

Ausführliche Erläuterung

der

P a 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. Karl Ludwig Arndts v. Arnesberg,

K. K. Hofrath, weiland ordentlichem Lehrer der Rechte an der Universität
Wien, Mitgliede des österreichischen Herrenhauses und der kais. Akademie der
Wissenschaften, Comthur des St. Gregorius- und des Franz-Josephs-Ordens,
Ritter des österreichisch kaiserlichen Leopoldordens und des königl. bayer.
Michaelisordens I. Klasse.

Acht und vierzigsten Theils erste Lieferung.

Erlangen,

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

1875.



Denkbeleg

15 Ak 35

Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

DIG: 115867

Verichtigungen.

- §. 82. Ann. 100. statt dominum lies dominium
- §. 103. §. 7. lies in do lego legato
- §. 125. §. 12. lies usufructus
- §. 162. §. 5. 4. v. u. lies Folgenden
- §. 165. Ann. 7. §. 6. lies προσαυξησεως

STAATSARCHIV
LÜBECK

205/113.

64/3387

§. 1524.

Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.

„Legatum est delibatio hereditatis. Ex legantis igitur voluntate res legata penes heredem manere non debet.“

Mit dieser Bemerkung beginnt Heltfeld seinen §. 1524, der von dem *ius accrescendi* der Collegatarien handelt. „Inde“, sagt er, *inter collegatarios coniunctos obtinet ius accrescendi, vi cuius portio vacans reliquis accrescit collegatariis coniunctis*“. Diese Bemerkung ist nicht zu loben, wenn man auch berücksichtigt, daß der Verfasser zunächst nur von Legaten als dem Erben auferlegten Vermächtnissen spricht und erst in §. 1529. auch auf Fideicommissa zu sprechen kommt. Der Wille des Erblassers, der dem Erben ein Legat auflegt, ist positiv, daß die vermachte Sache der Legatar haben soll, und bewirkt folgeweise, daß diese dem Erben entzogen wird, sofern das Legat in Wirksamkeit tritt. Ist dies nicht der Fall, sei es, weil der Legatar das Vermächtniß ablehnt oder aus anderem Grunde nicht mehr erwerben kann, so bleibt das Vermachte dem mit dem Vermächtniß beschwerten Erben; dieser ist nun von der Vermächtnißlast befreit¹⁾. Das Gleiche gilt eben

1) Nach der *lex Papia Poppaea* konnte freilich das Legat in den meisten Fällen dem onerirten Erben durch *caduci vindicatio* entzogen werden. Aber, indem Justinian die *caducorum vindicatio* überhaupt aufhob, erklärte er zugleich ausdrücklich, daß nun auch in dieser Beziehung das *ius antiquum* vor jener *lex* wieder hergestellt sei, so wie auch selbst unter deren Herrschaft die völlige Richtigkeit eines

so, wenn nicht einem Erben, sondern sonst Jemanden, z. B. einem Vermächtnißnehmer, ein Vermächtniß aufserlegt ist ²⁾. Wenn aber der Erblasser dieselbe Sache Mehreren vermacht, Mehreren gemeinschaftlich ein Vermächtniß hinterlassen hat, das sich, wenn sie alle erwerben, nothwendig unter ihnen theilt, so tritt wohl jedenfalls dasselbe ein, wenn keiner von diesen das Vermächtniß erwirbt; es fragt sich aber, ob das Wegfallen nur des einen oder andern derselben eben so zum Vortheil des Beschwerten gereiche, so daß dieser nun zum Theil von der Vermächtnißlast befreit werde, oder vielmehr zum Vortheil der übrigen Mitbedachten, so daß diese in Folge des Wegfallens eines Concurrenten Mehr als sonst der Fall sein würde erhalten? Hier wird nun allerdings regelmäßig als dem Willen des Erblassers entsprechend das letzte angenommen, und ist damit das sogenannte Anwachsungsrecht für Vermächtnißnehmer anerkannt, wie ein solches ähnlich auch bezüglich der Erbfolge stattfindet in dem Fall, wenn von mehreren mitsammen dazu berufenen Personen die eine oder andere nicht die Erbschaft erwirbt ³⁾. Von Vermächtnissen der Art, wie sie hier vorausgesetzt werden,

Legats (quod pro non scripto habetur) nur zum Vortheil des Onerirten gereichte. L. un. §. 3. 4. 7. 8. 11. Cod. de cad. toll. VI. 51.

- 2) L. un. §. 4. cit. „ea manere apud eos, a quibus derelicta sunt, heredes forte vel legatarios vel alios, qui fideicommisso gravari possunt.“ Vgl. §. 8. ibid. L. 60. D. de legat. II. Davon wird jedoch eine Ausnahme gemacht, wenn erwiesen ist, daß der Erblasser den mit einem Fideicommiß beschwerten Legatar nur als Vermittler vorgeschoben hat, um das Vermachte dem Dritten zuzuwenden. L. 17. pr. D. l. c. Si quis Titio decem legaverit et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis; nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit.

- 3) Darüber enthält der 43. Theil dieses Commentars, §. 1498. 1499. S. 243—367., eine ausführliche Entwicklung, worin

ist nun schon im 46. Theil dieser Erläuterungen, §. 1521 c. S. 476—518, ausführlich gehandelt worden, und mußte dort denn auch das nur bei solchen Vermächtnissen vorkommende Anwachsungsrecht oft berührt werden. Dort aber wurde wesentlich nur der Fall in's Auge gefaßt, wenn die neben einander mit einem Vermächtniß bedachten Personen alle das Vermächtniß wirklich erwerben, also nur sich fragt, wie durch die Concurrenz einer Mehrheit das Recht der einzelnen Vermächtnißnehmer sich bestimme; hier dagegen ist nun der Fall näher in Betracht zu ziehen, wenn von jenen Personen eine oder andere zu ihrem Theil das Vermächtniß nicht erwirbt, in welchem Fall allein von einem Anwachsen des dadurch freigewordenen Vermächtnißtheiles die Rede sein kann.

In §. 1521 c. (Th. 46 S. 477 fg.) ist schon ausgeführt worden, daß in fraglicher Beziehung nach altem Recht scharf unterschieden wurde zwischen den verschiedenen Arten der Legate, namentlich den beiden Hauptarten, Vin-

gelegentlich auch schon auf das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen Bezug genommen wird. Auch zugleich oder zunächst das letzte betreffende Literatur ist daselbst S. 243 fg. Anm. * angeführt. Dazu ist noch hinzuzufügen: *Machelard sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit Romain in der revue historique de droit français et étranger tom. III. IV. VI.* J. Fr. Dworzak Beiträge zur Lehre vom Jus accrescendi insbesondere bei Legaten und Versuch einer Interpretation der L. 41. pr. D. de legat. II., besonders abgedruckt aus *Haimerl's österr. Vierteljahrshr. f. Rechts- und Staatsw. VIII.* S. 1—91. Wien 1861. *Glasson du droit d'accroissement entre co-héritiers et entre co-légataires.* Strassbourg 1862. Vgl. auch *J. Baron d. Gesamtrechtsverhältnisse im röm. Recht.* Berlin 1864. §. 40. S. 420—446. (Die Schrift von Glasson ist mir nur aus Citaten Anderer bekannt).

dicationslegat und Damnationslegat, welchem letzten auch das Fideicommiss gleich behandelt wurde; daß wohl bei jenem, nicht aber bei diesen ein *ius accrescendi* stattfand; daß ferner zufolge der *lex Papia Poppaea* in der langen Zeit von *Octavianus Augustus* bis zu *Justinian* das *ius accrescendi* sowohl bei Vermächtnissen wie bei Erbschaften in den meisten Fällen durch *caducorum vindicatio* abgeschlossen war, indem nur zu Gunsten von Descendenten und Ascendenten das *ius antiquum in caducis* aufrecht erhalten wurde ⁴⁾; daß endlich *Justinian* die caducarischen Bestimmungen des genannten Gesetzes völlig aufgehoben und dabei zugleich das nun wieder in weiterem Umfange praktisch gewordene Anwachsungsrecht bei Erbschaften und Vermächtnissen durch neue allgemeine Bestimmungen geregelt hat. Die betreffende Constitution *Justinian's* war vielleicht schon zur Zeit der Publikation der *Digesten* entworfen, jedenfalls war schon damals die Aufhebung des Caducarrechts beschlossen und ist dies in der Abfassung der *Digesten* auch schon vorgreiflich berücksichtigt worden ⁵⁾; erlassen aber ist die Con-

4) *Ulpiani fragm.* XVII. §. 2. in f. XVIII. §. 1. Aus dieser übrigens nur unvollständig erhaltenen Stelle geht mit Sicherheit nur hervor, daß den zu Erben eingesetzten Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade das *ius antiquum in caducis* vorbehalten war; vgl. auch *L. un. pr. Cod. de cad. toll.*; daß also die genannten Personen jedenfalls des oben in Ann. 1. besprochenen Vortheils genossen und etwa auch als Prälegatäre ein *ius accrescendi* behielten, nicht eben so auch, wenn ihnen nur ein *Vindicationslegat* mit anderen zusammen hinterlassen war. Vgl. *Schneider* das Anwachsungsrecht bei Legaten, S. 218. fg. *Huschke* in *Richter's* Krit. Jahrb. II. S. 326. — Ueber andere Fälle, in denen auch unter der Herrschaft der *lex Papia* Anwachsungsrecht stattfand, vgl. *Schneider* a. a. D. §. 5. S. 197. fg. *Huschke* a. a. D. S. 325 fg.

5) *Const. Tanta* §. 6. *Justinian* erklärt hier, daß in den

stitution erst beiläufig ein halbes Jahr später ⁶⁾, und dann als ein neues Gesetz in den Codex repetitae praelectionis vom J. 534 n. Chr. aufgenommen worden ⁷⁾. Es ist darnach kein Zweifel, daß diese Constitution als neueres Gesetz die entscheidende Quelle für die Erkenntniß des geltenden Anwachsungsrechts ist, auch wenn etwa in den älteren Rechtsbüchern einzelne Stellen sich vorfinden, die mit dem Inhalt jenes Gesetzes nicht verträglich erscheinen. Daher ist es angemessen, zunächst dieses einer eingehenden Erklärung zu unterwerfen, so weit es das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen betrifft, und nur nebenbei oder hinterher in Betracht zu ziehen, wie sich andere darauf bezügliche Stellen der Justinianischen Rechtsquellen dazu verhalten.

