine Beschränkung oder Ausnahme der erst durch Ju=

daß auch L. 29. Cod. cit. nicht beweist, wofür man sie anruft. Sie spricht von *exprimere* der *nomina heredum* beim mündlichen Testament, weil eben die Nennung der Erben bei Namen die gewöhnliche Bezeichnung war; aber wesentlich war diese nicht, sondern vielmehr jede andere zuverlässige Bezeichnung eben so wirksam, und gerade beim mündlichen Testament ist eine Erbeinsetzung ohne Namensnennung ausdrücklich als gültig anerkannt²⁴⁾; bei der Einsetzung einer *incerta persona*, die doch nach Justinianischem Recht überhaupt gültig ist, kann namentliche Bezeichnung des Eingesezten nach der Natur der Sache gar nicht erforderlich sein. In L. 29. cit. gibt sogar ein schlagendes Argument gegen die von Glück vertheidigte Ansicht. Sie enthält nemlich keineswegs eine Vorschrift für das mündliche Testament; sie erwähnt nur in einem Vordersatze zur Vergleichung („*quemadmodum*“), wie es sich beim mündlichen Testament mit der Erbenernennung verhalte, und sagt dann im Nachsatze, daß eben so beim schriftlichen Testament, „*quum testator manu sua scribere heredes vel noluerit vel minime potuerit*“, die Erben mündlich den Zeugen zu bezeichnen seien („*voce tamen eius eos manifestari*“). Wäre nun Glück's Meinung die richtige, so würde daraus folgen, daß auch im schriftlichen Testament eine mystische Erbeinsetzung nicht gültig sei, die er hier doch selbst anerkennt. Allerdings könnte man, wenn man die L. 29. Cod. cit. für sich allein

Justinian ganz aufgehobenen Regel des alten Rechts, wonach eine *incerta persona* nicht zum Erben eingesetzt werden konnte, anerkannt sei, beruhend darauf, daß hier „die *persona incerta* einzig und allein durch eine Willenserklärung des Erblassers zu einer *persona certa* gemacht werden konnte“.

24) Vgl. oben S. 312. Anm. 8. und Bd. 40. S. 194. fg.

in Betracht zieht, versucht sein, darin eine absolut gebietende Vorschrift zu finden, daß auch beim schriftlichen Testament der Name der Erben entweder vom Testator eigenhändig geschrieben oder den Zeugen mündlich genannt werde, die dann bei ihrer Unterschrift dieselben angeben sollen. So lautet diese neue übertrieben vorsichtige Verordnung Justinian's vom J. 531. n. Chr., die er auch in §. 4. J. de testam. ord. II. 10. bestätigt, aber schon im J. 544. durch Nov. 119. cap. 9. als unzweckmäßig selbst wieder aufgehoben hat, nachdem er erfahren, daß in Folge derselben viele Testamente vereitelt worden seien ²⁵). Und das ist sehr begreiflich. Konnte doch ein habgieriger Intestaterbe mit einigem Schein sogar ein Testament, worin der Erbe nicht mit Namen genannt, obwohl in ganz unzweideutiger Weise dessen Person bezeichnet war, mit mehr Schein eine sog. mystische Erbeinsetzung auch in schriftlichem Testament als nichtig aufsechten. Indessen kann Tribonian jene Verordnung nicht in so strengem Sinn verstanden haben; sonst hätte er in den erst später verfaßten Digesten eine Anzahl damit im Widerspruch stehender Fragmente nicht dulden dürfen, und Justinian selbst kann sie vollends nicht in einem Sinn gedacht und verstanden haben, wornach auch die Erbeinsetzung einer *incerta persona* unmöglich wäre, die er durch eine ungefähr um dieselbe Zeit erlassene Constitution allgemein für gültig erklärt hat. Hiernach ist klar, daß die oben aus L. 29. cit. angeführten Worte nicht im Mindesten zur Unterstützung der Meinung dienen, daß eine mystische Erbeinsetzung im mündlichen Testament ein Unding sei; wie Glück sagt; in ihrem Zusammenhange aufgefaßt sprechen sie vielmehr dagegen, indem sie andeuten, daß der Testator

25) „*ἐγνωμεν δὲ ἐκ τῆς τοιαύτης ἀκριβείας πολλὰς διαθήκας ἀνατραπῆναι*“.

die Erbeinsetzung, so wie sie im schriftlichen Testament geschrieben (von der Hand des Testators) lauten würde, beim mündlichen Testament (und eben so beim schriftlichen, wenn der Testator nicht sie eigenhändig geschrieben) den Zeugen vernehmlich und verständlich erklären müsse.

Es bleibt uns, um die vorliegende Streitfrage ganz abzuthun, nur noch eine Stelle des römischen Rechts, die auch der Vermächtnisse in mündlichen Testamenten erwähnt, zu beleuchten übrig: L. 26. Cod. de testam. VI. 23. ²⁶) Justinian erklärt darin: zu einem gültigen mündlichen Testament genüge es nach Versammlung der sieben Zeugen, „ut, postquam septem testes convenerint, satis sit“: „voluntatem testatoris vel testatricis simul omnibus manifestari, significantis, ad quos substantiam suam pervenire velit, vel quibus legata dare vel fideicommissa, vel libertates disponere“;

es sei nicht erforderlich, und das auszusprechen ist der eigentliche Zweck des Gesetzes, daß der Erblasser vorher den Zeugen ausdrücklich erkläre, er habe sie zusammenberufen, um ohne Schrift mündlich sein Testament zu errichten. Jene Worte nun machen auf Mayer solchen Eindruck, daß er dadurch die Bezugnahme auf eine spätere Schrift, worin der Bedachte, und eben so auch eine solche, worin der Beschwerte oder der Gegenstand des Vermächtnisses sich bezeichuet finde, schlechterdings für ausgeschlossen hält. Aber jene Worte sagen ja wirklich nichts anderes, als: der Erblasser müsse den Zeugen durch seine mündliche Erklärung zu erkennen geben (significare), welche Personen

26) Eine andere Stelle, die Glück Bd. 35. S. 17. auch noch herbeizieht, L. 40. D. de iure fisci. XLIX. 14., mag als für unsere Frage völlig nichtsbedeutend unberücksichtigt bleiben.

er zu seiner Erbschaft berufen oder mit Vermächtnissen bedacht haben wolle, d. h. was sein letzter Wille sei. Derselbe Satz könnte buchstäblich eben so in Beziehung auf ein schriftliches Testament ausgesprochen werden: es müsse die Schrift *voluntatem testatoris manifestare, significans ad quos etc.* Niemand würde daraus schließen, damit sei unverträglich die Erklärung, daß Erbe oder Legatar sein solle, der in einer anderen Schrift bezeichnet sein werde. Fragt man: *ad quos substantiam suam pervenire testator velit, quibus legata dare?* so kann die Antwort eben so gut bei mündlicher wie bei schriftlicher Testamentserrichtung lauten: *ad eos* oder *iis, quos codicillis scripserit testator*, wie in einem verwandten Falle: *ad eum* oder *ei, qui primus ad funus testatoris venerit.*

Durch keine Stelle also des römischen Rechts wird die Meinung von Glück und Mayer begründet, und daß sie auch durch Maximilians I. Notariatsordnung Tit. I. §. 8., die überhaupt im Zweifel nicht als abweichend vom römischen Recht zu interpretiren ist, nicht begründet sei, ist schon in Bd. 46. S. 367. fg. dargethan. Abgesehen von der dort erwähnten Angabe der Namen der Erben, die man im buchstäblichen Sinn unmöglich als wesentlich erforderlich ansehen kann, ist daselbst der Unterschied zwischen mündlicher und schriftlicher Testamentserrichtung ganz richtig angegeben: „Was er im Testament begriffen haben wollt“, d. i. was er im schriftlichen Testament durch geschriebene Worte als seinen letzten Willen ausdrücken würde, das soll der Testator bei mündlicher Testamentserrichtung durch mündliche Rede den Zeugen „öffentlich und klärllich“ ausdrücken, „öffentlich“ (*palam*), d. h. nach L. 21. pr. D. *qui testam. fac.* nicht „in publicum, sed ut exaudiri possit, exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus“. Und was so in rechter Form mündlich erklärt ist,

das hat dieselbe Kraft und Geltung, als wenn es in einem formgerechten schriftlichen Testament geschrieben stünde²⁷⁾.

Es ist hiernach auch nicht zu bezweifeln, daß in gleicher Weise auch bei einem sog. Oral-fideicommiss eine vervollständigende Erklärung vorbehalten werden kann, und ist nicht zu billigen, was Mayer a. a. O. Anm. 25. a. E. sagt: nur wenn die vorbehaltene Erklärung dem Beschwerten gegenüber gemacht werde „dürfte der Vorbehalt allerdings zulässig sein“. Allerdings kann es nur der Gewisshafteit des Beschwerten anheimgestellt sein, ob ihm mit solchem Vorbehalt ein Vermächtniß auferlegt sei, und ob die nachträgliche Erklärung des Erblassers dem Vorbehalt entspreche? Aber wenn z. B. derselbe gesteht, der Erblasser habe ihm mündlich ein Vermächtniß auferlegt, dessen nähere Bestimmung (in Ansehung des Bedachten oder des Gegenstandes) in einem eigenhändigen versiegelten Briefe des Erblassers enthalten sein werde, und sich dann in dessen Nachlaß wirklich ein solcher Brief vorfindet, so kann er unmöglich die Anerkennung des Vermächtnisses verweigern, obgleich oben S. 362. dargethan ist, daß das Vorfinden eines ein Vermächtniß enthaltenden Briefes an sich

27) Als zustimmend der hier vertheidigten Meinung sind außer den schon von Glück a. a. O. S. 14. Anm. 18. u. S. 23. genannten Autoritäten noch anzuführen: Thibaut System §. 832. und Hofacker princ. iur. civ. II. §. 1269. (die freilich beide von Glück S. 21. Anm. 30. unter den Gegnern aufgeführt werden, aber „wenigstens nach der Praxis“, wie Thibaut hinzufügt, unserer These zustimmen, wie desgl. Puchta Vorles. II. §. 473.), Arndts in Weiske's Rechtslex. III. S. 919. u. Band. §. 493. Anm. 2. Seuffert Band. §. 535. Anm. 14. Brinz Band. S. 772. Vering Erbr. S. 305. not. 4. Lewes Erbr. I. §. 41. S. 254. Windscheid Band. §. 546. Anm. 10. Holzschuher 3. Aufl. II. S. 780. fg.

und allein nicht genüge, eine Vermächtnißverpflichtung zu begründen.

4) Eine bestimmte Ausdrucksweise ist für die Vermächtnißverfügung überall nicht erforderlich. Fideicommissare waren in dieser Beziehung schon nach dem Recht der Klaffiker sehr frei und ungebunden, und nach der Verschmelzung der Legate und Fideicommissare gilt nun dieselbe Freiheit des Ausdrucks für alle Vermächtnisse²⁸⁾. Wesentlich ist nur, daß ein bestimmter Vermächtnißwille des Erblassers sich zu erkennen gibt, d. h. der Wille, eine den Beschwerten rechtlich bindende Vermächtnißauflage zu verfügen. Daher ist eine bloße Empfehlung, ein Rath, irgend etwas zu thun oder zu leisten, freilich nicht eine wirksame Vermächtnißverfügung²⁹⁾. Aber schon der entschiedene Ausdruck eines Wunsches, einer sicheren Erwartung kann zu einem Vermächtniß genügend erscheinen³⁰⁾; daher ist rathlich, es recht klar auszusprechen, wenn der Erblasser doch nicht eine juristisch bindende Verpflichtung auflegen will³¹⁾.

Baron Pand. §. 397. a. G., vgl. auch Unger Erbr. §. 13. Num. 8.

28) L. 2. Cod. commun. de legat. et fideicommiss. VI. 3. Vgl. Bd. 46. S. 45. fg. S. 74. fg.

29) L. 11. §. 2. D. de legat. III. vgl. L. 12. Cod. de fideicommiss. libertat. VII. 4. u. Bd. 46. S. 46.

30) L. 118. D. de legat. I. Et eo modo relictum: exigo, desidero uti des, fideicommissum valet; sed et ita: volo hereditatem meam Titii esse; scio hereditatem restitutum te Titio. L. 67. §. 10. D. de legat. II. Item Marcus imperator rescripsit, verba, quibus testator ita caverat, „non dubitare se, quodcunque uxor eius cepisset, liberis suis reddituram“, pro fideicommissio accipienda. vgl. L. 39. pr. D. de legat. III.

31) Vgl. Seuffert's Arch. II. 206. V. 207.

Ein Vermächtniß kann auch blos in Form einer Auflage (modus), worunter Jemandem Etwas auf den Todesfall zugewendet ist, ausgesprochen sein³²⁾. Umgekehrt kann auch in der vom Erblasser angegebenen Voransetzung, unter welcher einer Person etwas anderes zu thun auferlegt ist, wozu diese sonst nicht verpflichtet wäre, die Hinterlassung eines Vermächtnisses erkannt werden³³⁾. Ueberhaupt ist nicht nothwendig ausdrückliche Erklärung des Vermächtnißwillens erforderlich; es kann ein Vermächtniß auch als stillschweigend erklärt in einer anderen Anordnung des Erblassers enthalten sein, aus welcher nehmlich mit Rücksicht auf ihren innern Ge-

32) L. 2. Cod. de his quae sub modo leg. VI. 45. (Gordian.). Ex his verbis: „Titio decem millia vel insulam relinquo, ita ut quinque millia ex his vel eandem insulam Maevio restituat“, licet antea neque legati neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate hoc a divo Severo admissum est. Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad conditionem sive ad modum respiciant, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur. Die fideicommissi actio ist auf die Erfüllung der Auflage „ut . . restituat“ zu beziehen, nicht auf das beschwerte Fideicommiß (vgl. jedoch Bd. 46. S. 46.). Es geht aber aus diesem Rescript hervor, wie erst zur Zeit der letzten classischen Juristen die Ansicht durchgedrungen ist, daß einer solchen Auflage die Wirkung eines Fideicommisses beizulegen sei.