Vorerst nun ist hervorzuheben, daß das Gesetz in fraglicher Beziehung alle im bisherigen Rechte noch obwaltenden Verschiedenheiten zwischen den Legaten der verschiedenen Formen und den Fideicommissen beseitigt und so die

neun Büchern de testamentis et legatis et fideicommissis „nihil de caducis memoratum a nobis est, ne causa . . . nostris remaneat temporibus.“ Eben so const. *Dedit.* §. 6. Gleichwohl hat Mayer Recht der Anwartsung S. 186. ff. noch zu beweisen versucht, daß das Papische Recht auch nach der Publikation der Digesten einstweilen noch fortbestanden habe, ist aber vollständig widerlegt worden von Schneider a. a. O. S. 237. ff., vgl. Mühlenbruch im Comment. Th. 43. S. 335. ff.

6) Sie ist datirt: Kal. Jun. Constantinop. Dn. Justiniano A. PP. IV. et Paulino V. C. Conss., d. i. am 1. Juni 534. nach Chr.; die Const. *Tanta* war publicirt am 16. Dec. 533.

7) Sie bildet darin einen eigenen Titel als L. unica Cod. de caducis tollendis. VI. 51. und besteht aus dem pr. und 16 §§. Da sie sich sowohl auf Erbfolge als auf Vermächtnisse bezieht, würde sie schicklicher wohl ihren Platz hinter Titel 54. oder 59 gefunden haben.

durch die Constitutionen vom J. 529. und 531. erzielte Gleichstellung der verschiedenen Arten der Vermächtnisse in einem wichtigen Punkte vollendet⁸⁾; es bezieht sich auf alle Fälle, wo von demselben Erblasser Etwas (dasselbe Etwas) mehreren Personen vermacht worden ist, sei es nun zur Last des Erben, des testamentarischen oder des Intestat-Erben, oder zur Last eines anderen Vermächtnisträgers, und ausdrücklich wird erklärt, daß es auch auf Schenkungen von

- 8) Dies deutet auch die Constitution selbst an in den Worten des §. 11. „*unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam*“, welche an die Worte der L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicom. VI. 43. erinnern: „*Rectius igitur censemus . . . omnibus . . . tam legatis quam fideicommissis unam naturam imponere*“. Vgl. Th. 46. S. 56. Anm. 36. S. 71. fg. In der That war die Gleichstellung der verschiedenen Arten der Vermächtnisse auch in diesem Punkte gleichsam stillschweigend schon durch die Institutionen und Digesten vollzogen. Was Gaius II. §. 199. nur vom Vindicationslegate lehrt, wird in §. 8. J. de legat. II. 20. allgemein als Regel aufgestellt: „*Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, . . . si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet*“; und in den Digesten wird der alten Verschiedenheiten nirgend erwähnt; in diesen ist aber von dem *ius accrescendi* auffallend wenig die Rede, vermuthlich weil das neue Gesetz darüber schon beschlossen war und die Aufnahme darauf bezüglicher Stellen der alten Juristen überall eingreifende Interpolationen erfordert hätte. Nur de usufructu accrescendo haben die Compileren bedeutendere Fragmente aufgenommen, wegen der Eigenthümlichkeiten dieses Falles, in eigenem Titel (VII. 2.); vgl. den Comment. Th. 9. S. 263—308., und da wissen wir nun durch die Vergleichung mit den Vaticanischen Fragmenten, die Glück dort noch nicht benutzen konnte, wie bedeutende In-

Todes wegen anzuwenden sei⁹⁾, Die hieher gehörige entscheidende Disposition des Gesetzes aber ist im §. 11. desselben enthalten. Darin wird ein wesentlicher Unterschied gemacht zwischen zwei Hauptfällen: ob nemlich dasselbe Etwas Mehreren zusammen in einer Satzverbindung (*coniunctim* in diesem Sinn) vermacht sei, oder in getrennten selbständigen Verfügungen (*disiunctim* oder *separatim*), so wie in dem vorhergehenden §. 10. auch bezüglich der Erbsetzung Mehrerer dieselbe Unterscheidung vorkommt. Für beide Fälle wird zuerst entschieden, daß, wenn alle mit demselben Vermächtniß bedachten Personen ihr Recht geltend machen, das Vermachte sich unter ihnen theilt und nementlich auch im zweiten Fall nicht, wie es früher beim Donationalegaten Regel war, jeder von ihnen Anspruch auf das Ganze habe, es sei denn, daß dies als deutlich erklärter Wille des Erblassers erkannt werde¹⁰⁾. Sodann wird für jeden der beiden Fälle bestimmt, welche Folgen es habe, wenn nicht alle das ihnen hinterlassene Vermächtniß erwerben. Für den ersten Fall, wenn *coniunctim* Mehreren *aliquid relictum est*, lautet die betreffende Bestimmung Justinian's folgendermaßen:

Sin vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes

terpolationen die Compilatoren nöthig gefunden haben, um die alten Verschiedenheiten zu verwischen und die aufgenommenen Stellen mit der Regel des §. 8. J. l. c. in Einklang zu bringen. Vgl. unten §. 1524 a.

9) L. un. §. 14. Cod. l. c. *Haec autem omnia locum habere censemus tam in testamentis . . . quam in codicillis et omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, nec non in mortis causa donationibus.*

10) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 502—504.

noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est; quum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere.

Im Anschluß an die vorhergehende Bemerkung, daß, wenn alle erwerben, jeder nur einen Theil erhalte (*pro sua portione quisque hoc habeat*), verfügt Justinian: wenn aber einer von diesen Vermächtnistheilen („*pars quaedam ex his*“ *sc. portionibus*) frei werde (*deficiat*), so solle dieser Theil allen (übrigen Mitbedachten) zu gleichen Theilen zuwachsen, jedoch nur, wenn sie ihn haben wollen (*si habere maluerint*), dann aber auch mit aller darauf fallenden Last (*cum omni suo onere*), so daß jeder einzelne Vermächtnisnehmer nun auch nach Verhältnis des ihm anwachsenden Theils die auf dem ganzen vacanten Vermächtnistheil ruhende Vermächtnislast zu tragen hat; wenn dagegen alle den Zuwachs ablehnen, so soll jener Vermächtnistheil denjenigen verbleiben, welchen das Gesamtvermächtniß auferlegt ist, z. B. dem oder den Erben, wosfern es ohne nähere Bestimmung als Belastung der Erbschaft angeordnet ist; wenn aber endlich einige der Mitbedachten den Zuwachs annehmen, andere ihn ablehnen, so soll der ganze Zuwachs nur den ersten zukommen. Gesezt also z. B.: eine Summe von 1200 ist zusammen dem A und B vermacht; B fällt weg; so bekommt A, wenn er will, die ganze Summe, muß aber dann auch die auf den Theil des B fallenden Vermächtnisse auf sich nehmen; lehnt A den Zuwachs ab, so bekommt er nur seine 600, die andere Hälfte der vermachten Summe bleibt dem Erben. Ferner: dem A, B, C, D sind 1200 vermacht, wornach, wenn alle vier erwerben, jeder einzelne 300 erhält; fällt nun D weg, so steigert sich das Vermächtniß für A, B, C, wenn alle drei wollen, auf 400 für jeden; wenn alle drei nicht wollen, bleiben 300 dem Erben; wenn nur C den Zuwachs ablehnt,

bekommen A und B, die ihn sich gefallen lassen, jeder 450, mit Uebernahme der dem D auferlegten Vermächtnißlast jeder zur Hälfte.

So hat die gemeinrechtliche Doktrin den obigen Satz der L. un. Cod. cit. verstanden und ausgelegt ¹¹⁾. Diese Erklärung des Gesetzes ist aber als ganz verfehlt angefochten worden von R. A. Schneider in dessen Buche von dem Anwachsungsrechte bei Legaten S. 257 fg. Er behauptet, die Gesetzesworte „si maluerint“, „si noluerint“ seien nicht auf Wollen oder Nichtwollen, Annehmen oder Ablehnen des anwachsenden Vermächtnißtheiles zu deuten, sondern vielmehr auf Annahme oder Ablehnung des ganzen Vermächtnisses; zu dem habere velle oder nolle sei als Object hinzuzudenken legatum, nicht eam partem quae deficit; dies, meint er, sei schon grammatisch nothwendig, denn Object des habere maluerint und noluerint müsse dasselbe sein, was das spätere remanere zum Subject hat, dieses aber werde als derelictum bezeichnet und dazu könne nicht ea pars sondern nur legatum supplirt werden. So findet Schneider in unserer Stelle ausgesprochen: die pars deficiens wachse denjenigen an, welche das ihnen gemeinsam mit anderen hinterlassene Legat annehmen; lehnen alle ab, so bleibe das Legat dem Duerirten; lehnen nur einige ihr Legat ab, so erhalten diejenigen, welche ihr Legat annehmen, id totum „d. h. sowohl das deficirende als die repudiirten Legate der anderen Collegatare.“ Der Unterschied zwischen den beiden Fällen, wenn coniunctim

11) Vgl. die Glosse u. Azonis Summa ad lib. VI. Cod. tit. de caducis toll. §. 18. Cuiac. ad tit. Cod. cit. §. 11. (opp. IX. col. 902.) Donelli comment. VIII. 21. cap. 10. 11. Perezi praelect. in Cod. h. t. §. 15. Voet ad pand. lib. XXX—XXXII. §. 62. Westphal v. Vermächtnissen II. §. 1058. („daß das ius accrescendi bei verbis coniunctis freiwillig sei“), vgl. unten Ann. 14.