33) Ein Beispiel dieser Art wird von Africanus angeführt in L. 108. §. 14. D. de legat. I. . . quum in testamento ita scribatur: „te, Titi, rogo, ut acceptis centum illum servum manumittas vel Sempronio quid praestes“, parum quidem apte scribi, verum aequè intelligendum heredis fideicommissum, ut pecuniam Titio praestet; ideoque et Titium cum herede acturum, et libertatem servo vel Sempronio quod rogatus sit

halt und Zusammenhang der Vermächtnißwille mit Sicherheit erkannt werden kann. Als einzelne Fälle dieser Art sind aus unseren Quellen namentlich folgende hervorzuheben:

a) Der Erblasser verbietet einem Erben oder Vermächtnißnehmer die Veräußerung bestimmter Sachen. An sich ist ein solches Veräußerungsverbot eine wirkungslose Vorschrift, ein *nudum praeceptum* ³⁴⁾. Aber wenn zu erkennen ist, daß der Erblasser zu Gunsten gewisser Personen die Veräußerung untersagt, so wird darin ein Fideicommiß gefunden; darauf abzielend, daß jenen nach dem Tode des Erben die Sache herauszugeben sei. Zwar hat der Jurist *Scaevola* in einem solchen Falle noch Anstand genommen, ein Fideicommiß anzuerkennen ³⁵⁾. Aber schon

praestare cogendum. Dem *Titius* ist aufgegeben, einen Sklaven freizulassen oder dem *Sempronius* etwas zu leisten, aber „*acceptis centum*“; woher er diese 100 bekommen solle, davon schweigt das Testament; aber es wird darin ein den Erben auferlegtes Fideicommiß an den *Titius* erkannt, welchem als Fideicommissar wieder fideicommissarisch die Freilassung des Sklaven, die Leistung an den *Sempronius* auferlegt ist.

34) L. 93. pr. D. de legat. III. (*Scaevola* lib. III. respons. cf. L. 38. §. 4. eod. (*Scaevola* lib. XIX. Dig.).

35) L. 38. §. 7. D. l. c. *Mater* filios heredes scripserat et adiecit: „*praedia, quae ad eos ex bonis meis perventura sunt, nulla ex causa abalienent sed conservent successioni suae deque ea re invicem sibi caveant* (Flor.: *caverent*)“; ex his verbis quaesitum est, an *praedia* per fideicommissum relicta videantur? Respondit: nihil de fideicommissum proponi. — Man hat vermuthet, *Scaevola* nehme hier nur ein Fideicommiß der *praedia* nicht an, weil die Auflage bloß auf gegenseitige Cautionsleistung gehe: *Hilliger* in *Donell. enucl.* VIII. 3. Eine andere Erklärung will nur ein Fideicommiß unter den

dessen Schüler Papinianus erkannte unbedenklich ein Familiensfideicommiss an, da ein Erblasser den zum Erben eingesetzten Bruder ersucht hatte: *ne domus alienaretur, sed in familia relinqueretur* ³⁶⁾, und durch ein Rescript von Septimius Severus (der mit Papinian zusammen Schüler des Cervidius Scaevola gewesen ³⁷⁾, und dessen Sohn Antoninus Caracalla wurde allgemein für alle Fälle, wo das Veräußerungsverbot in Rücksicht auf bestimmte Personen ergangen war, entschieden, daß es als Fideicommiss zu Gunsten derselben auszulegen sei ³⁸⁾, und

Geschwistern dort verneint sehen, indem sie *successioni suae* nur auf die Kinder deutet: Langebek annot. cap. 16. in Otton. Thesaur. I. col. 557. Westphal aber I. §. 364. findet den Grund von Scaevola's Bedenken darin, daß der Ausdruck *successioni suae* zu unbestimmt sei. Diese Erklärungsversuche haben nur Bedeutung, insofern sie die Aufnahme der L. 38. §. 7. neben den Stellen in Ann. 36. 38. rechtfertigen sollen; die letzten sind für das Justinianische Recht jedenfalls entscheidend, wenn auch Scaevola noch in dem Hauptsatze anderer Meinung war.

- 36) L. 69. §. 3. 4. D. de legat. II.
- 37) Spartiani Antonin. Caracallus cap. 8. vgl. Bremer, die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich. Berlin 1868. S. 16. not. 41.
- 38) L. 114. §. 14. D. de legat. III. (Marcian. lib. VIII. institut.) *Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos (eorum?) qui testamento vetant quid alienari nec causam expriment, propter quam id fieri velint (nolint?), nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. Quodsi liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem*

kommt so ein testamentarisches Veräußerungsverbot namentlich als Anordnung eines Familienfideicommisses öfter vor³⁹⁾.

b) Der Erblasser legt einem Erben auf, eine bestimmte Person zu seinem Erben einzusetzen: diese Auflage ist buchstäblich ohne Kraft; konnte ja nach römischem Recht nicht einmal durch Vertrag Jemand sich die Freiheit letztwilliger Verfügung beschränken, also auch nicht quasi contractu, nemlich durch Antretung einer Erbschaft, sich in solcher Weise verpflichten. Aber man erkannte in jener Auflage den entschiedenen Willen des Erblassers, daß seine Erbschaft durch seinen Erben nach dessen Tode auf die bezeichnete Person übergehen solle, als *fideicommissaria hereditas*, wie sogar durch einen Senatsbeschuß anerkannt worden ist⁴⁰⁾. Natürlich muß analog Gleiches auch angenommen werden, wenn einem Erben oder Vermächtnißnehmer auferlegt ist, Jemanden ein Vermächtniß zu hinterlassen.

significarent, eam servandam esse. Bgl. §. 15. 16. *ibid.* L. 77. §. 11. L. 78. §. 2. D. de legat. II. (Papinian.).

39) Bgl. Westphal I. §. 352. fg. Hellfeld §. 1585.

40) L. 114. §. 6. D. de legat. I. (Marcian. lib. VIII. institut.) *Ut quis heredem instituat aliquem rogari non potest; plane Senatus censuit, perinde habendum atque si rogasset hereditatem restitui.* L. 17. pr. (in Mommsen's Ausg. L. 18. pr.) D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. (Ulpian. lib. II. fideicomm.): *Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. Et Senatus censuit: rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse, verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est ut ei restitueret.* Vielleicht hat Ceverus, der sonst in ähnlicher Weise durch Rescripte entschieden, in diesem Falle durch Oratio eine Entscheidung des Senats hervorgerufen.

c) Der Erblasser gibt einem Erben auf, kein Testament zu errichten, also sein, des Erben, Vermögen, seinen gesetzlichen Erben nicht zu entziehen. Das ist an sich eine eben so wenig bindende Vorschrift, wie die, bestimmte Personen zu Erben einzusetzen. Aber auch darin kann ein Fideicommiß bezüglich der Erbschaft des Verfügenden zu Gunsten bestimmter Personen, namentlich der jetzt lebenden nächsten Intestat-erben, gefunden werden. Auch in einem solchen Falle hat noch Papinian die Annahme eines Fideicommisses verworfen⁴¹⁾; Paulus aber führt eine vermuthlich unter seiner Assistentz in auditorio principis vom Kaiser Antoninus Caracalla ergangene richterliche Entscheidung an, welche in einem ganz ähnlichen Falle, wie der von Papinian angeführte, ein Fideicommiß anerkannt hat⁴²⁾. Der verhandelte Rechtsfall war: Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit et ita de filia sua caverat: „*Ἐντέλλομαι σοι μὴ διαπίθεσθαι πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι*“ (nach der vulgata versio „mando tibi non testari, donec liberi tibi sint“); die oberstrichterliche Entscheidung aber lautete (pronuntiavit Imperator): fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret; sic enim accipiendam eam

41) L. 77. §. 24. D. de legat. II. (Papinian. lib. VIII. respons.): „Mando filiae meae pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere“: fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam, apparuit; quod non de pecunia sua testari, sed obtentu consilii derogare iuri, testamentum fieri prohibendo, voluit.

42) L. 74. (in Mommsen's Ausg. L. 76.) pr. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. (Paul. lib. II. decret.)

scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere. Hätte der Testator der Tochter aufgegeben, ihren Bruder, keinen anderen, zum Erben einzusetzen, so wäre nach dem unter b) erwähnten Senatsbeschlusse kein Zweifel, daß sie die väterliche Erbschaft dem Bruder zu restituiren habe; consequent konnte nicht anders entschieden werden, wenn der Vater erklärt hatte, die Tochter solle sich von ihrem Bruder beerben lassen, und das fand der Kaiser ausgesprochen in dem Verbot der Testamentserrichtung, so lange sie keine Kinder habe, die als nähere Intestaterben (schon damals ex Scto Orphitiano) den Bruder ausschließen würden. Es ist nun kein Zweifel, daß für das Justinianische Recht die L. 74. cit. der 77. §. 24. vorgeht, sofern man beide einander widersprechend findet. Aber es ist nicht einmal ein eigentlicher Widerspruch zuzugeben. Es kommt nehmlich in jedem solchen Falle darauf an, ob zu erkennen ist, daß der Erblasser dem Erben jene Beschränkung zur Begünstigung einer bestimmten anderen Person auflegen wollte, im Fall der L. 74. cit. dem Bruder, im Fall der L. 77. §. 24. cit. der Schwester der eingesetzten Erbin. Im letzten Falle nun, der dem Papinian zur Begutachtung vorgelegt worden, ergab sich diesem nach genauer Prüfung nicht, daß der Erblasser beabsichtigte, der einen Tochter die Aussicht auf seinen ganzen Nachlaß zu erhalten für den Fall, daß die anderen keine Kinder bekomme, indem er dieser empfahl, nicht zu testiren, daß er vielmehr diese nur, wenigstens vorgeblich, in deren eigenem Interesse von der Errichtung eines Testaments, die er ihr rechtlich nicht untersagen konnte, abzuhalten versuchte. Hatte er wirklich die Absicht, der ersten Tochter eventuell auch die zweite Hälfte seiner Erbschaft zu erhalten, so verfehlte er diesen Zweck gerade dadurch, daß er seinen Wunsch in eine durch die Fürsorge für die andere motivirte Anempfehlung einkleidete. Möglich aber war es auch immerhin, daß

er die Tochter in ernstlicher Fürsorge für sie von der Errichtung eines Testaments abzuhalten suchte, z. B. weil er fürchtete, sie möge vielleicht einen leichtsinnigen Verehrer zum Erben einsetzen, der wohl gar Mittel fände, ungestraft sich bald den Anfall der reichen Erbschaft zu verschaffen, und so dann selbst ihr Leben gefährden⁴³). Ungeachtet der L. 77. §. 24. ist wohl denkbar, daß in einem anderen ähnlichen Fall Papinian selbst als *Alter ego* des *Princeps* eben so entschieden hätte, wie nach L. 74. cit. der *Imperator* selbst, zumal wenn er von dem in L. 17. (18.) *pr. eod.* erwähnten *Senatsbeschlusse* erfahren hatte.

d) Der *Erblasser* erklärt, ein eingesetzter Erbe möge sich mit einer bestimmten Sache oder Summe begnügen („*contentus esto*“). Daß auch darin die Anordnung eines *Fideicommisses* gefunden werden könne, lehrt uns Papinian in L. 69. *pr. D. de legat. II.* Er geht davon aus, daß es unzweifelhaft als ein gültiges *Fideicommiss* zu achten sei, wenn der *Erblasser* in an denjenigen, den er bedenken wollte, gerichteten Worten ausgesprochen hatte, derselbe möge mit einer bestimmten Summe zufrieden sein; das war schon durch ein *Rescript*, vielleicht auch von *Severus* und *Antoninus*, anerkannt:

„*Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis*“.

43) So auch *Cuiac. ad h. l. in lib. VIII. respons. Papin. (opp. IV. col. 1165.) u. in lib. XXXI. Dig. (opp. VII. col. 1258.)*. Auch die *Glosse* bemerkt treffend, indem sie die L. 74. cit. zu L. 77. §. 24. cit. als scheinbar widersprechend anführt: „*ibi alia evidenter voluntas testatoris apparet*“, und, indem sie umgekehrt L. 77. §. 24. cit. als scheinbar *contraria* zu L. 74. cit. anführt: „*sed hic praeceptum, ibi consilium*“. Hiernach ist es nicht ganz genau, wenn *Mayer a. a. O. Anm. 7. b.* den *Papinian* schlechtthin als *Gegner* eines *Fideicommisses* in Fällen dieser Art anführt.

Fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est ⁴⁴).

Daran knüpft er die Frage: wie denn, wenn solche Rede an einen von mehreren eingesetzten Erben gerichtet ist?

Quid ergo? si, cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: „peto parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis“?

In dem Annehmen, daß der eine eingesetzte Erbe, Lucius Titius, für seinen Erbtheil sich mit dem Betrage von 100 Goldgulden begnügen möge, erkennt Papinian ein Fideicommiß zu Gunsten der Miterben, kraft dessen diese den Lucius Titius mit der Ueberlassung jener Summe abfinden und so von der Erbtheilung ausschließen können:

Petere poterunt partem hereditatis, retinente sive praecipiente quo contentum esse voluit.

Er rechtfertigt diese Ansicht noch durch die Bemerkung:

Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus non est testator locutus.

Nehmlich, in dem anfangs erwähnten Falle ist ein Fideicommiß angenommen, obgleich an diejenigen, welchen es zur Last fällt und von welchen der Bedachte es zu begehren hat,nehmlich an die Erben, der Erblasser nicht das Wort gerichtet, den Worten nach von ihnen nichts verlangt hat; da liegt es doch näher, so urtheilt Papinian,

44) Vgl. Pauli sentt. IV. 1. §. 5. Qui fideicommissum relinquit, etiam cum eo, cui relinquit, loqui potest, velut: „peto, Cai Sei, contentus sis illa re“, aut „volo tibi illud praestari“. L. 11. §. 4. D. de legat. III. (Ulpian.) . . . et illud fideicommissum esse arbitramur: „contentus esto illa re“. — Cuiac. obs. II. cap. 3. (opp. III. col. 27.).

in dem andern Falle ein Fideicommiss anzuerkennen, wo der Erblasser einem der eingesetzten Erben wörtlich auferlegt hat, nicht mehr als 100 Goldgulden aus der Erbschaft zu begehren, aus den Worten aber „pro tua parte contentus sis“ klar erhellt, daß dies mit Rücksicht auf die Miteingesetzten jenem zugemuthet wird ⁴⁵). Diese können die Restitution des Erbtheils als Universal-fideicommiss begehren, und erscheinen sodann auch bezüglich dieses Erbtheils nach dem Trebellianischen Senatsbeschlusse allein

- 45) Anders erklärt diese Stelle Windscheid Band. §. 552. Anm. 9. Die Worte „cum quibus non est testator locutus“, sagt er, gehen offenbar auf die nicht eingesetzten, also die Intestaterben, und so findet er schon in dem Anfangssatze der L. 69. cit. die Anordnung eines Fideicommisses gerade zu Gunsten der Intestaterben anerkannt, indem er das *Peto* etc. als einer Erbeinsetzung beigefügt aufsaßt. So auch Padelletti in der Schrift v. d. Erbeinsetzung *ex certa re*. S. 78. (vgl. unten Anm. 49). Aber das ist wohl ein Fehlgriff. Es ist schon sprachlich bedenklich, jene Worte auf die Intestaterben zu beziehen. Gewiß aber hat auch Papinian in solcher Verfügung nicht schlechtweg ein Fideicommiss zu Gunsten der Intestaterben anerkannt, da zu jener Zeit die Intestaterben als *inoertae personae* nicht gültig mit einem Fideicommiss bedacht werden konnten, und sicher würde er doch eine nähere Andeutung gegeben haben, zu Gunsten welcher Personen das Fideicommiss anzunehmen. Windscheid ist zu jener Auslegung vermuthlich dadurch verleitet, daß er die Worte „quum ibi fideicommissum petatur ab his“ auf diejenigen, welche das Fideicommiss in Anspruch nehmen, beziehen zu müssen glaubte; nach bekanntem Sprachgebrauch aber können sie eben so gut auf diejenigen, welche mit dem Fideicommiss belastet sind, und gegen welche es begehrt wird, bezogen werden. Vgl. *Cuiac.* ad L. 69. pr. cit. in lib. XIX. quaest. Papin. (opp. IV. col. 539.), in lib. XXXI. Dig. (opp. VII. col. 1213.).

als wirkliche *successores in universum ius defuncti*; der Lucius Titius behält oder erhält nur die bestimmte Summe, sei es, daß er diese bei der Restitution seines Erbtheils aus dessen Baarschaft zurückhält („*retinente*“), oder aus dem Gesamtvermögen der Erbschaft ihm dieselbe zugewiesen wird („*praecipiente*“), und steht so dem Erfolg nach einem Vermächtnißnehmer gleich⁴⁶). Ähnlich so mußte es behandelt werden, wenn der eine Erbe nicht mit einer Summe, sondern mit einer bestimmten Sache der Erbschaft sich zu begnügen ersucht war, nur daß er diese *pro partibus coheredum* jedenfalls nur von den Mit-erben erlangen konnte.

Papinian führt nun aber weiter auch noch den Fall an, wenn jenes Ersuchen („*contentus sis centum aureis*“) an den einzigen eingesetzten Erben gerichtet ist, und zwar mit einer Hindeutung auf denjenigen, welchem als gesetzlichen Erben die Erbschaft zukommen würde, wenn der Erblasser ohne Testament verstarbe:

Idem dicemus, si, cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: „peto pro hereditate, quam ad fratrem meum legitimo iure rediret, contentus sis centum aureis.“

Idem dicemus, d. h. natürlich nicht, daß *coheredes* *petere* possint, da hier von Miterben keine Rede ist, sondern nur: *fideicommissum valere*, nehmlich zu Gunsten des genannten Bruders, so daß der *ex asse scriptus heres* an diesen, nur mit Vorbehalt jener Summe, die ganze Erbschaft zu restituiren habe. Mit gutem Bedacht hat Papinian seinen Beispielfall, so, wie vorliegt, gefaßt: der Bruder war *certa persona*, und konnte ihm schon nach damaligem Recht unzweifelhaft ein Fideicommiß hin-

46) L. 13. Cod. de hered. instit. VI. 24. vgl. unten Anm. 69.

terlassen werden; es fragte sich nur, ob in jener Willensäußerung des Erblassers ein solches zu erkennen sei. Hätte dieser in gleicher Weise nur schlechthin auf seine Intestaterben hingedeutet, so konnte die Anerkennung eines Fideicommisses schon aus dem Grunde beanstandet werden, weil nicht *certae personae* damit bedacht waren ⁴⁷). Nach Justinianischem Recht aber dürfte ein Fideicommiss eben so anerkannt werden, wenn der Erblasser nicht den Bruder als seinen zur Zeit lebenden nächsten gesetzlichen Erben genannt, sondern nur auf seine künftigen Intestaterben hingewiesen oder z. B. etwa gesagt hätte: „*pro hereditate, quae ab intestato non ad te perveniret*“. Ja, auch wenn er nur einfach auf den kategorischen Ausspruch „*pro hereditate contentus sis centum aureis*“ sich beschränkt hätte, könnte darin ein Fideicommiss zu Gunsten der Intestaterben, welche sie immerhin sein mögen, erkannt werden ⁴⁸), während in dem Falle, wenn nur einem

47) Vgl. den Comment. Bd. 46. S. 391. fg.

48) In dieser Beziehung ist anderer Meinung Neuner, die *heredis institutio ex re certa*, S. 67. fg., unter Bezugnahme auf diesen Comment. Bd. 40. S. 168. Anm. 1. Er ist der Meinung, es müsse der Honorirte in irgend einer Weise im letzten Willen bezeichnet sein, und hält uns nicht berechtigt, da wo dies nicht der Fall sei, „gewissermaßen als letzte Instanz, an welche der Testator gedacht habe, seine Intestaterben anzunehmen“; er erklärt daher für ungültig eine Anordnung, bei welcher nicht der Honorirte aus irgend einer Willensdisposition des Erblassers hervorgeht“. Allein in dem vorhergehenden Fall, wenn ein Theilerbe mit jener Beschränkung eingesetzt ist, werden doch auch die Miterben gar nicht als die Honorirten bezüglich des jenem stillschweigend auferlegten Fideicommisses bezeichnet; es wird nur aus eben dieser Willensdisposition geschlossen, daß zu ihrem Besten dem Miterben die Beschränkung auferlegt sei. Ist

von mehreren eingesetzten Erben jene Beschränkung auferlegt ist, nichts näher liegt, als daß diese auf den Vortheil der Miterben berechnet sei. Uebrigens ist nicht zu bezweifeln, daß in ähnlicher Weise auch einem Intestaterben ein Fideicommiß auferlegt werden kann zum Vortheil seiner Miterben. Auch ist in den Beispielfällen der L. 69. pr. cit. nicht nothwendig vorauszusetzen, daß das beschränkende „Peto“ im Testamente selbst enthalten gewesen sei; es kann auch selbständig vor Zeugen dem früher schon testamentarisch eingesetzten Erben ausgesprochen und auch als sogenanntes Oral-fideicommiß wirksam sein.

e) Nahe verwandt dem vorigen Fall ist der, wenn der Erblasser einen Erben oder auch mehrere geradezu auf eine bestimmte Sache oder Summe oder auch auf einen umfassenderen Bestandtheil, nicht einen Bruchtheil, seines Vermögens eingesetzt hat. Eine solche an sich fehlerhafte Erbeinsetzung, *heredis institutio ex re certa*, wird als Erbeinsetzung aufrecht erhalten, als wäre die Beschränkung

dieselbe Beschränkung dem einzigen Erben auferlegt, so wird auch wieder aus eben dieser Willensdisposition, wenn nichts entgegensteht, geschlossen, daß es zum Besten der Intestaterben geschehe; denn etwas muß doch der Erblasser damit gewollt haben, und da bleibt endlich nur jene „letzte Instanz“ übrig, an welche zu appelliren nach Justinianischem Recht gestattet ist. Damit stimmt auch Windscheid a. a. D. überein, jedoch auf ein unhaltbares Argument sich stützend. (Ann. 45.) — Die gleiche Streitfrage kann übrigens auch für den Fall unter Nr. c. erhoben werden. Das Verbot, ein Testament zu errichten, konnte nach älterem Recht auch nur zu Gunsten des jetzigen nächsten Intestaterben (in L. 74. cit. des Bruders) als stillschweigendes Fideicommiß ausgelegt werden; nach Justinianischem Recht ist es zulässig, dasselbe überhaupt zu Gunsten der künftigen Intestaterben, z. B. dort eventuell auch der Kinder des Bruders, anzunehmen. Arndts Pand. §. 493. Ann. 4.

nicht beigelegt; aber diese entbehrt darum nicht aller Wirkung, insofern darin ein stillschweigend angeordnetes Fideicommiss zu erkennen ist⁴⁹⁾. Ist Jemand allein als einziger Erbe in solcher Weise zum Erben eingesetzt, so wird er als Alleinerbe zu der ganzen Erbschaft berufen, als wenn er schlechtweg ohne Zusatz eingesetzt wäre; aber es kann in diesem Zusatz der Wille des Erblassers erkannt werden, daß er doch nur die bestimmte Sache haben und behalten, die Erbschaft aber einer oder mehreren anderen Personen als fideicommissaria hereditas restituiren solle. Das ist unzweifelhaft der Fall, wenn der Erlasser schon vorher ein Testament errichtet hatte und nur in dem spä-

49) Ueber diese heredis institutio ex re certa enthält dieser Commentar schon eine ausführliche Erörterung von Mühlenthal in Bd. 40. §. 1441. S. 169—188. Seitdem aber ist darüber die sehr bedeutende Monographie von R. Meuner erschienen: die heredis institutio ex re certa, Gießen 1853., welche zuerst in dieser Lehre durchgreifend ausgeführt hat, wie der Beschränkung der Erbeinsetzung auf bestimmte Gegenstände eine Wirkung zukomme von dem Gesichtspunkte aus, daß darin ein dem so eingesetzten Erben stillschweigend auferlegtes Fideicommiss zu finden sei, und diese gründliche Bearbeitung dieser Lehre hat im Wesentlichen fast allgemeine Zustimmung gefunden. Vgl. namentlich Arndts Pand. §. 493. Wangerow Pand. 6. u. 7. Aufl. II, §. 449. Windscheid Pand. §. 552. In neuester Zeit jedoch hat dagegen gerade in dem Hauptpunkte, der Verwerthung der Fideicommissstheorie für diese Lehre, ein junger italienischer Gelehrter, Guido Padelletti, lebhaften Widerspruch erhoben in einer zugleich deutsch und italienisch herausgegebenen Abhandlung, deutsch: die Lehre v. d. Erbeinsetzung ex certa re, Berlin 1870., italienisch in dem von Serafini geleiteten Archivio giuridico vol. IV., vgl. Windscheid in der Münchener krit. Vierteljahrsschr. XII. S. 476—480.

teren Testament, worin er jenen auf eine bestimmte Sache zum Erben einsetzt, ausdrücklich den Willen erklärt, daß gleichwohl das frühere Testament aufrecht erhalten werde. Das ist wieder durch ein Rescript von Severus und Antoninus entschieden worden⁵⁰⁾. Der im zweiten Testament eingesetzte Erbe soll verpflichtet sein, den früher eingesetzten die Erbschaft als Universalfideicommiss zu restituiren. Es kann dabei auch nicht wesentlich darauf ankommen, daß der Wille der Aufrechthaltung des ersten Testaments im zweiten ausdrücklich erklärt sei; es genügt, wenn nur derselbe in einer für fideicommissarische Verfügungen überhaupt genügenden Weise an den Tag gelegt ist⁵¹⁾; und er kann auch mit gleicher Wirkung neben dem zweiten Testament durch eine selbständige Willenserklärung unter Beobachtung der gesetzlichen Form oder als Oral-fideicommiss ausgesprochen sein, indem durch die Bestätigung des ersten Testaments auf dieses nur als Quelle der Erkenntniß, was für ein Fideicommiss und wem es hinterlassen sein solle, verwiesen wird, wie auch auf eine erst nachher noch abzufassende Schrift verwiesen werden könnte⁵²⁾. Fraglich aber ist es, ob schon darin, daß der im zweiten Testament ernannte Erbe auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, eine stillschweigende Bestätigung des ersten Testaments und somit Anordnung jenes Fideicommisses zu erkennen sei? Meuner a. a. D. ist der Meinung, daß ge-

50) L. 29. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. §. 3. J. quib. mod. testam. infirm. II. 17. Diese Stellen sind in diesem Commentar schon besprochen worden von Mühlensbruch in Bd. 38. S. 472. fg., von Fein in Bd. 45. S. 267—273.; vgl. Meuner a. a. D. S. 74—90. Paballetti a. a. D. S. 87—93.

51) Fein a. a. D. S. 201. fg.