und wenn disiunctim Mehreren dasselbe vermacht ist, soll darnach nur darin bestehen, daß im ersten Fall *cum onere*, im anderen Fall *sine onere* der vacante Vermächtnistheil den Collegataren anwächst. Allein diese Erklärung ist unterschieden zu verwerfen, und zwar gerade nach grammatischer Auslegung, denn sie thut der Stelle nach ihrem Ausdruck und grammatischen Zusammenhang unleidliche Gewalt an. Wollte der Gesetzgeber sagen, was jener Interpret in dessen Worte hineinlegt, so müßte ihm der Vorwurf unbegreiflich undeutlicher Ausdrucksweise gemacht werden; er brauchte nur die Worte „*si habere maluerint*“ wegzulassen, so war schon deutlicher gesagt, was er wollte; denn daß der vacante Vermächtnistheil nur denjenigen anwachse, die ihrerseits das gemeinsame Vermächtniß annehmen, das verstand sich von selbst; aber, wenn er sie einfügte, dem Leser zuzumuthen, daß er als Object des *habere* nicht das kurz vorhergehende *eam sc. partem* sich denke, sondern *legatum* herbeiziehe, das kann einem bedächtigen nicht ganz ungeschickten Gesetzverfasser als seine Willensmeinung nicht zugeτραut werden; gewiß würde er dieses viel klarer und einfacher ausgedrückt haben, z. B.: „*omnibus, qui veniunt ad legatum . . . accrescere*“; darin wäre zugleich schon ausgesprochen, daß, wenn einige das Legat annehmen, andere ablehnen, nur jenen *accrescere*; daß aber, wenn alle das ganze Legat ablehnen, dasselbe dem Erben verbleibe, das brauchte als selbstverständlich an diesem Orte nicht erwähnt zu werden, während es ganz am Platze war, dies ausdrücklich hervorzuheben bezüglich der *pars deficiens*, wenn alle Collegatarien nur deren Anwachsen ablehnten. Auch die Schneider'sche Erklärung des Schlusssatzes: „*volentibus solummodo id totum accedere*“ ist sehr gezwungen. Die ganze Stelle bezieht sich nur auf die eine *pars*, deren Defizienz im Vordersatze vorausgesetzt wird; hier soll nun auf einmal in dem *totum* auch noch der durch die Ab-

Lehnung des ganzen Legates von Seiten eines zweiten, dritten Collegatars erledigte Vermächtniſstheil verſteckt ſein. Das *id totum* iſt eben die ganze *pars, quae deficit*, im Gegenſatz zu den *viriles portiones*, zu welchen jene, wenn alle Collegatare die *Accreſcenz* derſelben annehmen, dieſen anwächſt, und der Schlußſatz will nur ſagen, daß, wenn einige die *Accreſcenz* annehmen, andere ablehnen, nicht dieſer letzten *viriles portiones* der *pars deficiens* dem *Onerirten* bleiben, ſondern die ganze *pars deficiens* den erſten *accedit*. Auch der grammatiſche Grund, den Schneider vor allem für ſeine Erklärung vorbringt, iſt völlig kraftlos; die Worte „a quibus derelictum est“ können ſehr wohl abſolut oder intransitiv genommen und buchſtäblich eben ſo deutſch wiedergegeben werden: „von welchen, d. h. zu deren Laſt, vermacht iſt“, nelmlich ein zu Anfang des §. 11 genanntes *aliquid* ¹²⁾; zu ſagen „a quibus derelicta est“, nelmlich *pars quae deficit*, wäre nicht einmal paſſend geweſen, da das Mehreren zuſammen hinterlaſſene Vermächtniß als ein *omnibus derelictum* gedacht wird. Mit Recht iſt denn Schneider's Erklärung alsbald auch von deſſen Recenſenten verworfen worden ¹³⁾ und hat unſeres Wiſſens auch ſonſt keinen Beifall gefunden, und ſo bleibt es alſo dabei, was die herrſchende Meinung immer angenommen hat, daß nach L. un. §. 11 Cod. cit. in unſerem erſten Hauptfall der frei gewordene Vermächtniſstheil den Collegataren nur, wenn ſie wollen, dann aber auch immer *cum onere suo accreſcirt* ¹⁴⁾.

12) Es hätte auch eben ſo gut geſagt werden können „*legatum est*“; *Legatum* als Subſtantiv zu *derelictum* hinzuzudenken, iſt auch beßhalb unberechtigt, weil die Claffiker *legatum* nicht ſubſtantiviſch, ſondern adjectiviſch als participium pass. zu gebrauchen pflegen, und *legatum derelictum* pleonaſtiſch iſt.

13) Huſchke a. a. O. S. 331.

14) Wenig-Jungenheim Civilr. 5. Aufl. V. §. 215. Gd-

Darin liegt nun freilich in doppelter Beziehung eine Abweichung von dem, was nach altem Recht Regel war, wo bei Legaten ein Anwachsungsrecht stattfand. Bei dem Vindicationslegat, dem Musterfall in dieser Beziehung, bestimmte sich dasselbe consequent und einfach von dem Gesichtspunct aus, daß Mehreren, ob *coniunctim* oder *disiunctim*, dieselbe Sache, dasselbe Ganze, vermacht war und nur *concurso partes* liebant, daher, wenn einer der Collegatare wegfiel, also nicht concurrirte, der Vermächtnißtheil, welcher diesem, wenn er concurrirte, zukommen würde, den übrigen von selbst und nothwendig, *sine onere*, accrescirte oder eigentlich nur nicht decrescirte, ihr Recht unverkümmert auf das Ganze ging, weil jener Theil ihnen nicht durch einen gleichberechtigten Concurrenten entzogen wurde¹⁵⁾. So wird das Anwachsungsrecht bei Legaten denn auch noch in den Institutionen dargestellt, und zwar hier schon allgemein, ohne Beschränkung auf eine bestimmte Form des Legats¹⁶⁾. Einen Vorgang aber fand §. 11 Cod. cit. vor in der erst durch Justinian beseitigten *caducorum vindicatio*. Diese auszuüben hing natürlich vom Willen des dazu Berechtigten ab; wer aber von diesem Recht Gebrauch machte, mußte auch die auf das vindicirte Caducuum gelegte Last mitübernehmen; so konnte es sich begeben, daß ein Collegatar, dem das *ius antiquum* nicht zustand, z. B. der eine von zwei mit einem Vermächtniß bedachten Brüdern des Erblassers, dem aber als Vater eines Kindes

sehen Vorles. III. 2. §. 1051. Mühlenbruch Lehrb. 4. Aufl. §. 790. Seuffert Pand. §. 621. Buchta Pand. §. 542. Sintenis Civilrecht §. 213. Anm. 34. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 955. fg. Windscheid Pand. §. 644. Anm. 14. u. a. Machelard l. c. tom. VI. p. 210. suiv.

15) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 477. fg.

16) Vgl. oben S. 6. Anm. 8.

das Recht der *caducorum vindicatio* Zustand, den Vermächtnistheil des wegfallenden Bruders zwar nicht *iure accrescendi* zu dem seinigen hinzuerwarb; aber, wenn er wollte, als *caducum cum suo onere* vindiciren konnte; als *collegatarius coniunctus* hatte er in der *caducæ partis vindicatio* den Vorzug vor anderen *patres*, „*qui in eo testamento liberos habebant*“. Nach diesem Vorgang nun bestimmte Justinian, daß fortan überall der Collegatar den erledigten Vermächtnistheil nach seinem Gutbefinden ablehnen oder *cum onere* sich aneignen könne, aber nur, wenn ihm *coniunctim* mit dem wegfallenden Dasselbe vermacht war, nicht auch, wenn dies *disiunctim* geschähen war.

Diese Unterscheidung der beiden Hauptfälle wird von einer Seite als eine feine belobt¹⁷⁾; von anderer Seite wird sie getadelt, als nur aus einer Verkenntung des Wesens des Anwachsungsrechts hervorgegangen¹⁸⁾. Meines Erachtens ist dieser Tadel unbegründet; es ist kein Grund da, zu bezweifeln, daß der Verfasser der *L. un. Cod. l. c.*, welche das Anwachsungsrecht bei allen Arten der Vermächtnisse gleichmäßig regeln sollte, mit vollem Bewußtsein der darin liegenden Abweichung von dem in §. 8 *J. de legat.* charakterisirten *ius accrescendi* jene Unterscheidung gemacht hat, und dieser Neuerung fehlt es auch keineswegs an innerem Grunde. Wenn der Erblasser eine Sache, eine Summe dem A und B vermacht, so muß er sich bewußt sein, daß, wenn dieser sein Wille zum Vollzug kommt, A und B jeder nur die Hälfte des Vermachten erhalten, und darauf ist sein Wille eigentlich gerichtet; der Gedanke, daß doch dem A und dem B jedem die ganze Sache, die ganze Summe vermacht sein solle, tritt dagegen zurück oder schlum-

17) Unger österr. Erbrecht §. 63. Anm. 4.

18) Windscheid Pand. §. 544. Anm. 14. a. G.

mert nur im Hintergrunde. Allerdings aber muß man, wenn man frei von formalen Beschränkungen nach der Willensmeinung des Erblassers forscht, es wahrscheinlich finden, daß er das Vermächte jedenfalls den beiden vor allen anderen zugebacht habe, indem er dasselbe als ein Vermächtniß beiden zusammen hinterließ, so daß, wenn der eine wegfalle, der andere es ganz erhalte; dies ist vollends einleuchtend, wenn die Collegatarien nur durch einen Collectivbegriff bezeichnet sind, z. B. „den Kindern meines Bruders C vermache ich zusammen 1200“; es war ganz angemessen, daß nun, was früher beim Vindicationslegat, nicht beim Damnationslegat, gegolten, für alle Arten der Vermächtnisse als Regel angenommen wurde¹⁹⁾. Wenn

- 19) Vgl. auch Buchta Vorlesungen II. §. 542. Der Vf. bemerkt in Betreff der *re et verbis coniuncti*: „Eigentlich müßte man sagen, der Testator habe hier jedem nur einen Theil des Gegenstandes von Anfang an bestimmt, so gut, wie wenn er den Theil ausgedrückt hätte“, „sie sind strenge genommen nur zum Schein *re coniuncti*, und eine Accrescenz kann nur stattfinden, wenn diese Intention des Testators nachzuweisen ist.“ Justinian aber hat bestimmt: „jene Intention des Testators soll immer angenommen werden.“ Und dazu hatte er guten Grund: hatte man ja beim Vindicationslegat, wenn *coniunctim duobus eadem res legata erat*, den Willen des Testators immer schon eben so interpretirt. — Windscheid a. a. O. bemerkt: Justinian habe sich das Verhältniß offenbar so gedacht, daß der Erblasser jedem der mehreren *re et verbis coniuncti* zunächst einen Theil gebe, eventuell aber, durch eine zweite Verfügung, auch den Theil des Mitvermächtnißnehmers, so daß jeder als auf den Theil des Anderen substituirt erscheine; aber eine solche Substitution sei in der Verfügung des Erblassers nicht enthalten; der Anspruch eines jeden auf den Theil des Genossen beruhe vielmehr darauf, daß auch ihm das Ganze vermacht sei. Aber das Ganze kann doch der Erblasser, wenn er bei Sinnen war, einem jeden

aber der Erblasser das Vermächtniß beider mit Auflagen beschwert hat, so liegt es auch wieder sehr nahe, als dessen Willen zu erkennen, daß diese als Last auf dem Vermächtniß ruhen sollen, ob nun beide dasselbe, jeder zum Theil, erwerben, oder durch Wegfall des einen das ganze Vermächtniß allein dem andern erworben wird. Dies ist namentlich dann einleuchtend, wenn die Last auf das ganze Vermächtniß beider gelegt ist, beide Legatarien also auch in Ansehung dieser Auflage, wie in Ansehung ihres Vermächtnisses, als *coniuncti* erscheinen, z. B. wenn verfügt wäre: „Ich vermache dem A und B mein Haus, diese sollen aber schuldig sein, der C jährlich 100 zu zahlen.“ Und auf solchen Fall will Huschke die Bestimmung des §. 11 cit., daß der erledigte Vermächtnißtheil *cum suo onere* anwachse, beschränken²⁰⁾. Indessen kann doch diese beschrän-

der beiden nur eventuell vermacht haben wollen, und warum soll das ganze Vermächtniß nicht als eine Verfügung aufgefaßt werden des Inhalts, daß beide zusammen das Ganze erhalten sollen, selbstverständlich also, wenn sie beide das Legat erwerben, aber auch nur dann, jeder auf einen Theil beschränkt werde? Vgl. den Comment. Th. 46. S. 484. Windscheid a. a. O. Anm. 9. sagt in grellem Gegensatz gegen Buchta a. a. O.: „Wer eine Sache dem A und B vermacht, will für den Fall des Nichterwerbs des Einen entweder, daß der Andere nichts, oder daß er die Sache haben solle; denn vermacht hat er eben die Sache, nicht Theile der Sache.“ Aber sieht man auf den Willen, nicht bloß auf die Worte, so muß man doch sagen: daß A und B jeder jedenfalls zum Theil die Sache haben soll, ist unzweifelhaft des Erblassers Wille, fraglich etwa, ob jedenfalls nur zum Theil.

- 20) A. a. O. S. 331. Anm.* Hätte der Testator z. B. gesagt: „A und B sollen meinen Garten haben und der letztere dem Maevius 100 zahlen,“ so würde, meint Huschke, nach Justinian's Meinung schwerlich die Portion des B *cum onere* anwachsen, wohl aber, wenn verfügt wäre: „A

fende Auslegung nicht als berechtigt zugelassen werden; es widerstreitet ihr der prägnante Ausdruck des Gesetzes: *cum omni suo onere*“, und sie möchte auch leicht dem unverkennbaren Willen des Erblassers widersprechen. Man setze z. B. den Fall: „Ich vermache dem A und B mein Haus; A soll meinem treuen Diener C jährlich 100, B meiner Dienerin D jährlich 60 zahlen“; A fällt weg, B nimmt allein das Haus, das jährlich 4000 Miete einträgt; der treue Diener soll leer ausgehen? Daß Justinian das nicht wollte, leuchtet vollends ein, wenn man vergleicht, was er für den Fall verordnet, wenn das mit einer Last beschwerte Vermächtniß ganz hinwegfällt und so dem mit diesem Vermächtniß beschwerten Erben oder sonstigen Vermächtnißträger bleibt²¹⁾. Wenn nun hiernach der Collegatar den anwachsenden Vermächtnißtheil nur *cum suo onere* gewinnen kann, so begreift sich leicht, daß Justinian ihm denselben doch nicht wider Willen aufdrängen will, sondern ihm gestattet, das Anwachsende abzulehnen und sich mit dem, was ihm nach dem eigentlichen vollen Willen des Erblassers zunächst bestimmt schien, zu begnügen.

Für den zweiten Fall, wenn in getrennten Verfügungen Mehreren dasselbe vermacht ist, erklärt L. un. §. 11 cit. im weiteren Verlaufe Folgendes²²⁾:

und B sollen meinen Garten haben und dem Maevius 100 zahlen.“ Zur Unterstützung dieser Ansicht führt Huschke L. 30. 54. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. an; aber vgl. dagegen unten Nr. 5.

21) L. un. cit. §. 4. 8. 9. vgl. oben S. 2. Anm. 2.

22) Dieses schließt sich an die in Th. 46. S. 503. 504. abgedruckten Worte des §. 11. cit. an. Dort aber ist S. 503. Z. 12 aus Versehen nach dem Worte *habeat* die Andeutung einer Lücke unterblieben, wodurch es den Anschein gewinnt, als ob der folgende Satz „*Sin autem disiunctim fuerit relictum*“ unmittelbar an das Vorhergehende sich anschliesse, während im Gesetze nach *habeat* zunächst erst der

Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in eius acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida eius sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a prioribus abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, ut eius, qui primus accepit, legatum augeri videatur, sed apud ipsum, qui habet, solida res maneat nullius concursu diminuta.

Hier wird für diesen Fall sehr deutlich, sogar mit unnöthiger Breite, das ius accrescendi anerkannt, ganz so wie es nach altem Recht bei dem Vindicationslegate stattfand: jedem ist die ganze Sache vermacht; nur concursu partes fiunt; ist dieselbe Sache dem A, weiterhin in besonderem Satze auch dem B vermacht, B aber erwirbt das Legat nicht, so wird dadurch der Vermächtnistheil, der diesem, wenn er concurrirte, zukommen würde, eigentlich nicht vacant, er accrescirt nicht dem A, vermehrt nicht dessen Legat, dieses wird nur nicht vermindert, es decrescirt ihm nichts, weil der B nicht concursu partem facit, und wenn A das Legat erworben hat, als noch die Concurrenz des B zu erwarten stand, dann aber diese beseitigt wird, so ist dem A die ganze Sache erworben nullius concursu deminuta²³). Justinian sagt dann weiter:

ganze oben S. 7. 8. abgedruckte Satz folgt, welcher das Anwachsungsrecht der re et verbis coniuncti bestimmt.

- 23) In diesem Fall kann man das ius accrescendi mit Zug als ius non decrescendi charakteristren, als ein „Nichtabwachsungsrecht“ (Windscheid §. 544. Nr. 1. a. E.). Hier wird dieser Charakter dem Anwachsungsrecht überhaupt beigelegt, wie von P. J. Heisler diss. de iure accres-

Et ideo, si onus fuerit in persona (personam) eius, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omni modo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam (a def. persona) onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum legatum imminutum habet.

Also: daß accrescere, eigentlich ein non decrescere, tritt von selbst und nothwendig ein für den A, der das Legat erwirbt, aber auch sine onere, ohne die Verbindlichkeiten, die dem wegfallenden B auferlegt sind, wogegen A alles ihm Auferlegte zu leisten hat, so weit er dafür in dem ihm ganz zugefallenen Vermächtniß seine Deckung findet²⁴⁾. Die gesetzliche Bestimmung wird schließlich noch gerechtfertigt durch den Zusatz:

Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videtur testator disiunctim haec reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat; nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas coniunctim ea disponere.

Ganz befriedigend aber, so scheint mir, ist diese Rechtfertigung nicht. Darf man voraussetzen, daß der Testator, welcher in getrennten Sätzen Mehreren dieselbe Sache vermacht hat, doch mit guter Ueberlegung seine ganze letzte Willensordnung übersehen habe, so mußte er doch auch in diesem Falle nicht weniger, als wenn er coniunctim Mehreren dasselbe vermachte, sich sagen, daß, wenn sein ganzer Wille Erfolg habe, jeder der Bedachten nur einen Theil

cendi in legatis semper non decrescendi. Halae 1759. Aber für das Justinianische Anwachsungsrecht der *re et verbis coniuncti* ist dies nicht mehr passend; dasselbe ist „kein reines *ius non decrescendi*“ mehr. Buchta a. a. D.

24) So ist das „hoc omni modo impleat“ zu verstehen; vgl. den Comment. Th. 47. S. 287. fg.

des vermachten Gegenstandes erhalten werde²⁵⁾, und nur das erscheint hier noch unzweifelhafter, als im anderen Fall, als Wille desselben, daß, wenn der eine das Vermächtniß nicht erwerbe, dem anderen das ganze Vermächtniß zukommen solle²⁶⁾. Wenn er aber dem einen oder andern etwas auferlegt hat, so liegt es doch auch hier nahe, es seinem Willen entsprechend zu finden, daß derjenige, dem das Wegfallen des anderen den Vortheil bringt, nun ohne Concurrrenz das beiden Vermächte ganz zu erhalten, dann auch die dem Wegfallenden auferlegte Last mit zu übernehmen habe²⁷⁾. Daher wäre es legislativ nicht zu miß-

25) Es läßt sich nur etwa denken, daß in solchem Falle das Resultat der Concurrrenz der verschiedenen mit demselben Vermächtniß bedachten Personen dem Erblasser minder gegenwärtig gewesen sei, als wenn er diese in einer Satzverbindung bedacht hat; namentlich dann, wenn die Vermächtnisse nicht in derselben letzten Willensordnung angeordnet sind.