52) Vgl. oben S. 389. fg.

rade diese Frage durch das erwähnte Rescript bejahend entschieden sei, indem er die Worte des Rescripts: „*propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est*“, so erklärt, daß dabei nicht eine ausdrückliche Willenserklärung, das erste Testament solle aufrecht erhalten werden, vorausgesetzt sei, sondern eben in der Beschränkung der neuen Erbeinsetzung auf bestimmte Sachen jene *verba fideicommissaria* zu finden seien, welche jenen Willen des Erblassers aussprachen. Aber diese Erklärung ist von Anderen, namentlich von Fein und Padelletti a. a. D., gewiß mit Recht als gezwungen bekämpft. Fein dagegen findet in dem Schlußsatz der L. 29. cit. ⁵³⁾, den er wohl mit Recht für eine von Marcian dem vorher mitgetheilten Rescript zugefügte Bemerkung hält, das ausgesprochen, was nach Meuner's Erklärung schon im Rescript selbst enthalten sein soll, indem er jenen so erklärt, daß die Bitte, „*ut valeret prius testamentum*“, auch ohne ausgedrückt zu sein, stillschweigend verstanden werde, wenn nicht aus sonstigen Äußerungen oder Verfügungen des Erblassers eine entgegengesetzte Ansicht desselben hervorgehe. Aber auch diese Erklärung ist nur gut erdacht, nicht befriedigend; wenn Marcian's Gedanke der gewesen wäre, den Fein aus der Stelle herausliest, so hätte er ihn gewiß anders und klarer ausgedrückt. Meines Erachtens hat man sich mit jenem Schlußsatz ganz unnöthige Schwierigkeiten gemacht. Er sagt nichts anderes, als: das Rescript der Kaiser ist in allen gleichen Fällen zu befolgen, aber immer mit der Beschränkung, daß, was im zweiten Testament anders als im ersten und unvereinbar mit dessen Inhalt bestimmt ist, zu achten ist als letzter Wille des Erblassers,

53) *Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamentum fuerit scriptum.*

und das kann auch vorkommen, obgleich er ausdrücklich den Willen ausgesprochen hat, daß das erste Testament im Ganzen (übrigens) aufrecht erhalten werde. Wenn der Erblasser z. B. im ersten Testament mehrere zu Erben eingesetzt, im zweiten aber erklärt hat, daß einer von diesen als unwürdig nichts von seiner Erbschaft bekommen solle, so gilt für diesen das Fideicommiss nicht, und wenn der Erblasser im zweiten Testament bezüglich der Erbtheile der im ersten Testament eingesetzten Erben oder bezüglich der Nebenbestimmungen einer Erbeinsetzung u. s. w. anderes verfügt hat, so ist überall dieses zu befolgen, und kann demnach der allgemeine Ausspruch des Rescripts, daß der im zweiten Testament *ex certa re* Eingesezte den im ersten Testament eingesetzten Erben *retenta re vel quarta Falcidia* die Erbschaft zu restituiren habe, im einzelnen Fall verschiedene Modificationen erleiden⁵⁴⁾. Es muß hiernach wohl zugegeben werden, daß die Ansicht, es sei die Beschränkung des letztgenannten Erben auf bestimmte Sachen an sich ohneweiters als ein Fideicommiss zu Gunsten der im ersten Testament ernannten Erben enthaltend auszulegen, durch keinen Ausspruch der Quellen direkt bewiesen ist, und so haben sich denn auch Mehrere in diesem Punkte gegen Meuner und Fein erklärt, und behauptet, daß im fraglichen Fall, wenn nicht der Wille des Erb-

54) Marcian sagt: „*si non aliquid specialiter contrarium . . . scriptum sit*“, d. h. nicht: „wenn nicht im zweiten Testament etwas steht, das die Beachtung des ersten überhaupt ausschließt“ — dann würde ja der Testator mit sich selbst in Widerspruch kommen, wenn er im selben Testament *fideicommissariis verbis* den Wunsch der Aufrechterhaltung des ersten Testaments ausgesprochen hat —; sondern: „wenn nicht“ oder „insofern nicht im zweiten Testament irgend etwas enthalten ist, was mit dem Inhalt des ersten in einer speciellen Beziehung im Widerspruch steht.“

lassers, das erste Testament trotz dem neuen noch geachtet zu sehen, in diesem erklärt sei, einfach die Regel eintrete und der im letzten Testament auf bestimmte Sachen eingesetzte einzige Erbe schlechthin und ohne Beschränkung oder Beschränkung die ganze Erbschaft bekomme⁵⁵⁾. Allein ungeachtet der L. 29. cit. nicht die von Meuner und Fein ihr beigelegte Beweiskraft zugestanden werden kann, darf man dennoch den Satz festhalten, daß durch die Beschränkung der Erbeinsetzung auf einen bestimmten Gegenstand wohl die Willensmeinung, das frühere Testament als Codicill aufrecht zu erhalten, genügend erklärt sein könne⁵⁶⁾. Ohne Zweifel kann sich mit solcher Beschränkung der Erbeinsetzung der entschiedene Wille des Erblassers verbinden, daß der Eingesetzte wirklich nur die bestimmte Sache aus der Erbschaft bleibend gewinnen solle, wie dieser Wille durch die unter Nr. d. oben besprochene Formel „*contentus sis illa re*“ ausgesprochen wird, und wenn der Testator mit Ueberlegung der Erbeinsetzung die Beschränkung hinzugefügt hat, liegt es nahe, zu vermuthen, daß er dadurch diesen Willen ausdrücken wollte, wo nicht andere Umstände solche Deutung als unzulässig erscheinen lassen. Es fragt sich dann weiter, ob sich erkennen lasse, zu wessen Gunsten die Beschränkung hinzugefügt sei? Wenn irgendwie ersichtlich ist, daß der Testator dabei die früher genannten Erben im Auge hatte, so ist man berechtigt, für

55) Bangerow Pand. II. §. 460. Anm. unter Nr. II. Tewe's Erbr. I. §. 41. S. 255. vgl. Padelletti a. a. O., der übrigens Fein's Erklärung in Bd. 45. S. 269. nicht beachtet hat.

56) Arndts Pand. §. 493. Anm. 3. §. 502. Anm. 3. Windscheid Pand. §. 552. Anm. 6. §. 553. Anm. 10. §. 565. Anm. 2. Unger Erbr. §. 24. Anm. 13. vgl. auch Seuffert §. 508. Anm. 6. Holzschuher Theorie u. Casuistik b. R. R. 3. Aufl. II. S. 844. Nr. 3. b.

diese ein stillschweigend angeordnetes Fideicommiß anzunehmen, und dabei können auch außer der Fassung der letzten Willensordnungen andere Umstände in Betracht kommen. Wenn z. B. beide Testamente wohl erhalten im Nachlaß sich vorfinden oder beide gerichtlich deponirt sind, ohne daß der Testator bei der Ueberreichung des zweiten das erste zurückgenommen hat, so kann daraus geschlossen werden, daß nach des Testators Willensmeinung das erste durch das zweite nicht ganz beseitigt sein solle, und so wird man, wenn sich nun im zweiten Testament nur Ein Erbe auf bestimmte Sachen eingesetzt findet, obwohl die Erbschaft noch erheblich anderes Vermögen enthält, mit Grund ein Fideicommiß zu Gunsten der früher ernannten Erben annehmen; wenn dagegen das erste Testament verwaahrlost und als unnützes Papier behandelt erscheint, nicht zu gleichem Schlusse sich berechtigt halten. In jedem Falle sind alle Umstände sorgfältig in Erwägung zu ziehen, welche zur Erkenntniß des wahren Willens des Erlassers dienen. Ist der einzige Erbe auf bestimmte Sachen eingesetzt, wo eine Auslegung dieser Beschränkung zum Vortheil der in einem früheren Testament eingesetzten Erben nicht Platz greift, so können auch hier wie im Falle Nr. d. die Intestaterben in Betracht kommen als diejenigen, auf deren Vortheil die Beschränkung berechnet ist.

Anders verhält es sich in dem Fall, wenn Mehrere zu Erben eingesetzt sind, alle auf bestimmte Gegenstände oder Vermögensbestandtheile. Hier werden alle als zu gleichen Theilen eingesetzt angesehen; aber in der Beziehung der Erbeinsetzung eines jeden auf einen bestimmten Gegenstand wird für jeden ein Vorvermächtniß erkannt, das wir als Präfideicommiß bezeichnen können. Davon ist schon in der Lehre vom Prälegat (§. 1521. d.) die Rede gewesen⁵⁷⁾.

57) Vgl. oben S. 41. fg., auch Mühlenbruch in Bd. 40.

Uebrigens kann, wenn alle Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt sind, während die Erbschaft noch anderes Vermö-

§. 179. fg. Gegen die dort gebilligte Auffassung hat Pabbelletti a. a. O. S. 20—27. Widerspruch erhoben. Er will hier nicht von einem Praefideicommiss gesprochen haben; der Wille des Erblassers, den einzelnen Erben die ihnen angewiesenen Sachen zuzuwenden, werde nur durch das ganz von der aequitas geleitete arbitrium familiae exercundae realisiert, als ob jedem die bestimmten Sachen praelegirt wären; das ist unerheblich; denn ein wirkliches praelegatum lag doch nicht vor; nur *vice* praeeptionis werden jedem Erben die Sachen, auf die er eingesetzt ist, zugesprochen, wie es auch geschehen konnte, wenn der Erblasser ausdrücklich fideicommissariis verbis den Willen ausgesprochen hatte, daß der eine Erbe diese, der andere jene Sachen haben solle. Er beschränkt ferner die oben §. 41. Anm. 66. 67. angeführten L. 35. 78. pr. D. de herod. instit. und L. 17. D. de testam. milit. nur auf den Fall, wenn durch die genannten certae res die ganze Erbschaft erschöpft sei; im anderen Fall seien nach L. 9. §. 13. L. 10. D. de herod. instit. die Erben einfach als aequis partibus eingesetzt anzusehen, wo nicht bei Einsetzung der Erben auf verschiedene Theile derselben Sache sicher erkannt werde, daß der Erblasser damit die Erbtheile bestimmen wollte. Allein daraus, daß in den letzten Stellen die Zuweisung der res certae an die einzelnen Erben nicht erwähnt wird, ist nicht zu schließen, daß sie ausgeschlossen sei, selbst wenn man auch wahrscheinlich findet, daß den Verfassern der erstangeführten Stellen der Fall der Erschöpfung der Erbschaft durch die genannten certae res vor Augen stand. Vgl. Windscheid in d. Wtschr. XII. S. 480. Und an sich ist es höchst unwahrscheinlich, daß in dem einen Falle die einzelnen Erben die Sachen, auf die sie eingesetzt sind, und nur diese, in dem anderen Falle nicht bekommen sollten, da doch in der Beziehung der Erbeinsetzungen auf bestimmte Sachen in beiden Fällen mit gleichem Juge als Wille des Erblassers erkannt werden kann, daß sie diese haben sollen.

gen in sich schließt, auch noch in Frage kommen, ob nicht darin ein Fideicommiß zu Gunsten anderer Personen verborgen sei, wie in dem Falle, wenn der einzige Erbe auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist.

Ist dagegen von mehreren ernannten Erben nur einer oder anderer auf eine bestimmte Sache eingesetzt, so findet eine gleiche Beurtheilung statt, wie in dem unter Nr. d. besprochenen Falle, wenn einer von mehreren Erben ersucht ist, mit einer bestimmten Sache sich zufrieden zu geben. Er hat seinen Erbtheil den übrigen Erben zu überlassen und dagegen die bestimmte Sache aus der Erbschaft zu verlangen. Dieses Resultat herbeizuführen, diente nach älterem Recht das *iudicium familiae herciscundae*. So sagt Ulpian in L. 35. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

„Dicebam, receptum esse rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae herciscundae contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi“.

Es ist zwar ein lebhafter Streit darüber geführt worden, ob dieser Ausspruch Ulpian's wenigstens auch auf den Fall zu beziehen sei, wenn neben einem heres ex re certa institutus andere richtig eingesetzte Erben vorkommen, nicht vielmehr nur auf den Fall, wenn alle Erben ex rebus certis eingesetzt sind, und wohl auch dieses nur, wenn durch die genannten res certae die Erbschaft erschöpft sei, dieselbe außerdem keine andere Sachen (*corpora hereditaria*) mehr enthalte⁵⁸⁾? Mir ist aber un-

58) Vgl. darüber die ausführliche Erörterung von Meunier a. a. O. S. 158—163. 346. Padelletti a. a. O. S. 20. fg. 35. fg., welcher die engste Erklärung vertheidigt.

zweifelhaft, daß derselbe gerade nur auf den Fall sich bezieht, wenn ein Erbe neben anderen richtig eingesetzten auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist ⁵⁹). Ulpian berichtet uns, wie er sich als Theilnehmer an einer Disputation über einen praktischen Rechtsfall ausgesprochen habe ⁶⁰): ein Bürger hatte zwei Erben ernannt, den einen für sein italisches, den andern für sein Provincial-Vermögen; es handelte sich wohl zunächst nur um die besondere Frage, ob gewisse angekaufte Waaren zum italischen oder Provincial-Vermögen zu rechnen; aber die Beantwortung dieser Frage gab Anlaß, das ganze Rechtsverhältniß der beiden Erben zu beleuchten, die beide auf bestimmte Vermögensbestandtheile, nicht Bruchtheile, der Erbschaft eingesetzt sind, also *heredes ex rebus certis instituti*, wo aber durch diese *res certae* freilich die ganze Erbschaft erschöpft ist. Ulpian geht nun in seiner Beurtheilung des Rechtsfalles zunächst von dem einfacheren Fall aus, wenn von mehreren ernannten Erben nur einer auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist; anerkannter Rechtsatz, sagt er, sei es, daß diese Erbeinsetzung nicht ungültig sei; sie wird als wahre Erbeinsetzung aufrecht erhalten, als ob die Sache nicht genannt wäre; aber es wird doch dem daraus erkennbaren Willen des Erblassers in so fern Folge gegeben, als nun die Miterben durch den Erbtheilungsrichter erwirken können, daß jener doch nicht mehr als die bestimmte Sache gewinne. Daß Ulpian hier noch nicht den Fall vor Augen hat, wenn alle Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt sind,

59) So Francke *Recht der Notherben* S. 339.; vgl. auch Mühlenbruch im *Comment.* Bd. 40. S. 173. Num. 11.