26) Vorausgesetzt natürlich, daß in dem späteren Vermächtniß nicht eine *translatio legati a persona in personam* erkannt wird. L. 6. pr. D. de adimend. legat. XXXIV. 4.

27) Vgl. oben S. 16. Anm. 21. Auch Rudorff in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 426. bezeichnet den Satz, daß dem *collegatarius re tantum coniunctus sine onere accrescere*, als „eine willkürliche Interpretation des Willens des Testators.“ Dagegen sucht ihn principiell zu rechtfertigen Huschke a. a. O. S. 331.: weil das *onus* — ein Verpflichtetwerden durch den Testator — eine persönliche Beziehung habe, und, wie L. un. §. 11. cit. a. G. sagt, der Testator, wenn er das *onus* auch dem Collegatar hatte auflegen wollen, *coniunctim legirt und onerirt* haben würde. Aber diese Rechtfertigung wäre nur treffend, wenn die oben S. 15. fg. widerlegte Meinung Huschke's richtig wäre. Gegen Justinian's Unterscheidung erklärt sich auch Machelard l. c. tom. VI. p. 214. sq., und auch schon A. Faber (*errores pragmat.* L. 3.) war gar nicht zufrieden damit. Vgl. Westphal II. §. 1061.

billigen, wenn gesetzlich bestimmt wäre, daß auch in diesem Falle das Anwachsungsrecht *cum onere* stattfinde ²⁸). Für das gemeine Recht aber steht nach Justinian's Verordnung, wie man auch darüber denken möge, die Regel fest:

Ist Mehreren Etwas in einer Satzverbindung vermacht, so accrescirt der Vermächtnistheil eines wegfallenden den übrigen, wenn sie wollen, *cum onere*; ist Mehreren dasselbe in getrennten Sätzen vermacht, so erhalten, wenn einer wegfällt, die übrigen von selbst auch den Vermächtnistheil, der ihnen durch jenen hätte entzogen werden können, und zwar *sine onere*.

Zur Erläuterung dieser Regel sind aber nun noch folgende Fragen zu beantworten:

1) Was ist als Gegenstand des Mehreren hinterlassenen Vermächtnisses zu denken, damit möglicher Weise ein Anwachsungsrecht bezüglich desselben statthaben könne? In dem erklärten Gesetze wird der Vermächtnisgegenstand bald nur ganz allgemein als *aliquid derelictum* bald als *res relicta* bezeichnet. Es ist aber kein Zweifel, daß das Gesetz auf Vermächtnisse des verschiedenartigsten Inhalts Anwendung findet, ohne Unterschied, ob dadurch nur eine Forderung gegen den Vermächtnisträger oder auch unmittelbar ein dingliches Recht gewährt wird, ohne Unterschied, ob eine bestimmte Sache, d. i. deren Eigenthum, Gegenstand des Vermächtnisses ist, eine Sache der Erbschaft oder eine fremde, oder ein theilbares dingliches Recht an derselben, wie der *ususfructus*, oder eine Summe Geldes oder Quantität anderer vertretbarer Sachen, oder eine nach der Gattung bestimmte Sache irgend welcher Art, oder eine

28) So nach österreich. Recht: bürgerl. Gb. §. 689. vgl. mit §. 563. Unger Erbrecht §. 63. Anm. 4. Darnach tritt zudem auch in jedem Falle die Anwachsung von selbst ein. Dagegen stimmt mit dem römischen Recht ganz überein das sächsische Gesetz. §. 2431. 2432.

Gesamtheit, oder eine Forderung des Erblassers gegen einen Dritten u. s. w. Wesentlich aber ist, daß das Mehreren hinterlassene Vermächtniß seinem Gegenstande nach eins und dasselbe ist, ein Ganzes, das, wenn alle damit Bedachten erwerben, unter diesen sich theilt²⁹⁾. Theilung des Vermächtnisses in diesem Fall und Anwachungsrecht, falls einer der Bedachten wegfällt, correspondiren einander. Daher kommt hier wieder in Betracht, was schon im Th. 46 S. 504. fg. in jener Beziehung ausgeführt worden ist. Demnach ist für Anwachsung kein Anlaß gegeben, wenn der Erblasser Mehreren nur je einen bestimmten Theil derselben Sache jedem vermacht hat; diese Vermächtnisse sind nicht eins ihrem Gegenstande nach; jeder Theil der Sache ist für sich ein anderer Gegenstand eines besondern Vermächtnisses, und wenn der eine der Honorirten sein Vermächtniß nicht erwirbt, so berührt dies die anderen gar nicht; das Wegfallen dieses einen Vermächtnisses gereicht nur dem damit Beschwerten zum Vortheil³⁰⁾. Unzweifelhaft ist dies, wenn der Erblasser z. B. dem A die eine, dann in getrenntem Satze dem B die andere Hälfte seines

29) Gai. II. §. 199. L. 3. pr. D. de usufr. accresc. VII. 2. So ist es nicht ein gemeinschaftliches Vermächtniß, wenn Mehreren je eine Sache derselben Gattung vermacht ist. L. 84. §. 12. D. de legat. I. Quibus ita legatum fuerit: ‚Titio et Maevio singulos servos do lego‘, constat, eos non concursuros in eundem servum, sicuti non concurrunt, quum ita legatur: ‚Titio servum do lego, Maevio alterum servum do lego.‘ Dies gilt auch dann, wenn den Legataren die Wahl unter den Sachen der genannten Art zusieht: §. 22. J. de legat. II. 20.; die der eine zuvorkommend gewählt hat, kann der andere eben nicht mehr wählen. — Ein Vermächtniß ist es auch nicht, wenn Mehreren dasselbe zur Last verschiedener Erben vermacht ist; vgl. unten S. 22. fg.

30) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 480. 506.

Hauses vermacht hat; A und B sind hier in keinem Sinn *coniuncti legatarii*, nicht *re coniuncti*, weil jedem nur ein gesonderter Theil der Sache vermacht ist, nicht *verbis coniuncti*, weil beider Vermächtniß ohne Beziehung zu dem anderen angeordnet ist. Eine streitige Frage aber ist es, ob es sich eben so verhalte, wenn der Erblasser in einer Satzverbindung Mehreren dieselbe Sache mit ausdrücklicher Angabe, daß und wie sich diese unter sie theilen solle, vermacht hat, und diese Frage bedarf hier noch einer eingehenden Erörterung.

Die *lex un. Cod. cit.* spricht sich darüber nicht aus; der Meinungsstreit darüber ist nur durch andere Stellen der Justinianischen Rechtsbücher hervorgerufen und auf diese muß hier denn eingegangen werden. War eine Sache, eine Summe dem A und B ausdrücklich zu gleichen Theilen *per damnationem* vermacht, so war nach altem Recht kein Zweifel, daß von *ius accrescendi* keine Rede sein konnte; denn hier war dasselbe auch dann ausgeschlossen, wenn der Zusatz „zu gleichen Theilen“ fehlte³¹⁾. Aber auch wenn *per vindicationem* zweien dieselbe Sache mit demselben Zusatz vermacht war, obgleich hier, wenn er fehlte, unzweifelhaft *ius accrescendi* stattfand, wurde doch dieses nicht zugelassen, und zwar aus dem Grunde, weil hier nicht jedem die ganze Sache, sondern eben nur ein Theil derselben vermacht schien³²⁾. Dies ist deutlich anerkannt in L. 11 D. de usufructu accresc. VII. 2. (Pap. lib. II. definit.):

Cum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non

31) Gai. II. §. 205. Ulpiani fragm. XXIV. 13. vgl. Th. 46. S. 481. Anm. 83.

32) Ueber den ähnlichen Fall bei der Erbeinsetzung vgl. Mühlenthalenbruch im Comment. Th. 40. S. 111. fg. Dvorzak a. a. D. S. 46. fg.

minus, quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset; unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit,

wozu als L. 12. aus Ulpian's Werke ad Sabinum noch hinzugefügt wird:

quum alius ab alio herede usum fructum vindicet.

Wie dieses „vindicet“ anzeigt, setzt die Stelle voraus, daß per vindicationem zweien der *Ususfructus* derselben Sache vermacht sei; wenn per damnationem, war ohnehin in jedem Fall das ius accrescendi ausgeschlossen; sie sagt nun, daß wenn zweien der *Ususfructus* „*aequis portionibus*“ vermacht sei, jeder eben nur zu einem Theil den *Ususfructus* erhalte, und auch, wenn der eine wegfällt, des anderen Recht sich nicht auf die ganze Sache erstrecke³³⁾.

- 33) Man könnte etwa bezweifeln, daß Papinian in L. 11. cit. ein *Vindicationislegat* vor Augen gehabt habe, weil er den Fall setzt, daß jedem Legatar zur Last eines andern Erben vermacht sei, das *legatum per vindicationem* aber mit seiner Formel *do lego* die Erbschaft, nicht einen bestimmten Erben, belaste. Aber es ist gewiß, daß doch auch per *vindicationem* zur Last eines bestimmten Erben *legirt* werden konnte; vgl. Th. 47. S. 240. fg. An ein *Damnationslegat* kann Papinian nicht gedacht haben: Denn hätte der Testator z. B. gesagt: *Titius heres Maevio usumfructum fundi Cornelianii dare damnas esto; Seius heres Sempronio usumfructum fundi Cornelianii dare damnas esto*, so hätten nach classischem Recht unzweifelhaft Maevius und Sempronius jeder eine Forderung auf den ganzen *Ususfructus* gehabt; Papinian aber nimmt, wie der folgende Vergleich zeigt, an, daß jeder Erbe nur pro parte sua hereditaria den *Ususfructus* abzugeben habe, was auch der Natur des *Vindicationislegats* entsprach. Nach Justinianischem Recht möchte man dagegen behaupten, daß in solchem Fall jeder Legatar Anspruch auf das Ganze habe, weil das verschiedenen Erben auferlegte Vermächtniß

Was aber hiernach bezüglich des *ususfructus dolegogatus* Rechtens war und in der Digestenstelle schlechtweg ohne Rücksicht auf die Form des Vermächtnisses von jedem solchen Vermächtniß des Nießbrauchs einer Sache ausgesprochen wird, das mußte und muß eben so von dem Fall, wenn zweien dieselbe Sache, d. i. deren Eigenthum, vermacht ist, gelten. Also wenn z. B. verfügt war: „*Titio et Seio hominem Stichum aequis portionibus do lego*“, so bekommt Titius jedenfalls nicht mehr als zur Hälfte das Eigenthum des vermachten Slaven, ob auch Seius das Legat erwerbe oder nicht³⁴). Ein verwandter Fall kommt vor in L. 20. D. de legat. II. (Celsus lib. XIX. Dig.):

derselben Sache an verschiedene Personen nicht ein und dasselbe Vermächtniß sei. Vgl. oben Anm. 29.

- 34) Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben S. 191. fg., versucht darzutun, daß bei dem Satze der L. 11. cit. „*non minus quam si*“ etc. nicht an den Fall einer *verbis coniunctio*, wie hier angenommen ist, zu denken sei, so wie auch in dem vorhergehenden Satze „*cum singularis*“ etc. davon keine Rede sei; vielmehr sei dort der Fall so zu denken, daß zweien *separatim* der *Ususfructus* derselben Sache, jedem zu gleichem Theil vermacht sei. Aber diese Auslegung ist entschieden zu verwerfen, weil darnach Papinian's Vergleichung der beiden Fälle eigentlich gar keinen Sinn mehr hätte. Sollte durch diese die Behauptung, daß im ersterwähnten Fall ein Anwachsungsrecht nicht stattfinden, bestärkt werden, so müßte doch zum Vergleich nur ein solcher Fall gewählt werden, wo ungeachtet des Scheins, den eine gewisse Verbindung der Legatäre erzeugen könnte, das *ius accrescendi* zweifellos wegfiel; ein solcher Fall aber war der nicht, wenn in getrennten Sätzen zweien je zu einem bestimmten, gleichen oder ungleichen, Theile der *Ususfructus* derselben Sache vermacht war, wohl aber, wenn gesagt war: „*Titio et Seio aequis portionibus ususfructum do lego*“, und auf solchen Fall weisen auch Papinian's Worte zunächst hin. Vgl. oben S. 21. Anm. 29. u. L. 89. D. de legat. III. Dvorzaf a. a. D.

Et Proculo placebat et a patre sic accipi: quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere; non enim coniunctim, sed partes legatas; nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

War eine Sache einem Sklaven vermacht, der zwei Herren gehörte, so konnte jenem selbst wohl das ganze Legat erworben werden, wenn er ante diem legati cedentem die Freiheit erlangt hatte³⁵); wenn er aber die legati cedente im Eigenthum mehrerer Herrn sich befand, so fiel das Vermächtniß von selbst diesen zu, und zwar jedem derselben zu dem Theile, zu welchem er Miteigenthümer des Sklaven war. Wenn nun der eine der beiden Herren das Legat zu seinem Theil ablehnte, so sollte nach L. 20. cit. dessen Theil doch nicht dem andern accresciren, da nicht beiden das Ganze vermacht war, sondern durch Vermittelung des Sklaven jedem nur der seinem Antheil an dem Eigenthum entsprechende Theil des dem Sklaven Vermachten zukam. Indessen ist es nicht unwahrscheinlich, daß über diesen Punct die Sabinianer anderer Meinung waren. Celsus nennt als Autorität für seinen Satz den Proculus und seinen Vater, den älteren Juventius Cel-

§. 45. — Eine andere Auslegung versuchte Donellus (comment. iur. civ. VII. cap. 13. §. 21.: Die Worte „aequis portionibus“ seien nicht zu verstehen als gleiche Antheile der beiden Legatäre am Ususfructus, sondern auf die Erbtheile der belasteten Erben zu beziehen, so daß jedem Legatar zu gleichem (d. i. demselben) Theil der Ususfructus vermacht sei, zu welchem der zu seinen Gunsten belastete Erbe zum Erben eingesetzt sei. Nur die Noth, eine unrichtige Ansicht zu retten, konnte den berühmten Rechtslehrer veranlassen, zu einer so gezwungenen Erklärung seine Zuflucht zu nehmen. Vgl. die folgende Anm. 37.

35) Vgl. den Comment. Th. 46. §. 439. ff.

fuß, der wie er selbst zu den Proculianern gehörte; dagegen ist uns durch Ulpian eine Ansicht des Sabinianers Iulianus überliefert, welche, etwa von dem Gesichtspunct aus, daß doch dem Slaven das Ganze vermacht war, eine andere Entscheidung zu billigen scheint, jedoch freilich nur den Fall vor Augen hat, wenn dem Slaven zweier Herren der Ususfructus einer Sache vermacht war, wobei die Beziehung dieses Rechts auf die Person des Slaven von Einfluß war³⁶⁾.

Bedeutende Zweifel aber gegen den Satz, daß unter den mit ausdrücklicher Theilangabe mit dem Vermächtniß einer Sache zusammen bedachten mehreren Personen das *ius accrescendi* nicht statthabe, hat ein Fragment von Paulus erregt, das, aus dessen libro VI. ad legem Juliam et Papiam entnommen, als L. 89. D. de legat. III. in die Digesten aufgenommen ist. Dasselbe unterscheidet zuerst:

Re coniuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus separatim eadem res legatur; item verbis, non etiam re: Titio et Seio fundum aequis partibus de lego, quoniam semper partes habent legatarii.

So weit bietet die Stelle durchaus keine Schwierigkeit; der letzte Satz bestätigt vielmehr vollkommen, was oben als Regel aus L. 11. D. de usufr. accresc. VII. 2. entnommen wurde, und die zu Anfang genannten *re, non verbis, coniuncti* sind eben diejenigen, welchen in L. un. §. 11. Cod. cit. recht eigentlich das Anwachsungsrecht als

36) L. 4. §. 1. D. de usufr. accresc. VII. 2. Vgl. Glück im Comment. Th. 9. S. 265. fg. Dies wird jetzt bestätigt durch die fragm. Vat. §. 75., welche Ulpian's in L. 4. §. 1. cit. sehr abgekürztes Fragment vollständiger enthalten. Dvorzak a. a. O. S. 49. Vgl. unten §. 1524. a. unter Nr. 3.

ius non decrescendi beigelegt ist. Aber die Stelle fährt fort:

Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis coniunctus est; quodsi re tantum coniunctus sit, constat non esse potiozem; si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit. Et magis est, ut et ipse praeferatur.

Die Ueberschrift des Fragments zeigt zwar, daß dasselbe im Zusammenhang gestanden mit einer Erörterung über die *caducorum vindicatio* nach der *lex Papia*; man glaubte aber im Justinianischen Rechte dasselbe auf das *ius accrescendi* beziehen zu müssen, weil die Aufhebung der *caducorum vindicatio* schon zur Zeit der Publikation der *Digesten* beschlossen und in diesen sonst darauf Bezügliches aufzunehmen vermieden war. Auf Grund desselben wurde denn von Vielen die Meinung vertheidigt, daß auch die nur *verbis coniuncti legatarii* das *ius accrescendi* haben, wenigstens in dem Falle, wenn ihnen zu gleichen Theilen dieselbe Sache vermacht ist³⁷⁾, nicht auch dann, wenn in einem Satz Mehreren verschiedene Theile derselben Sache vermacht sind³⁸⁾. Doch wurde ungeachtet der *L. 89. cit.* schon von manchen älteren Juristen

37) Donelli comment. VII. cap. 13. §. 8. 9. 15. sqq. Vinnii comment. ad Institut. ad §. 8. J. de legat. II. 20. Huber praelect. ad Inst. lib. II. tit. 20. Nro. 22 sq. ad Dig. lib. VII. tit. 2. Lauterbach colleg. theoret. pract. ad Dig. lib. XXX. §. 67. sq. Stryck usus mod. lib. VII. tit. 2. §. 2. und viele andere, vgl. M. S. Mayer, d. Lehre v. dem Erbrechte I. S. 96. fg. Dworzak a. a. O. S. 51. Anm. 33.

38) Auch in diesem Fall behaupteten Manche ein *ius accrescendi* der *verbis coniuncti*. z. B. Schilter, praxis iur. rom. exercit. XVII. §. 57. 58. Hellfeld iurisprud. for. §. 1498. cf. §. 1524. u. A.

das Anwachsungsrecht der bloß *verbis coniuncti* bestritten³⁹⁾. Das richtige Verständniß der L. 89. cit. wurde nun erst durch die Entdeckung der ächten Institutionen des Gaius ermöglicht⁴⁰⁾, welche bezeugen, daß die *lex Papia* in Ansehung der *caducae partis vindicatio* den *coniunctis legatariis* ausdrücklich vor den *heredes patres* den Vorzug gegeben hat, und daß diese Bestimmung des Gesetzes von Vielen (*plerisque*) so ausgelegt worden ist, daß es dabei keinen Unterschied mache, ob *per vindicationem* oder *per damnationem* Mehreren dieselbe Sache vermacht sei, obgleich doch im letzten Falle, wenn nehmlich in einem Satze Mehreren dasselbe *per damnationem* vermacht war, die Legatarien nur *verbis coniuncti* waren (*partes ab initio fiebant*), daß es also in jener Beziehung wesentlich nur auf die *verbis coniunctio* ankomme. Dieser Auslegung nun hat Paulus in L. 89. cit. sich angeschlossen, obgleich auch er sie noch als fraglich bezeichnet („*quaestionis est*“), während er dem *re et verbis coniunctus* jenen Vorzug vor den übrigen unbedingt (*omnimodo*) zuspricht, dem bloß *re coniunctus* ihn unbedingt abspricht⁴¹⁾. Darnach wird denn zugegeben, daß

39) So namentlich von Faber *error. pragmat. XLIX. 4. 7—9. coniecturae iur. civ. VI. cap. 1. Zoësius comment. ad Dig. VII. 2. Voet ad Dig. lib. XXX—XXXII. §. 64. Cocceji ius civ. controvers. lib. XXX—XXXII. Anhang über das ius accrescendi. Hofacker ius civ. II. 2. §. 1524. Westphal *Berm. II. §. 1068.**

40) Darauf machte zuerst Hugo aufmerksam in seiner Geschichte des R. Rechts 7. Aufl. S. 539. 11. Aufl. S. 764. Er bemerkt hier, daß so durch Gai. II. 206—208. eine Vermuthung Bynkershoek's bestätigt werde. Worauf sich das beziehe, ist mir unersichtlich. In Bynkershoek's *opera omn. l. c.* wird L. 89. cit. nur in Beziehung auf das *ius accrescendi* erklärt.