60) L. 35. cit. ist aus Ulpian's *lib. IV. disputat.* entnommen. Vgl. über solche Disputationen: F. P. Bremer, *b. Rechtslehrer und Rechtsschulen der röm. Kaiserzeit* S. 19. fg.

geht aus der Fassung der Stelle klar hervor; es werden mehrere eingefetzte Erben vorausgesetzt; sonst könnte ja von einem *iudicium familiae erciscundae* nicht die Rede sein; aber nur von einem (in *singulari*) heißt es, daß er nicht mehr als die bestimmte Sache bekommen solle. So kann sich Ulpian nicht ausgedrückt haben, wenn er speciell den Fall vor Augen hatte, daß alle *ex rebus certis instituti* waren, auch abgesehen davon, daß alsdann das „*nihil amplius*“ Schwierigkeiten machen müßte, falls nicht durch die *certae res* die ganze Erbschaft erschöpft ist, indem alsdann an den übrigen Activen der Erbschaft noch jeder Erbe Antheil hätte. Es kann aber jener Ausspruch noch weniger, wie Padelletti will, speciell nur auf den Fall bezogen werden, wenn alle auf bestimmte Sachen eingefetzt sind und diese Sachen die ganze Erbschaft erschöpfen. Das „*nihil amplius*“ spricht auch gegen diese Annahme, nicht für sie; denn in jenem Fall konnte ja nur darauf gezielt werden, daß jeder einzelne Erbe die ihm bestimmte Sache erhalte; daß aber keiner mehr bekam als diese, verstand sich freilich von selbst, wenn nichts mehr da ist; und daß dieses Ergebnis Ulpian durch obigen Satz habe ausdrücken wollen, ist ganz unglaublich. Die einfachste den Worten Ulpian's ganz entsprechende Auffassung ist diese: Wenn neben anderen einer auf eine bestimmte Sache eingefetzt ist, so ist dieser zwar auch Erbe, aber dem Erbtheilungsrichter liegt es ob, zu bewirken, daß derselbe, d. i. *is qui ex re certa institutus est*, die bestimmte Sache und nur diese, jedenfalls nicht mehr aus der Erbschaft erhalte; ob er sie ganz erhalte, könnte noch fraglich sein, wegen Schulden der Erbschaft oder des möglichen Einflusses der *lex Falcidia*.

Das also, so sagte Ulpian, ist ausgemacht (*receptum est*), daß in jenem einfacheren Fall der in der Beschränkung der einen Erbeinsetzung auf eine bestimmte Sache

erkennbare Wille des Erblassers im iudicium familiae erciscundae zu respektiren ist. Alsdann setzt er nun den Fall, daß mehrere ernannte Erben alle, z. B. die zwei einzigen Erben beide auf bestimmte Sachen eingesetzt sind, und zwar wählt er sich ein Beispiel der Art sogleich so, daß durch den Werth der dem einen und dem anderen angewiesenen Sachen der ganze Aktvobetrag der Erbschaft erschöpft ist, weil der zur Beurtheilung vorliegende Rechtsfall so beschaffen war, nur mit dem Unterschiede, daß es sich hier nicht um zwei einzelne bestimmte Sachen, sondern um zwei geschiedene Vermögensmassen handelte:

Verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem.

Nach der vorher angeführten sententia recepta sind beide Erbeinsetzungen als richtige zu behandeln, wie wenn zwei Erben ohne Angabe von Erbtheilen eingesetzt wären; also: erunt heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti; aber es wird als Wille des Erblassers erkannt, daß der eine dieses, der andere jenes Landgut haben soll; die Realisirung dieses Willens erwirken beide gegeneinander durch den arbiter familiae erciscundae; verumtamen officio iudicis continebitur (tenebuntur *Flor.*), ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adiudicetur vel adtribuatur. Nur dieser positive Erfolg, daß jeder Erbe das ihm bestimmte Landgut bekomme, wird erwähnt; daß der eine und der andere non amplius bekomme, ergab sich von selbst, wenn das eine Landgut $\frac{3}{4}$, das andere $\frac{1}{4}$ der Erbschaft ausmachte; falls aber die Erbschaft noch etwas anderes als diese beiden Güter enthalten hätte, wäre es verkehrt gewesen, sich so wie im ersten Falle auszudrücken „non amplius quam eam rem quemque consequi“; denn das wirklich vor-

handene amplius mußte doch irgendwo bleiben; es verstand sich von selbst, daß es den quasi sine partibus eingesetzten beiden Erben zu gleichen Theilen zufließt. Ulpian hat aber diesen Fall hier besonders hervorzuheben sich nicht veranlaßt gefunden, weil er für die Beurtheilung des Rechtsfalles, auf den sich die Disputation bezog, von keiner Bedeutung war. Sein Raisonnement ist klarer ausgesprochen folgendes: *a)* *Recepta sententia* ist es, daß, wenn von mehreren Erben einer auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, dieser Erbe ist, quasi sine parte scriptus heres, daß er aber officio iudicis familiae erciscundae auf die bestimmte Sache beschränkt wird, weil der Wille des Erblassers offenbar ist, daß er nur diese bekommen soll⁶¹⁾. *β)* Sind nun zwei Erben beide auf bestimmte Sachen eingesetzt, so sind beide als sine partibus instituti anzusehen; sie sind heredes ex aequis partibus instituti; offenbar aber ist es Wille des Erblassers, daß jeder die Sache, auf die er eingesetzt ist, haben soll; consequent ist auch hier diesem Willen Folge zu geben, also durch den iudex familiae erciscundae jedem die Sache, auf die er eingesetzt ist, zuzusprechen. *γ)* Setzen wir nun sogleich, daß die bestimmten Sachen die ganze Erbschaft erschöpfen, so haben wir einen wesentlich gleichen Fall, wie derjenige, über den wir disputiren, wo zwei Erben, der eine auf das italische, der andere auf das Provincial-Vermögen, eingesetzt sind; also „haec etiam institutio, de qua quaeritur, non est repellenda . . . officioque iudicis ad-

61) Daß Ulpian diesen Fall als unzweifelhaften vorausstellte, ist leicht begreiflich; gewiß war er bei weitem häufiger vorgekommen, als der, daß alle Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt waren, und konnte so darüber am ersten eine entschiedene Praxis sich ausgebildet haben. Vgl. auch Badelletti a. a. O. S. 73.

tribuentur singulis res, quae adscriptae sunt, erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est“, d. i. quasi sine partibus instituti. Bezieht man den ersten Satz auch schon oder vorzugsweise oder ausschließlich auf den Fall, wenn alle Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt sind, so verliert das *Raisonnement* Ulpian's allen inneren Zusammenhang⁶²⁾.

Was Ulpian hiernach gerade als unzweifelhaften Rechtsatz voranstellt (*a*), das wird bestätigt durch das *Rescript* von Gordian, welches uns als Ueberbleibsel des Gregorianischen Codex erhalten ist:

Gordianus A. Sextio Juvenali: Ex re certa

- 62) Man hat vermuthet, die L. 35. cit. sei von den Compilatoren wesentlich abgekürzt worden; insbesondere machte sich das Gefühl einer Lücke geltend in dem Uebergang von *a* zu *β*., nach den Worten: Ita igitur res accipietur: Buchholz in d. *U.* von den Praelegaten S. 11. Anm. 54. schlägt als Ergänzung vor: „Ita igitur res accipietur, si unus ex re certa, alii ex parte sive ex asse sunt heredes scripti. Aliter res se habet, si omnes heredes ex re certa sunt scripti.“ Die Ergänzung ist weder nöthig noch passend. Ulpian wollte nicht den Zuhörern die verschiedenen möglichen Fälle der *heredis institutio ex re certa* exponiren, sondern nur einen unzweifelhaften Satz voranstellen als Ausgangspunkt für seine Beurtheilung des in Frage stehenden Rechtsfalles, und ein solcher war es ihm, daß der mit anderen aber *ex certa re* eingesetzte Erbe wirklich *heres* sei, aber doch nur *eam rem* erlangte, die Erbeinsetzung als solche gültig, doch aber die Bezugnahme auf die bestimmte Sache nicht außer Acht zu lassen sei. Hiernach ist nun, sagt er, ein Fall, wie der vorliegende, consequent zu beurtheilen. Es ist immerhin möglich, daß die Compilatoren etwas abgekürzt haben; aber die Deduction Ulpian's entbehrt auch so, wie sie vorliegt, nicht des logischen Zusammenhangs.

heredem institutum sic haberi, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset, sane officio familiae herciscundae iudicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioquin esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit⁶³).

Fragt man nun, wie so denn durch das iudicium familiae herciscundae der beabsichtigte Erfolg erzielt wurde, so ist nicht außer Acht zu lassen, daß der ex certa re institutus heres doch immer Erbe war, detracta rei mentione, quasi sine parte institutus. In dieser Eigenschaft nahm er an dem iudicium familiae herciscundae Theil; in dieser Eigenschaft war er pro parte hereditaria von selbst Eigenthümer der certa res hereditaria, aber eben so auch aller anderen Erbschaftsachen, und dergleichen war er auch pro parte Gläubiger der Erbschaftsschuldner und Schuldner der Erbschaftsgläubiger. Sollte er nun die ganze certa res erhalten und nur diese, so wurde dieses einfach dadurch erreicht, daß ihm der Theilungsrichter dieselbe ganz adjudicirte, die anderen Erbschaftsachen aber dem oder den Miterben überwies; aber es mußte ihm auch sein Antheil an den Forderungen der Erbschaft abgenommen werden, und dies geschah dadurch, daß der Theilungsrichter ihm die Abtretung derselben an die Miterben auferlegte oder sie arbitrato suo ganz diesen überwies, worauf denn die letzten die Rechte der Erbschaft pro parte suo nomine directis actionibus, pro parte

63) L. 1. Gregor. Cod. de familiae herciscundae et communi dividundo; in Haenel's Ausg. (im corp. iur. antiust. Bonnense) pag. 20. Vgl. darüber Mühlensbruch im Comment. Bd. 40. S. 172. fg. Meuner a. a. D. S. 355. fg. Padelletti a. a. D. S. 38. fg.

procuratorio nomine oder suo nomine utilibus actionibus geltend machen konnten; und andrerseits, um den heres ex certa re von seinem Antheil an den Schulden der Erbschaft zu befreien, bedurfte es einer Ueberweisung der Erbschaftsschulden nach ihrem ganzen Betrage auf die Miterben, so daß diese die Schulden ganz zu zahlen und vorkommenden Falles auch rücksichtlich des Schuldantheils des in re certa eingesetzten Miterben gegen die Forderungsklagen der Erbschaftsgläubiger als in rem suam procuratores die Vertheidigung zu übernehmen hatten ⁶⁴). Für die gesicherte Durchführung dieser Auseinandersetzung konnte nach Umständen durch Cautionen vorgesorgt werden ⁶⁵). Im Erfolg aber stand hiernach der ex certa re institutus einem Legatar gleich, eben so wie nach Nr. d. (oben S. 411. fg.) der richtig eingesetzte Erbe, der nur geheissen war, mit einer bestimmten Sache sich zu begnügen.

In dem letzten Falle nun wurde unzweifelhaft ein stillschweigend angeordnetes Fideicommiss angenommen, darauf gerichtet, daß der so eingesetzte Erbe seinen ganzen Erbtheil gegen Ueberlassung der bestimmten Sache restituiren solle. Es ist an sich sehr wahrscheinlich, daß der Fall, wenn ein Erbe geradezu auf eine bestimmte Sache eingesetzt war, eben so aufgefaßt und behandelt wurde, und von diesem Standpunkte aus hat denn Meunier a. a. O. das fragliche Rechtsverhältniß in beiden Fällen nach vorjustinianischem Rechte gleichmäßig construirt und beurtheilt. Man könnte nun denken, darnach habe es jenes umständlichen Verfahrens durch den Theilungsrichter nicht bedurft,

64) Vgl. Arndts in Weiske's Rechtslexikon III. S. 924. Anm. 105. (civilist. Schriften II. S. 83.)

65) Wie solche auch sonst vielfältig im Gebrauch waren: Gai. II. 252. 254. L. 2. §. 5. L. 3. 19. 20. §. 5. D. fam. eroisc. X. 2. vgl. Pabelletti a. a. O. S. 47. fg.

sondern sei die ganze Sache einfach dadurch erledigt gewesen, daß der auf die bestimmte Sache eingesetzte Erbe seinen Erbtheil den Miterben zu überlassen erklärte, wodurch pro parte die actiones hereditariae activ und passiv ex Sc. Trebelliano auf die Miterben übergegangen seien. Allein es ist nicht zu behaupten, daß in diesem Fall das Sc. Trebellianum Anwendung fand⁶⁶⁾, und es konnte auch, wenn nicht die Parteien alles in gültlichem Wege abmachten, das Einschreiten des Theilungsrichters nothwendig sein, damit der eine Erbe die ihm bestimmte Sache, die ihm als Erben nur pro parte hereditaria gehörte, ganz zu Eigenthum erhalte, und andererseits den Miterben die übrigen Sachen der Erbschaft, die pro parte hereditaria auch jenem gehörten, ausschließlich zugesprochen würden. Sodann konnte es streitig sein, ob jenem die ganze bestimmte Sache wirklich gebühre, ob nicht dadurch das Recht auf die quarta Falcidia verletzt werde, oder dieselbe gar zur Deckung von Schulden der Erbschaft erhalten müsse⁶⁷⁾. Und zudem konnte es sich nach dem Sc. Pegasianum auch noch ergeben, daß das Sc. Trebellianum keine Anwendung fand und so zu den bekannten stipulationes partis et pro parte Anlaß gegeben war⁶⁸⁾.

Diesen Schwierigkeiten wurde nun durch eine Verordnung Justinian's vom J. 529. n. Chr., die berühmte L. 13. Cod. de hered. inst. VI. 24., abgeholfen⁶⁹⁾. Sie erklärte für beide Fälle, wenn neben anderen eingesetzten Erben certi quidem ex certa re scripti sunt heredes

66) Gai. II. 257. §. 6. J. de fid. hered. II. 23.

67) L. 35. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII. 5. L. 1. Gregor. Cod. l. c.

68) Gai. II. §. 254.

69) Vgl. den Comment. Bd. 40. S. 169. fg. Neuner a. a. O. S. 384. fg.

vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, daß diese eben nur gleichwie Legatarien die bestimmte Sache erhalten, die actiones hereditariae aber activ und passiv ganz und allein auf die übrigen eingesetzten Erben übergehen sollten. Es wurde dadurch jedenfalls ohneweiters derselbe Erfolg erzielt, wie nach älterem Recht, wenn der *ex certa re scriptus heres* gegen Ueberweisung der *certa res* seinen ganzen Erbtheil den Miterben als Universal-fideicommiss nach dem *Sc. Trebellianum* ⁷⁰⁾ restituirt hätte; es bedurfte jedenfalls keines Einschreitens des Theilungsrichters, um diesen Erfolg herbeizuführen, indem einerseits jene Restitution des Erbtheils als geschehen angenommen wurde, wobei darauf, daß die *actiones hereditariae* für und gegen die Miterben streng genommen *pro parte* nur *utiles actiones* waren und der *heres ex certa re scriptus* als Fiduciar streng genommen *pro parte sua* noch den Erbschaftsgläubigern verpflichtet und nur durch *Exceptio* gegen sie geschützt war, als praktisch unbedeutend, kein Gewicht gelegt wurde, während diesem andrerseits der Anspruch auf die ganze *res certa* schon ohne *Abjudication* gleichwie einem Legatar zustand. Abgesehen von diesem Erfolge, der natürlich nur eintrat, wenn die eingesetzten Erben auch die Erbschaft antraten, war übrigens die *heredis institutio ex re certa* immer noch als Erbeinsetzung geachtet und ist dem so eingesetzten Erben die Eigenschaft eines Erben durch die *L. 13. cit.* nicht abgesprochen, kann sich vielmehr unter Umständen noch praktisch wichtig erweisen ⁷¹⁾.