41) Das „*omnimodo*“ ist nicht gerade nothwendig, wie in

ein ius accrescendi nach vorjustinianischem Recht, und auch noch nach dem Recht der Digesten dem bloß *verbis*

Th. 36. §. 491. geschehen, so zu deuten, daß der *re et verbis coniuuctus collegatarius* vor dem bloß *verbis coniuuctus* den Vorzug in *vindicanda parte caduca* habe; es kann auch so viel heißen als „unbestritten,“ „jedenfalls,“ im Gegensatz gegen das nachfolgende „*quaestionis est.*“ Huschke a. a. O. §. 324. Zu verwundern aber ist, daß dieser erklärt, sich kein Verhältniß denken zu können, in dem ein *re et verbis* mit einem bloß *verbis coniuuctus* concurrirte. Wie denn? wenn verfügt war: *fundum pro dimidia parte Titio et Seio, pro dimidia Sempronio do lego*? soll hier nicht, wenn *Seius* wegfiel, *Titius* vor *Sempronius*, wenn *Titius* und *Seius* wegfielen, *Sempronius* vor anderen *patres* den Vorzug gehabt haben? — Mühlenbruch im Comment. Th. 43. §. 326. bezweifelt übrigens ungeachtet der Notiz bei Gai. II. §. 208. und ungeachtet der Inscription der L. 89. cit. noch, daß diese sich nur auf die *caducorum vindicatio* bezogen habe, und vertheidigt §. 330. fg. eine Erklärung derselben, wornach sie auch mit dem alten Anwachsungsrecht in völligem Einklang stände. Aber diese Erklärung hat mit Recht als höchst gezwungene keinen Beifall gefunden. Mühlenbruch stützt sich dabei auf eine unzweifelhaft falsche Erklärung des auf *verbis coniuucti* bezüglichen Satzes: *quoniam semper partes habent legatarii*; er findet darin ausgesprochen, daß die nur wörtlich Verbundenen stets auf den ihnen angewiesenen Theil beschränkt bleiben, diesen also sowohl das Anwachsungsrecht als die *caducorum vindicatio* nicht zukomme. Aber jener Satz soll offenbar nur erklären, warum diejenigen, welchen dieselbe Sache ausdrücklich „*aquis partibus*“ legirt ist, nur *verbis*, nicht *re*, *coniuucti* sind. Vgl. oben §. 22. Auch Burghardi hat in seinem Lehrb. des röm. Rechts §. 372. Not. 20. die Beziehung der L. 89. cit. auf die *caducorum vindicatio* bezweifelt, später aber zugegeben, daß sie nur darauf sich beziehe. Bekker's u. Muther's Jahrb. d. gemeinen Rechts V. §. 21. fg.

coniunctus legatarius nicht zutam, vielmehr bis zu Justinian's L. un. Cod. cit. noch als Regel galt: *partibus collegatariorum a testatore adiectis cessare ius accrescendi in legatis*. Nach dieser Constitution aber behaupten dennoch Viele, daß auch dem bloß *verbis coniunctus legatarius* das Anwachsungsrecht zustehe, und die angeführte Regel als beseitigt anzusehen sei.

Justinian, sagt man, habe nicht einfach das alte *ius accrescendi* bei Legaten hergestellt, sondern dasselbe in Ausdehnung auf alle Arten von Vermächtnissen neu bestimmt und zwar mit Rücksicht auf das, was bisher nach der *lex Papia Poppaea* bezüglich der *caducorum vindicatio* Rechtens gewesen. So wie er davon in sein Gesetz herübergenommen habe, daß *collegatarii verbis coniuncti* nur, wenn sie wollen, und dann immer *cum onere*, auch den freigewordenen Vermächtnistheil erwerben sollen, so habe er auch vor allem den Fall in's Auge gefaßt, wenn Etwas Mehreren gemeinschaftlich in einem Satze vermacht sei, den Fall einer *verbis coniunctio* in dem Sinne, wie sie früher in Betreff der *caducae partis vindicatio* ein Vorzugsrecht gegeben habe, und nur für den Fall, wenn Mehreren in getrennten Verfügungen dasselbe vermacht sei, habe er das *ius accrescendi*, so wie es früher beim *Vindicationslegat* bestand, anerkannt. Auf diese Weise glaubt man denn auch noch eine praktische Bedeutung für die L. 89. cit. gewonnen zu haben, welche sonst schon in die *Digesten* nicht hätte aufgenommen werden dürfen ⁴²⁾. Allein

42) Holtius in der *Themis ou biblioth. du jurisconsulte* tom. IX. pag. 560. sqq. Rudorff in d. *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw.* VI. S. 426. Mayer Erbr. a. a. O. *Recht der Anwachsung* S. 215. fg. R. Witte in *Weiske's Rechtslexikon* I. S. 319. fg. Huschke a. a. O. S. 327. fg. Mühlbruch *Lehrb.* 4. Ausg. III. §. 390. Die L. un. §. 11. cit. wird wohl geradezu so aufgefaßt,

dieser Ansicht steht entgegen, daß sie unter Benutzung historischen Materials in Justinian's Constitution etwas hineinlegt, wovon in dieser nicht im Mindesten auch nur eine Spur zu entdecken ist. Dieselbe unterscheidet in §. 10. und 11. *coniunctim* und *disiunctim* eben so wie §. 8. *J. de legat.* nur in dem Sinn, ob eine Erbeinsetzung mehrerer Personen oder ein Vermächtniß für mehrere in einer Satzverbindung (*unitas sermonis*) angeordnet ist, oder in getrennten Sätzen (*separatim, sermone discretis*); unter *coniunctio* wird also allerdings eine *verbis coniunctio* verstanden. In §. 11. dann wird, was Vermächtnisse betrifft, zuerst für den Fall, wenn Mehreren in diesem Sinn *coniunctim* etwas vermacht ist, das Anwachsungsrecht bestimmt, und dieser Fall wird einfach angegeben mit den Worten: „*Ubi . . . plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc coniunctim relinquatur*“. Nun ist aber kein Zweifel, daß dieses *aliquid*, dieses *hoc* nicht etwas ganz Verschiedenes für die einzelnen Vermächtnißnehmer sein darf, daß ein *idem aliquid* vorausgesetzt wird; es fällt Niemanden ein, ein Anwachsungsrecht anzunehmen, wenn in einem Satze dem A und dem B jedem ein anderes Haus, jedem eine bestimmte Summe Geldes vermacht ist. Dem Begriff nach ist nun dasselbe Etwas auch nicht ein und ein anderer Theil derselben ganzen Sache,

als habe Justinian zunächst das Recht der *verbis coniuncti* bezüglich der *caducorum vindicatio* aufrecht erhalten, nur unter dem Namen des Accrescenzrechts, das in seinem eigentlichen Sinn nur für die *bloß re*, nicht *verbis coniuncti* statthabe. So sagt Witte a. a. D. S. 320.: „Im Uebrigen beruft der Kaiser zuvörderst zur *caducorum vindicatio*, und demnächst erst zum Accrescenzrechte. Sind nemlich Collegatäre vorhanden, die mit dem Ausgefallenen in dem gleichen Redesatze verbunden sind, so wird diesen die Accrescenz mit gleichem Rechte wie sonst die *caducorum vindicatio* angeboten.“

weder ein und ein anderer reeller Theil, z. B. die nördliche und die südliche Hälfte eines Grundstücks, noch auch ein und ein anderer intellektueller Theil (*pars pro indiviso*), z. B. $\frac{1}{3}$ und $\frac{2}{3}$ des Grundstücks, auch nicht die eine und die andere Hälfte desselben. Demnach berechtigt die L. un. §. 11. cit. nach ihrem Wortinhalt nicht, in dem Falle, wenn in einem Saze dem A und dem B je $\frac{1}{2}$ derselben Sache vermacht ist, dem A, wenn B wegfällt, ein Recht auf die ganze Sache zuzusprechen: und dieser Fall ist wesentlich kein anderer, als wenn der Erblasser dem A und B dieselbe Sache mit dem ausdrücklichen Beisaze „zu gleichen Theilen“ vermacht hat ⁴³).