70) Im *J. 529* war die später vorgenommene Verschmelzung des *Sc. Trebellianum* und *Pegasianum* oder vielmehr Ausmerzung des letzten (*tit. J. de fideicomm. hered. II. 23.*) noch nicht vollzogen; die *L. 13. cit.* war nur gewissermaßen, für einen besonderen Fall, ein *Præcedens* derselben. *Padelletti a. a. D. S. 83. fg.*

71) *Meuner a. a. D. S. 418. fg.*

Diese Auffassung des Inhalts und geschichtlichen Zusammenhangs der L. 13. Cod. cit. ist nun freilich von Padelletti a. a. O. sehr entschieden als unrichtig und unbegründet angefochten worden. Derselbe protestirt dagegen, daß die beiden Fälle, welche dort durch das Wörtchen *vel* unterschieden sind, auf eine Linie gestellt und von gleichem Gesichtspunkt beurtheilt werden. Er verwirft zwar eben so wie Meunier die Meinung, daß die Worte der L. 13. cit. „*quos legatariorum loco haberi certum est*“ nur auf diejenigen, *qui certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt*, zu beziehen seien, nicht auch auf die *ex certa re scripti heredes*; aber er will nicht zugeben, daß daraus auf eine gleiche Behandlung beider Fälle von Justinian zu schließen sei; er glaubt, durch das Wort „*haberi*“ sei nur die Meinung der damals (d. i. zu Justinian's Zeit) lebenden Juristen bezeichnet, die „in Beziehung auf die *institutio heredis ex certa re* wünschten, daß das vorhandene Recht auf dem Wege der kaiserlichen Gesetzgebung vereinfacht würde“, und versucht dann den charakteristischen Unterschied zwischen beiden Fällen noch ausführlich darzulegen⁷²⁾. Allein vorerst ist jene Erklärung der angeführten Worte der L. 13. cit. unbedenklich zu verwerfen; sie ist so gezwungen und innerlich unwahrscheinlich, daß die Ansicht des Verfassers, wenn diese jene Erklärung erfordert, schon allein deswegen als unhaltbar erscheint. Ganz unglaublich ist es, daß Justinian oder Tribonian so wie oben angeführt sich ausgedrückt habe, wenn er nur eine vage Meinung, ja eigentlich nur einen legislativen Wunsch damaliger Juristen andeuten wollte. Jene Worte des Gesetzgebers deuten vielmehr an, daß es schon vor Justinian anerkannt war,

72) Padelletti a. a. O. S. 58 fg. S. 72—87.

wie solche eingefetzte Erben, obgleich dem Namen nach heredes, doch dem Erfolge nach gegenüber den richtig eingefetzten Erben nur die Stellung von Vermächtnisnehmern einnahmen. Aber der weiteren Ausführung Padelletti's sind auch sonst noch unhaltbare Sätze eingemischt. Er behauptet nehmlich S. 81. fg., daß vor Justinian der Erbe, welchem die Herausgabe einer Erbquote mit Vorbehalt eines bestimmten Gegenstandes auferlegt war, immer die Lasten und den Nutzen der Erbschaft im Verhältniß zu dem Werthe dieses Gegenstandes getragen, beziehungsweise genossen habe. Den Beweis dafür findet er in Gai. II. §. 255. Aber Gaius sagt hier nur: wenn dem einzigen Erben nicht mehr als $\frac{3}{4}$ (dodrans = 9 unciae) der Erbschaft zu restituiren auferlegt sei, so finde das Sc. Trebellianum (nicht das Pegasianum) Anwendung, und gehen also die actiones hereditariae pro parte auf den Fideicommissar über; der Fiduciar bleibe zwar iure civili heres ex asse, aber wirksam finden die actiones hereditariae für ihn und gegen ihn nur mehr statt nach Verhältniß der Erbquote, die ihm verbleibt (die er nicht restituirt⁷³). Dasselbe gilt denn auch eben so, wenn einem Theilerben nicht mehr als $\frac{3}{4}$ seines Erbtheils zu restituiren auferlegt ist, sei es einem Dritten oder auch einem Miterben. Von dem Fall aber, wenn einem Erben mit Vorbehalt eines bestimmten Gegenstandes die Erbschaft oder seinen Erbtheil zu restituiren auferlegt ist, spricht Gaius

73) „quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet“. Dieses commodum hereditatis ist nichts anderes als die nicht der Restitution unterliegende Erbquote des Fiduciars, $\frac{1}{4}$ der Erbschaft oder mehr.

a. a. D. gar nicht. Dagegen wird von diesem Fall in §. 3 J. de fideicomm. hered. III. 23. gelehrt, daß die actiones hereditariae activ und passiv durch die Restitution ganz auf den Fideicommissar übergehen, und der Fiduciar ohne alle Theilnahme daran nur den vorbehaltenen Gegenstand behält und diese Bestimmung als eine „sonderbare“ erst von den Compilatoren herrührende Neuerung anzusehen, dazu gibt weder die Fassung der Stelle noch sonst eine Aeußerung der Quellen irgend einen Anlaß. Padelletti S. 49 nimmt aber im Resultat dasselbe, was er für den einen Fall behauptet, auch für den anderen an, wenn einer von mehreren Erben auf eine bestimmte Sache eingesetzt war. Dieser soll, obgleich er als heres sine parte institutus angesehen wurde, durch den Theilungsrichter mittels angeordneter stipulationes partis et pro parte so gestellt worden sein, als wäre er zu einer Erbquote eingesetzt, deren Größe sich nach dem Verhältniß des Werthes der ihn angewiesenen Sache zu dem Gesamtbetrage der Erbschaft bestimmte, so daß er nach diesem Verhältniß auch an den Forderungen der Erbschaft effektiven Antheil behielt und andrerseits die Schulden der Erbschaft zu tragen hatte. So erklärt Padelletti das Rescript von Gordian (oben S. 429. fg. Anm. 63.). Aber wenn dieses sagt, daß der so eingesetzte Erbe „non plus emolumenti consequatur etc.“, so liegt nichts näher als dies eben so zu verstehen, wie das „non amplius quam eam rem“ in L. 35. pr. D. de hered. instit. ⁷⁴⁾, und damit ist es unverträglich, daß er auch noch Antheil an den Forderungen behalte, und, wenn dies nicht der Fall war, so

74) Vergl. oben S. 424. Damit stimmt auch Windscheid a. a. D. überein, der S. 478 sogar gesteht, daß er Padelletti's Ansicht über das vor der L. 13. cit. geltende Recht „für nicht viel weniger als eine Kezerei halte“.

konnten ihm auch nicht die Schulden noch pro parte zur Last gelegt werden. Jener Auslegung des Rescripts steht auch sonst noch L. 35. cit. entgegen. Denn nach jener hätte man consequent in dem Falle, wenn die beiden einzigen Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt waren, denselben die Schulden der Erbschaft nach Verhältniß des Werthes der Sachen zur Last legen müssen, als ob sie zu Erbquoten eingesetzt wären, welche dem Verhältniß des Werthes derselben zu dem Gesamtbetrage der Erbschaft entsprachen. Nach L. 35. cit. §. 1. aber wurden den beiden Erben quasi sine partibus scriptis heredibus die Schulden der Erbschaft zu gleichen Theilen zur Last gelegt und die bestimmten Sachen gleichwie praelegirte zugewiesen⁷⁵).

Wenn übrigens Padelletti's Ansichten richtig wären, so würde sich ergeben, daß doch in der fraglichen Beziehung die beiden in L. 13. cit. unterschiedenen auf

75) Die Meinung Padelletti's, daß dieser Fall als ein von dem vorliegenden wesentlich verschiedener durchaus nicht von gleichem Gesichtspunkt wie dieser zu beurtheilen sei, ist schon oben S. 429. als dem ganzen Zusammenhang der L. 35. cit. nicht entsprechend abgewiesen worden. Derselbe führt aber noch als ein scheinbares Argument für seine Ansicht an, daß nach Reuner's Theorie sich nicht begreife, warum L. 13. cit. a. G. noch besonders betont: *nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri*. Aber dies läßt sich erstens schon daraus erklären, daß doch iure civili die actiones hereditariae pro parte zunächst auch den ex certa re scriptus heres trafen. Und sodann konnte es auch vorkommen, daß dieser mit der certa res nicht zufrieden war, weil deren Werth nicht einmal die quarta seines Erbtheils deckte, und darum ex Sc. Pegasiano noch weitere Ansprüche machte. Und das ist durch L. 13. cit. ohne Zweifel ausgeschlossen.

bestimmte Sachen angewiesenen Erben dem praktischen Erfolge nach schon vor Justinian einander gleichstanden, und der einzige Unterschied unter ihnen hätte nur darin bestanden, daß dieser Erfolg bei dem einen durch das *iudicium familiae erciscundae*, bei dem anderen nach den Regeln des Fideicommisses erzielt wurde. Und darauf legt denn auch der genannte Gelehrte S. 75. fg. besonderes Gewicht. Allein meines Erachtens ist gar nicht zu bezweifeln, daß, wenn einem der eingesetzten Erben ausdrücklich, also auch, wenn stillschweigend, ein Fideicommiß zu Gunsten der Miterben auferlegt war, der *iudex familiae erciscundae* competent war, auch dieses in Betracht zu ziehen, nicht genöthigt war, dieserhalb in Rom die Parteien an den *praetor fideicommissarius* zu verweisen, und vollends, nachdem alle *iudicia extraordinaria* geworden waren, nicht davon die Rede sein konnte, daß, sobald ein solches Fideicommiß im Erbtheilungsverfahren zur Sprache kam, die Verhandlung darüber zu gesonderter *extraordinaria cognitio* verwiesen werden mußte.

Nach allem diesem scheint mir Meuner's Theorie, die sich durch die Einfachheit der juristischen Operation empfiehlt und noch in Nov. 115. cap. 5. eine Stütze hat, durch die Gegenschrift Padelletti's nicht vernichtet zu sein. Wie man aber auch darüber denken mag, so ergibt sich doch in jedem Fall, auch nach des letzten Ansicht, daß auch einem nicht ausdrücklich erklärten Vermächtnißwillen des Erblassers Folge gegeben worden ist, und das ist der Standpunkt, von welchem wir auf diese Erörterung einzugehen veranlaßt waren. Ein anderer verwandter Fall ist

f) wenn ein Erbe mit Ausnahme einer gewissen Sache (*excepta certa re*) eingesetzt ist, worin ebenfalls ein stillschweigend angeordnetes Fideicommiß erkannt werden kann, sei es zu Gunsten der Miterben oder auch zu Gunsten an-

derer Personen nach Analogie der oben unter Nr. d. e. besprochenen Fälle⁷⁶⁾).

Alle diese Fälle sind hier hervorgehoben als besonders einleuchtende Beispiele, wie die römische Jurisprudenz der Kaiserzeit überall, ohne bestimmte Ausdrucksweise zu erfordern, aus dem inneren Gehalt und Zusammenhang der letztwilligen Verfügungen den Vermächtnißwillen des Erblassers zu erkennen und zur Geltung zu bringen beflissen war; und dies wird denn auch sonst noch durch einzelne Entscheidungen bestätigt⁷⁷⁾).

5) In der bisherigen Erörterung hat sich gezeigt, wie ein Vermächtniß bestehen kann, ohne daß in der Anordnung desselben derjenige, auf dessen Vortheil es berechnet ist, genannt wird⁷⁸⁾. Der gewöhnliche Fall aber ist, daß der Vermächtnißnehmer in der betreffenden Willenserklärung bezeichnet wird. In dieser Beziehung findet auf die Vermächtnißnehmer Anwendung, was an anderem Orte von der Bezeichnung der eingesetzten Erben gelehrt worden ist⁷⁹⁾. Zur Bezeichnung des Bedachten wie auch des Beschwerten kann nicht nur der Name dienen, sondern auch jedes andere Merkmal, welches auf eine bestimmte Person hinweist, und es schadet auch nicht, wenn einer sonst genügenden Bezeichnung der Person eine unrichtige beigemischt ist, sofern nur gleichwohl eine hinreichend bestimmte Bezeichnung

76) Vergl. oben S. 42 fg., auch Bd. 40. S. 166. fg.

77) Vergl. L. 89. §. 3. D. de legat. I. L. 38. §. 8. D. de legat. III. L. 19. §. 1. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. — L. 37. §. 3. 4. D. de legat. III. — L. 15. §. 1. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. L. 44. §. 9. D. de legat. I. L. 10. D. de serv. praed. urb. VIII. 2. Vgl. auch oben S. 185. fg.

78) Vgl. auch oben Bd. 46. S. 472 fg.

79) Vgl. den Comment Bd. 40. §. 1442. S. 194. fg.

vorliegt⁸⁰⁾. Was von der Person des Bedachten, das gilt ebenso auch von dem Gegenstande des Vermächtnisses. Es ist erforderlich, genügt aber auch, daß dieser auf erkennbare Weise bezeichnet sei, und es schadet auch dabei nicht, wenn eine unrichtige Bezeichnung sich einmischet, wosfern nur abgesehen von dieser noch mit Sicherheit zu erkennen ist, was vermacht sein soll⁸¹⁾. Ueberall aber wird vorausgesetzt, daß mit dem Ausdruck eines Willens auch wirklicher Wille des Erblassers zusammen stimme; im Fall erwiesenen Widerstreites zwischen Ausdruck und Willen hat jener keine Kraft, und, was der Erblasser wirklich gewollt hat, tritt nicht in Wirksamkeit, weil es nicht ausgedrückt ist⁸²⁾.

§. 1523. c.

Vermächtniß durch Vertrag.

Das Vermächtniß (Legat oder Fideicommiss) ist nach römischem Recht, eben so wie die testamentarische Erbenennung, eine einseitige und im wahren Sinne des Wortes letztwillige Verfügung des (künftigen) Erblassers. Es ist stets dem willkürlichen Widerruf des Vermächtnißgebers unterworfen⁸³⁾. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der

80) L. 33. pr. L. 34. pr. D. de cond. et dem. XXXV. 1. §. 29. J. de legat. II. 20.

81) §. 30. J. de legat. II. 20. L. 17. pr. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. L. 10. D. de auro arg. leg. XXXIV. 2. L. 1. §. 8. D. de dote praeleg. XXXIII. 4. L. 7. §. 1. Cod. de legat. VI. 37. Bergl. Bd. 46. S. 93.

82) L. 3. D. de reb. dub. XXXIV. 5. L. 4. pr. D. de legat. I. L. 9. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

83) Der bekannte Satz: „Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum“ wird gerade in Beziehung auf Vermächtnisse ausgesprochen in L. 4. D. de adimend. et transfer. legat. XXXIV. 4.

Vermächtnißwille wohl auch vollkommen wirksam in Form eines Vertrages erklärt sein kann. Soldaten im Feldzug konnten nach römischem Recht, weil überhaupt nicht an eine Testamentsform gebunden, auch in Vertragsform gültige Testamente errichten⁸⁴⁾, und, wie sie in dieser Weise über ihr ganzes Vermögen letztwillig verfügen konnten, so ist kein Zweifel, daß sie in gleicher Weise auch ein Vermächtniß wirksam anordnen konnten. So lange für Fideicommissa überhaupt noch nicht eine bestimmte Form (Zuziehung von Zeugen) vorgeschrieben war, konnten auch Nichtsoldaten in Form eines Vertrages mit demjenigen, den sie bedenken wollten, ein Vermächtniß anordnen, in so fern sich darin der Vermächtnißwille sicher aussprach; und nach Justinianischem Rechte ist unzweifelhaft ein vollkommen wirksames Vermächtniß anzunehmen, wenn der Erblasser unter Zuziehung von fünf Zeugen einem Anwesenden ein Vermächtniß von bestimmtem Betrag aus seiner Erbschaft zusagt, dieser auch dasselbe dankbar acceptirt, und darüber eine von den fünf Zeugen unterschriebene Urkunde angefertigt wird. Allein es fehlte nach römischem Recht solcher Willensverfügung die charakteristische Wirkung des Vertrages, daß dadurch der Wille gebunden wird, und, wenn auch ausdrücklich erklärt war, daß die ertheilte Zusage unverbrüchlich gehalten werden solle, so war dadurch doch nicht der einseitige Widerruf des zugesagten Vermächtnisses ausgeschlossen, so wie jeder der beiden Soldaten, welche das in L. 19. Cod. l. c. erwähnte Pactum geschlossen hatten, willkürlich sein darin nach Soldatenecht enthaltenes Testament wieder vernichten und einseitig ein anderes Testament errichten konnte. Er gab nach römischem Recht kein vertragsmäßig bindendes Vermächtniß, wie keine vertragsmäßige

84) L. 19. Cod. de pactis II. 3.

Erbeinsetzung. Nach Justinianischem Recht kann allerdings Jemand auch durch Vertrag seine künftigen Erben zu einer Leistung verpflichten, so daß er selbst unwiderruflich daran gebunden ist, die *Obligatio* aber erst nach seinem Tode in der Person der Erben wirksames Dasein gewinnt⁸⁵). Den Zweck des Vermächtnisses, Begünstigung einer Person durch unentgeltliche Zuwendung eines Vermögensvortheils auf den Todesfall, nur zur Last der Erben, kann man auch auf solche Weise erreichen. Aber dies ist nicht Legat oder Fideicommiss, nicht nach den vom Vermächtniß geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Die *Obligatio* haben die Erben wie jede andere vom Erblasser contrahirte Schuldverbindlichkeit zu tragen, und andererseits geht auch die entsprechende Forderung, wo nicht ein besonderer Grund entgegensteht, auf die Erben desjenigen, dem die Leistung versprochen worden, über, mag er vor oder nach dem Versprechenden gestorben sein. In dieser Beziehung kann jedoch die vertragsmäßige Zuwendung des Vermögensvortheils dem Vermächtniß gleichgestellt werden, indem deren Rechtsbestand an die Bedingung geknüpft wird, daß der Begünstigte den Geber überlebe. So gestaltet sich die unentgeltliche Zuwendung des Vermögensvortheils als Schenkung auf den Todesfall oder von Todeswegen, *mortis causa donatio*, die mit dem Vermächtniß nahe verwandt ist⁸⁶). Sie kann in der Weise vorgenommen werden, daß dem Empfänger der Schenkung sofort ein bestimmtes Recht,

85) L. 11. Cod. de contrah. stipulat. VIII. 38. L. un. Cod. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant. IV. 11. §. 13. J. de inutil. stip. III. 19. vergl. Gai. III. §. 100. 117. 158. 176.

86) Dig. de mortis causa donationibus XXXIX. 6. Cod. VIII. Darüber der Commentar zu Heffelsb. §. 1707—1712.

z. B. und namentlich das Eigenthum einer bestimmten Sache, übertragen wird, aber unter dem in der Schenkung als *mortis causa donatio* stillschweigend enthaltenen Vorbehalt des Rückfalls, falls der Schenker den Beschenkten überleben sollte (resolutiv bedingt), oder auch so, daß das Recht nur gewährt wird unter der Bedingung, wenn der Beschenkte den Schenker überlebe oder wenigstens dieser jenen nicht überlebe⁸⁷⁾. Diese Schenkung kann auch, wie jede Schenkung, in dem bloßen Versprechen einer Leistung bestehen, dessen Erfüllung dann nicht mehr Schenkung ist⁸⁸⁾, so daß alsdann die *Obligatio* aus dem in der letztgenannten Weise bedingten Versprechen erst nach dem Tode des Schenkers in der Person der Erben des Schenkers ihren Anfang nimmt⁸⁹⁾. Solche Schenkung auf den Todesfall

87) L. 2. 29. 32. D. 1. c.

88) §. 2. J. de donat. II. 8. L. 36. §. 5. Cod. de donat. VIII. 54 L. 12. 22. 33. pr. D. eod.

89) Nach vorjustinianischem Rechte möchte aus diesem Grunde wohl die Gültigkeit einer *mortis causa donatio* durch Versprechen bezweifelt werden. Indessen ist schon in zwei Digestenstellen (L. 34. 35. §. 7. D. 1. c.) die *mortis causa stipulatio* eines *annuum* angeführt und nach Festus *voce mortis causa* scheint schon Labeo überhaupt die *mortis causa stipulatio* anerkannt zu haben. Vgl. Savigny System des heut. R. R. IV. S. 249. not. z. Die dort auch angeführte L. 11. D. de dote praelegata. XXXIII. 4. gehört aber nicht hieher; die daselbst berührte *mortis causa donatio* bestand darin, daß die Frau als Bestellerin der *Dos* für den Fall der Endigung der Ehe durch ihren Tod einen Anderen die Restitution der *Dos* vom Manne stipuliren ließ, und dieser promittirte ja nicht *post mortem suam*. Nach Justinianischem Rechte aber wäre auch ohne jene Belegstellen überall kein Zweifel mehr möglich, daß auch durch bloßes Versprechen eine *mortis causa donatio* vollzogen werden kann. Vgl. oben Anm. 84.

ist nun dem Vermächtniß auch in der Beziehung und darum vollends nahe verwandt, daß regelmäßig der Schenker bis zu seinem Tode, eben so wie der Erblasser, das schon angeordnete Vermächtniß willkürlich widerrufen kann. Darum sind denn die wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen über Vermächtnisse auch auf Schenkungen von Todeswegen übertragen und selbst auch in Ansehung der äußeren Form der dazu erforderlichen Willenserklärung des Schenkers dieselben im Wesentlichen den Vermächtnissen gleichgestellt worden⁹⁰⁾. Auf das Recht willkürlichen Widerrufs aber kann der Schenker wirksam verzichten⁹¹⁾. Auf diese Weise konnte also schon nach römischem Recht Jemanden ein sicherer Vermögensvortheil von gleichem Inhalt, wie der eines Vermächtnisses, auf den Todesfall des Gebers zugewendet werden, nur allein davon abhängig, daß der letzte nicht jenen überlebe.

Im heutigen gemeinen Recht ist nun aber der römische Grundsatz, daß in Beziehung auf seine künftige Vererbung der Wille des Erblassers nicht durch einseitig unwiderruflichen Vertrag gebunden werden könne, verdrängt worden. Durch Praxis und Wissenschaft ist der Erbvertrag zu gewohnheitsrechtlicher Geltung gelangt, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, wodurch Jemand über die Erb-

90) §. 1. J. l. c. L. 4. Cod. de m. c. donat. VIII. 57. vgl. Savigny a. a. O. S. 261. fg. Arndts Pand. §. 589. 590. Windscheid Pand. §. 369. 675. 676.

91) L. 13. §. 1. L. 35. §. 4. D. de m. c. donat. XXXIX. 6. Nov. 87. praef. cap. 1. Schenkt Jemand mit Rücksicht auf seinen Todesfall so, daß die Schenkung in keinem Fall wieder rückgängig werden soll, auch nicht, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, so ist das nicht mehr die eigentliche mortis causa donatio, sondern gleich jeder inter vivos donatio, deren Erfüllung nur auf die Todeszeit des Schenkers hinausgeschoben ist. L. 27. D. l. c.

folge in seinen künftigen Nachlaß Bestimmungen trifft, die er als vertragsmäßig bindende nicht mehr einseitig durch andere Willensanordnungen aufheben kann. Es liegt darin eine Ernennung von Erben durch den Willen des (künftigen) Erblassers, wie die testamentarische Erbeinsetzung eine solche ist, von dieser nur dadurch verschieden, daß sie nicht willkürlich zurückgenommen werden kann; man nennt das Rechtsgeschäft daher passend Erbeinsetzungsvertrag⁹²⁾. Wenn nun solchergestalt die Gesamtnachfolge in sein Vermögen Jemand durch bindenden Vertrag bestimmen kann, so scheint es sich fast von selbst zu verstehen, daß in gleicher Weise auch eine Einzelzuwendung aus der Erbschaft als möglich anzuerkennen sei, oder, mit anderen Worten, daß auch ein Vermächtniß mit analoger Wirkung vertragsmäßig müßte errichtet werden können, und so hat denn auch der Gelehrte, der zuerst das eigentliche Wesen des univiersellen Erbvertrages, welches durch die Benennung Erbeinsetzungsvertrag bezeichnet ist, genauer entwickelt hat, dem Erbeinsetzungsvertrag gegenüber einen Vermächtnißvertrag anerkannt, wie man früher einen singulären Erbvertrag dem univiersellen entgegengesetzte⁹³⁾. Dagegen ist jedoch Wider-

92) Das wahre Wesen dieses Erbvertrages ist zuerst gründlich entwickelt und festgestellt worden von Joh. Chr. Haffe im Rhein. Mus. für Jurisprudenz II. S. 149—218. Er nennt den Vertrag, durch welchen ein (direkter) Erbe ernannt wird, „Beerbungsvertrag“ (im engeren Sinn), aber auch schon (S. 150.) „Erbeinsetzungsvertrag“, und diese Bezeichnung ist nach Beseler's Lehre von den Erbverträgen (Göttingen 1835—1840.) mit Recht als die passendere recipirt worden. Vgl. G. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860. S. 1. fg. Gerber, deutsches Privatrecht §. 257—259. (10. Aufl. S. 701. fg.).

93) Haffe a. a. O. S. 150. 218. und Bd. 3. des Rhein. Mus. S. 15—22.

spruch erhoben worden, und zwar von solchen, die den Erbeinsetzungsvertrag vollkommen anerkennen⁹⁴). Den sogenannten Vermächtnißvertrag hat man als eine fast wesenlose Erfindung verurtheilt, an welcher ihre Kunst zu versuchen die Theorie nicht die Aufgabe habe, wiewgleich er sich theoretisch wohl denken lasse. Das Bedürfniß des Rechtslebens, sagt man, sei durch die *mortis causa donatio* und die Schenkung unter Lebenden mit hinausgeschobener Erfüllung wohl genügend befriedigt. Und allerdings das muß zugegeben werden, daß ein praktisches Bedürfniß die Annahme des Vermächtnißvertrages nicht gerade fordert: könnte doch auch der Erbeinsetzungsvertrag ohne erheblichen Nachtheil preisgegeben werden, wie ihn schon das oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch, ausgenommen für Ehegatten, nicht kennt. Allein, wenn der Erbeinsetzungsvertrag anerkannt ist, so erscheint es als eine unleidliche Inconsequenz, dem Vermächtnißvertrag die Anerkennung zu versagen. Die in jenem enthaltene Ernennung eines Erben unterscheidet sich von der römischen Erbeinsetzung wesentlich nur dadurch, daß sie nicht willkürlich widerrufen werden kann: warum denn soll nicht auch bei einem Vermächtniß die Ausschließung willkürlichen Widerrufs möglich sein? Wer für seinen ganzen Nachlaß unwiderruflich sich einen Erben ernennen kann, soll doch nicht in gleichbindender Weise ein bestimmtes Vermögensstück, einen bestimmten Geldbetrag aus seinem Nachlaß, einer Person vermachen können? Das römische Recht hielt für Erbeinsetzungen wie für Vermächtnisse gleicherweise an dem Grundsatz fest, daß durch Vertrag nicht der Wille des Erblassers gebunden, die willkürliche Aufhebung einer letztwilligen Anordnung

94) Beseler a. a. O. II. 1. S. 221., 2. S. 109. fg. Gerber a. a. O. §. 257. Anm. 5.

nicht ausgeschlossen werden könne; durch die Aufnahme des Erbeinsetzungsvertrages wäre jener Grundsatz in Beziehung auf die Ernennung von Erben aufgegeben; und bezüglich der Vermächtnisse wäre er aufrecht erhalten? Das, möchte man denken, sei doch ein wunderliches Recht. Nun sagt man zwar, neben möglicher unwiderruflicher Schenkung auf den Todesfall auch noch ein unwiderrufliches Vermächtniß als möglich zuzulassen, sei Ueberfluß. Aber zwischen beiden besteht doch noch ein nicht unerheblicher Unterschied. Das Recht aus der ersten ist nur davon abhängig, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebe; sobald dies entschieden, ist diesem das Recht erworben und geht sofort auch auf dessen Erben über, oder wird eigentlich nur den Erben erworben, wenn Schenker und Beschenkter als gleichzeitig verstorbene anzusehen sind ⁹⁵); damit das Vermächtnißrecht den Erben des Bedachten zukomme, wird wesentlich vorausgesetzt, daß der letzte nicht *antequam dies legati cessit* gestorben sei ⁹⁶). Dies ist nun zwar von keiner Bedeutung, wenn die Schenkung auf den Todesfall nur in einem erst nach dem Tode des Schenkers zu erfüllenden Versprechen bestand, wornach nun erst eine unbedingte Forderung des Beschenkten oder seiner Erben sich ergibt; denn bei Vermächtnissen ist Regel: „*dies legati cedit mortis testatoris tempore*“; wenn also der Vermächtnißnehmer nur den Vermächtnißgeber überlebt, so ist auch dessen Erben das Vermächtnißrecht gesichert. Aber das Vermächtniß kann an eine Bedingung geknüpft sein, deren Erfüllung zur Zeit des Todes des Vermächtnißgebers noch zu erwarten ist; dann gilt die Regel: „*dies*

95) L. 2. in f. D. I. c. L. 26. eod. cf. L. 32. §. 14. D. de donat. inter vir. et ux. XXIV. 1.

96) Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. XXXVI. 2.

sub conditione legati cedit conditione existente“; der Bedachte muß die Erfüllung der Bedingung erleben, damit das Vermächtnisrecht auf seine Erben übergehe. Nun kann auch ein auf den Todesfall gemachtes Schenkungsversprechen noch an eine andere Bedingung geknüpft sein, die zur Zeit des Todes des Schenkers noch nicht erfüllt ist; daraus ergibt sich denn nach den Regeln, die von der *mortis causa donatio* gelten, sofort durch den Tod des Schenkers eine nur mehr von der Erfüllung der anderen Bedingung abhängige Forderung, die als bedingte Forderung auch auf die Erben des Beschenkten übergeht, wenn dieser die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt. Das wäre denn doch ein nicht ganz unerheblicher Unterschied. Und das ist nicht die einzige Verschiedenheit zwischen der *mortis causa donatio* und dem Vermächtniß⁹⁷⁾; wenn man aber überhaupt noch die regelmäßige widerrufliche Schenkung auf den Todesfall und das Vermächtniß als verschiedene Rechtsgeschäfte ansieht, so muß man eine Verschiedenheit zwischen beiden auch noch anerkennen, wenn bei beiden der willkürliche Widerruf des Schenkers und Vermächtnißgebers ausgeschlossen ist, wie es nach römischem Recht schon bei der Schenkung auf den Todesfall der Fall sein konnte, nach heutigem Recht auch bei Vermächtnissen als möglich eben behauptet wird. Man kommt also immer wieder auf die Frage zurück: wie kann ein Recht, das eine unwiderrufliche Erbernennung anerkennt, bei Vermächtnissen die Ausschließung des Widerrufs für unzulässig erklären? Die Erbeinsetzung kann, wie oben S. 416. fg. besprochen wurde, eine *heredis institutio ex certa re* sein und hat dann nach Umständen im Erfolg nur die Wirkung

97) Hasse a. a. O. II. S. 343. fg. III. S. 1. fg. Savigny a. a. O. §. 273. Arnolds Pand. §. 590. not. o—u. Unger das oesterreich. Erbrecht §. 77. Anm. 5. 11—14.

eines Vermächtnisses: wie soll es nun nach der Ansicht derjenigen, welche von einem Vermächtnißvertrag überhaupt nichts wissen wollen, damit gehalten werden, wenn vertragsweise Jemand zum Erben auf ein bestimmtes Gut ernannt ist? Nachdem der Erbeinsetzungsvertrag anerkannt ist, muß man ohne Zweifel zugeben, daß es ein gültiger Erbvertrag sei, wenn vorher vollzogene testamentarische Erbeinsetzungen durch Vertrag für unabänderlich erklärt und so dem Widerruf entzogen werden: man sieht nicht ein, warum nicht auch in Ansehung eines in einer letzten Willensordnung enthaltenen Vermächtnisses durch Vertrag dasselbe soll zu erzielen sein; wird dies aber eingeräumt, so wird doch, abgesehen davon, daß es nun nicht mehr in das freie Belieben des Vermächtnißgebers gestellt ist, die Natur jener Willensverfügung nicht alterirt; sie ist ein unwiderruflich gewordenes Vermächtniß, nicht jetzt eine Schenkung auf den Todesfall, und unterliegt den Grundsätzen von Vermächtnissen, ausgenommen so weit als diese durch die vertragsmäßige Unwiderruflichkeit alterirt werden.

Es war also ein richtiger consequenter Gedanke, neben den Beerbungs- oder Erbeinsetzungsvertrag den Vermächtnißvertrag zu stellen. Eine Erfindung kann der eine wie der andere nur halb wahr genannt werden. Hätte sich nicht schon längst in der gemeinrechtlichen Doktrin die Ansicht geltend gemacht, daß der römische Grundsatz der Nichtigkeit vertragsmäßiger Regelung der künftigen Erbfolge durch das neuere Recht gebrochen sei, und wäre nicht demnach ein sogenannter univerveller Erbvertrag als ein gültiges bindendes Rechtsgeschäft längst anerkannt worden, wie unvollkommen auch die Theorie darüber sich ausgebildet hatte: niemals würde Hasse's theoretische Konstruktion dieses Rechtsgeschäfts es vermocht haben, wirklich praktisches Recht zu erzeugen. Es war nur wissenschaftliche Bewältigung des objektiven Rechtstoffes, welche er versucht und siegreich

durchgeführt hat. Eben so wie ein univerveller Erbvertrag, vielleicht noch entschiedener, war aber auch ein sogenannter singulärer, d. i. ein Vermächtnißvertrag, längst vor Haffe zur Anerkennung gelangt, und die wissenschaftliche Construction des ersten mußte dann consequent auch auf den letzten analoge Anwendung finden. Und so wird denn auch, gegenüber den zwei berühmten Germanisten, in Uebereinstimmung mit Haffe von der Mehrzahl der heutigen Rechtsgelehrten neben dem Erbeinsetzungsvertrag der Vermächtnißvertrag als ein eigenes gültiges Rechtsgeschäft des heutigen gemeinen Rechts anerkannt⁹⁸⁾. Was nun die Form dieses Vermächtnißvertrages betrifft, so wird als die herrschende Lehrmeinung angegeben, daß dafür „irgend welche Form“ so wenig wie für den Erbvertrag erfordert werde⁹⁹⁾. Aber mit Recht hat Haffe das ein monströses Recht genannt, welches für eine widerrufliche Erbeinsetzung die strengste Form erfordere, für eine unwiderrufliche die laxeste Form, einen formlosen Vertrag, als genügend gelten lasse¹⁰⁰⁾. Und dasselbe kann man in Betreff des Vermächtnißvertrages sagen: zu wirksamer Errichtung eines widerruflichen Vermächtnisses soll die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich sein; auch für die widerrufliche mortis causa donatio ist die gleiche Form vorgeschrieben; ein unwiderrufliches Vermächtniß aber soll durch

98) Albrecht in den krit. Jahrb. von Richter u. Schneider Jahrg. VI. S. 325. 334. Walter, deutsches Privatrecht §. 433. Bluntschli, deutsches Privatr. §. 196., und vorzüglich Hartmann a. a. O. S. 73—84., sodann Arndts in Haimersl's Vierteljahrsschrift für oesterreich. Rechts- und Staatswissensch. VII. S. 280. fg. (civilist. Schriften II. S. 196. fg.) Unger a. a. O. §. 77. Anm. 13. Windscheid Band. §. 632.

99) Windscheid Band. a. a. O.

100) Haffe im Rhein. Mus. II. S. 191.

formlose Uebereinkunft vollkommen wirksam errichtet werden können! Solchem Rechte ist nun die Theorie Hartmann's entgegengetreten. Sie erfordert für einen gültigen Erbvertrag eine Erbernennung, die an sich als widerrufliche zu Recht bestehen könnte, durch den Vertrag aber unwiderruflich gemacht wird. Und eben so ist zu einem gültigen Vermächtnißvertrage ein als widerrufliches gültiges Vermächtniß erforderlich, bei welchem nur durch den Vertrag die Widerruflichkeit ausgeschlossen ist ¹⁾. Somit ist auch bei dem Vermächtnißvertrag regelmäßig die Form-Vorschrift der L. 8. §. 3. Cod. de codicillis zu beachten. Aber auch ein sog. Orafideicommiß ist als vertragsmäßig unwiderrufliches möglich. Wenn in Gegenwart des künftigen Erben und mit dessen Wissen der Erblasser einer anderen Person vertragsweise ein bestimmtes Vermächtniß unwiderruflich zusagt, so ist darin ohne Zweifel ein wirksames Fideicommiß anzuerkennen und kann der Beschwerte, wenn er es in Abrede stellt, durch Eidessantrag dasselbe anzuerkennen angehalten werden. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Erblasser erst hinterher von dem mit dem Vermächtnißnehmer geschlossenen Vertrage dem beschwerten Erben persönlich Kunde gegeben und das darin zugesagte Vermächtniß zu entrichten ihm anbefohlen hat.

Was übrigens die Folgen der Unwiderruflichkeit des vertragsmäßigen Vermächtnisses betrifft, so ist darüber eingehender zu handeln dem Commentar zu Dig. lib. XXXIV. tit. 4. vorzubehalten.

1) A. a. D. §. 5. S. 44. fg. S. 79. Damit stimmt auch Windscheid Pand. §. 541. eigentlich überein, indem er anerkennt, daß Hartmann „mit guten Gründen“ gegen die herrschende Meinung sich erklärt habe. Vgl. Arndts a. a. D. S. 281. (civilist. Schriften II. S. 198.)

Berichtigungen.

Zu Th. 46. (Bd. 1.) S. 5. Z. 14. statt Lehre lies Rechte — S. 5. Z. 21. der Artikel Legat erscheint jetzt in des Verfassers gesammelten civilistischen Schriften (Stuttgart 1873) als Nr. 50. im 2. Bande. — S. 14. Anm. 31. Z. 3. ist das Komma nach *διαθήκη* zu streichen. — S. 16. Anm. 36. Z. 2. lies *do lego*. — S. 47. Z. 3. statt L. 23. pr. lies L. 21. pr. — S. 47. Anm. 5. Z. 2. st. Anm. 25. l. S. 14. Anm. 30. — S. 68. (nicht 58.) Z. 20. setze zu entrichten habe? — S. 115. Z. 26. st. L. 49. §. 3. lies L. 49. §. 2. — S. 119. Anm. 36. lies Gruchot II. — S. 140. Z. 20. lies *praestabatur*. — S. 220. Anm. 18. st. 405. l. 205. — S. 228. Anm. 36. Z. 15. st. Die l. die — S. 365. Z. 24. st. denjenigen l. demjenigen — S. 442. Anm. 16. Z. 4. l. zum Vortheil der Erben desselben. — S. 507. Z. 16. l. Nebeneinanderberufen und Z. 17. jenen st. jenem — S. 522. Z. 27. l. *nomine* —

Zu Th. 47. (Bd. 2.) S. 4. Z. 12. st. *ἀνευρίν* l. *ἀναυρίν* — S. 47. Z. 6. v. u. st. genügenden l. genügender — S. 63. Z. 4. v. u. st. auf l. auch — S. 83. Z. 21. setze *visum est*. — S. 97. Z. 2. st. *eum* l. *cum* — S. 97. Z. 2. v. u. nach Miterben kein Komma. — S. 101. Z. 22. l. *consultum*. — S. 117. Z. 19. nach namentlich kein Komma. — S. 125. Anm. 21. Z. 4. 5. l. *praeter partes her. ded.* — S. 127. Z. 10. lies §. 1521. c. — S. 165. Z. 5. u. Z. 29. st. B und C lies C und D — S. 226. Z. 5. l. *de legat. II.* — S. 238. Z. 25. st. eingekehrten l. umgekehrten — S. 242. Z. 15. l. *Titio lego*. — S. 250. Z. 1. 2. v. u. lies, wie auch Gordon hier die *omnes* in demselben Sinne verstand, wie in L. 124. cit. — S. 253. Z. 7. st. wo dies auch lies wo auch das letzte — S. 268. Anm. 60. l. **XXIX.** 7. — S. 299. Z. 4. setze. statt? — S. 305. Anm. 7. st. das l. des — S. 311. Z. 14. nach *nuncupativi* und Z. 18. nach *conficitur* ein, — S. 312. Z. 8. nach Erblasser das, und Z. 12. nach *verstehe das* zu streichen. — S. 317. Z. 10. 11. st. gebracht l. gebraucht — S. 319. Anm. 23. Z. 4. l. Hermogen. — S. 321. Anm. 26. Z. 3. st. den l. dem — S. 327. Anm. 35. Z. 8. l. *relictum* — S. 330. Z. 3. st. dem l. den und Z. 6. *quidem* st. *quidam* — S. 338. Z. 7. 8. l. *discretum infortunium* und Z. 26. einer st. einen — S. 375. Z. 10. l. *expetat* — S. 383. Z. 18. ist *noster* zu streichen. — S. 405. Z. 14. lies *insulam* u. Z. 19. *immerito* — S. 409. Z. 17. l. *γενέσθαι* — S. 410. Z. 25. st. anderen l. andere — S. 412. Z. 6. l. *peto pro part* — S. 417. Z. 12. st. nur l. nun — S. 434. Z. 14. st. von l. vor —