In solchem Fall kann aber doch die Willensmeinung des Erblassers die gewesen sein, den genannten Personen vor allen anderen die ganze Sache zu hinterlassen und nur für den Fall ihrer voransichtlichen Concurrnz die Theile zu bestimmen. Und das ist es eigentlich, was diejenigen, welche nach Justinian's Constitution auch den *verbis coniuncti* das Anwachungsrecht zuschreiben, als Regel behaupten wollen, d. h. mit anderen Worten, sie behaupten, daß die in einem Saze mit Angabe von Theilen zu einer Sache berufenen Vermächtnisnehmer nicht bloß als *verbis coniuncti* anzusehen, sondern in Wahrheit *re et verbis coniuncti* seien und als solche denn auch das *ius accrescendi* haben ⁴⁴). Von diesem Standpunct aus vertheidigt

43) Vgl. Windscheid Pand. §. 644. Anm. 13. „ein Gegenstand zu einem Theil ist nichts Anderes als ein Theil des Gegenstandes.“

44) So deducirt Donellus (comment. VII. cap. 13. §. 15. sqq.) ausführlich, daß die *verbis tantum coniuncti*, diejenigen nemlich, welchen nach L. 89. cit. eadem res aequis partibus vermacht ist, in der That auch *re coniuncti* seien; eben so Winnius zu §. 8. J. de legat. II. 20. §. 17. u. a., und darauf kommen auch die Neuere,

neuerlich Burchardi das Anwachsungsrecht in dem fraglichen Falle ⁴⁵⁾. Er gibt zu, daß vor der L. un. Cod. cit. der Angabe von Theilen die Wirkung beigelegt worden sei, das Anwachsungsrecht auszuschließen. Aber er erkennt darin nur eine Regel des älteren Rechts, durch welche, um alles unsichere Fragen nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers zu beseitigen, eine Präsumtion aufgestellt sei, daß der Erblasser, indem er der Theile erwähnt, den mehreren Legataren nicht die genannte ganze Sache, sondern jedem für sich nur den ihm treffenden Theil derselben vermachen wollte, eben so als wenn er jedem einzelnen in selbständiger Verfügung ausdrücklich nur einen bestimmten Theil derselben vermachte, daß also die mehreren Legatäre gar nicht *re coniuncti*, nicht wahrhaft Collegatäre, nur, weil in einem Satze bedacht, *verbis coniuncti* seien. Und diese „alte Regel der römischen Juristen“ findet er an sich „nicht einmal natürlich“; denn, wenn der Testator eine gewisse Sache oder Quantität zunächst schlechthin vermacht und dann erst die gleichen oder ungleichen Theile, welche die Collegatäre haben sollen, angegeben habe, so sei es willkürlich, aus der angehängten Theilbestimmung zu folgern, daß der Testator dennoch mehrere selbständige Vermächtnisse habe anordnen wollen. Bei Legaten, sagt er, möchte ein solcher Schluß allenfalls die innere Wahrscheinlichkeit für sich gehabt haben, weil diese nur in befehlenden Worten angeordnet werden konnten, mithin auch eine Theilbestimmung

die ein *ius accrescendi* der *verbis coniuncti* behaupten, hinaus; daß es auch denjenigen zukomme, denen in demselben Redesatz Verschiedenes vermacht ist, will doch Niemand behaupten, und selbst wenn in unmittelbarem Zusammenhange ausdrücklich und positiv nur Theile einer Sache oder sonst eines Gegenstandes Mehreren vermacht sind, will es nicht behauptet werden.

45) In Bekker's und Muther's Jahrb. Bd. V. Nr. 1.

ung stets einen Befehl enthielt. Zu Justinian's Zeit aber sei man längst durch die Fideicommissen an eine eben so freie Ausdrucksweise in der Anordnung von Vermächtnissen gewöhnt gewesen, wie heutzutage, wo höchstens die Bestimmung ungleicher Theile den Gebrauch gebietender Ausdrücke erfordere, sonst aber ohne Zweifel eben so oft vorkomme, daß der Testator die Theile der Collegatäre in erlaubender Form angebe oder gar nur als etwas sich von selbst Verstehendes hinwerfe. Daher sei es denn ganz recht gewesen, bei der neuen Normirung des Accrescenzrechts die besagte alte Regel bei Seite zu setzen und ohne Rücksicht darauf das Accrescenzrecht zuzulassen. Dies nun, so behauptet Burchardi, sei durch Justinian's L. un. Cod. l. c. geschehen. Durch dieses Gesetz sei das Accrescenzrecht durchgreifend für alle Fälle neu geordnet worden; hätte Justinian dabei die alte Regel bestehen lassen wollen, so hätte er das ausdrücklich erklären müssen; da er dies nicht gethan, so sei dieselbe stillschweigend beseitigt als unvereinbar mit der neuen Justinianischen Regel, daß das Accrescenzrecht immer stattfinde, wenn Mehrere, sei es *coniunctim* oder *disiunctim*, zu einem und demselben Vermächtniß berufen sind. So soll denn nach L. un. cit. schlechterdings die Regel gelten, daß ungeachtet der Theilangabe das Mehreren Vermachte als ein gemeinschaftliches Vermächtniß anzusehen und Anwachsungsrecht dabei zulässig sei, ausgenommen allein den Fall, wenn der Erblasser ausdrücklich das Gegentheil erklärt habe, und zwar soll diese Regel nicht nur dann gelten, wenn Mehreren *coniunctim*, sondern auch, wenn ihnen *disiunctim* dasselbe vermacht und nur nebenbei angegeben ist, wie sich das Vermächtniß unter ihnen theilen solle.

Diese ganze Ausführung Burchardi's ist aber durchaus unhaltbar. Verfehlt ist vorerst schon die Bezugnahme auf den älteren Unterschied zwischen Legaten und Fideicom-

miffen. Schon den classifichen Juriften waren die legten als Vermächtniffe freiefter Ausdrucksweife bekannt und geläufig; dennoch behandelten fie diefe in der fraglichen Beziehung eben fo wie das Damnationslegat; war durch Fideicommiß dem A und B eine Sache oder Summe ausdrücklich zu gleichen Theilen vermacht, fo konnte von einem Anwachsungsrecht gar nicht die Rede fein, da ein folches fogar dann nicht stattfand, wenn der Zufatz „zu gleichen Theilen“ fehlte. Der Unterfchied zwischen befehlender und freierer Ausdrucksweife des Vermächtniffes war hier ganz ohne Einfluß ⁴⁶⁾). Aber auch bei dem Vindicationslegat kann aus dem Befehlscharakter deffelben nicht erklärt werden, daß durch die Theilangabe das *ius accrescendi* ausgefchloffen wurde. Die üblichfte Formel deffelben war „do lego“; wenn nun, falls verfügt war: „Titio et Seio aequis partibus fundum do lego“, ein *ius accrescendi* nicht angenommen wurde, während ohne den Zufatz „aequis partibus“ daffelbe unzweifelhaft eintrat, fo kann das nur daher erklärt werden, daß man jene Verfügung fo auffaßte, als hätte der Teftator gefagt: Titio partem dimidiam fundi, Seio alteram partem dimidiam eiusdem fundi do lego“; der befehlende Charakter des Legats hat damit gar nichts zu fchaffen. Wenn nun zur Zeit der Abfaffung der Digesten diefe Auffaffung noch herrfchte, wenn fie felbst in den Digesten noch Aufnahme gefunden und zwar hier ohne Befchränkung auf das Vindicationslegat, nachdem die alten Unterfchiede schon befeitigt waren ⁴⁷⁾, fo war man gewiß mehr berechtigt zu verlangen, daß diefelbe, wenn fie ferner nicht mehr gelten follte, ausdrücklich verworfen werde, als umgekehrt, im anderen Fall, daß fie ausdrücklich aufrechterhalten und beftä-

46) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 480. fg. 483. Num. 88.

47) Vgl. oben S. 6.

tigt werde. Allerdings wenn sie wirklich unvereinbar mit dem neuen Gesetze wäre, so müßte sie aufgegeben werden, obgleich nicht ausdrücklich verworfen, und auch die sie noch bestätigenden Digestenstellen würden nichts dagegen vermögen. Aber hier erscheint eine zweite schwache Seite in Burchar di's Ausführung. Mit Recht verwahrt er sich dagegen, daß er auch dem bloß *verbis coniunctus* das *Accrescenzrecht* beilegen wolle; mit Recht setzt er für dieses als wesentlich voraus, daß die mehreren Personen zu einem und demselben Vermächtniß berufen (*re coniuncti*) seien; ja er gibt selbst an, daß es an dieser Voraussetzung mangle, wenn verschiedenen Personen eine *pars quota* oder *quanta* einer bestimmten Sache oder Quantität vermacht ist; er faßt das *aliquid pluribus relictum* richtig als *idem aliquid* auf und erkennt es richtig, daß ein Theil und ein anderer Theil nicht *idem* sind. Nun ist aber gerade das in Frage, ob der Erblasser, wenn er mit Angabe von Theilen Mehreren etwas vermacht hat, allen dasselbe Ganze vermacht haben wolle, so daß die angegebene Theilung nur im Fall der Concurrency aller stattfinden, und kaum begreiflich ist es, wie man diese Frage durch die *L. un. cit.* gegen die Digesten klar und bestimmt entschieden halten kann, wo doch ebensowohl wie in *L. un. cit. eadem res* als Gegenstand des Vermächtnisses an Mehrere gedacht ist. Man kann auch nicht mit Burchar di sagen, die Sache oder Quantität sei „schlechthin“ den Mehreren vermacht, wenn sogleich dabei angegeben ist: nach welchem Theilungsmaßstabe; wollte man aber darauf Gewicht legen, daß zuerst der Gegenstand allen vermacht und dann erst die Theile für die einzelnen bestimmt seien, so müßte man consequent unterscheiden, ob der Testator z. B. verfügt hätte: „Ich vermache mein Haus dem A und B zu gleichen Theilen,“ oder: „Ich vermache zu gleichen Theilen dem A und dem B mein Haus“, das *Accrescenz-*

recht im ersten Falle zulassen, im zweiten Fall ausschließen. Und fragt man ferner nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers in solchem Fall, so kann man mit gutem Grunde sagen: die Wahrscheinlichkeit spreche dagegen, daß der Erblasser dem A oder dem B eventuell das Ganze zugedacht habe; denn, wenn er dies wollte, warum fügte er dann hinzu „zu gleichen Theilen“? daß, wenn beide das Legat erwerben, jeder nur die Hälfte erhalte, das verstand sich ja von selbst.

Setzt man aber den Fall, daß der Testator dem einen und dem andern ungleiche Theile des Vermächtnißgegenstandes bestimmte, dann mußte er dies freilich aussprechen; dann ist aber gerade gar nicht wahrscheinlich, daß er dennoch eventuell jedem das Ganze zugedacht habe, wenn er dies nicht ausdrücklich verordnet hat. An solchen Fall hat übrigens der Verfasser der L. un. cit. offenbar gar nicht gedacht; denn §. 11. sagt ausdrücklich, daß, wenn alle das Legat erwerben, jeder einzelne das Vermächte pro sua portione erhalte, wenn aber einer ausfalle, dessen Theil den andern allen, si habere maluerint, pro virili portione accrescere, setzt also gewiß voraus, daß alle zu gleichen Theilen bedacht seien⁴⁸⁾. Demnach kann für den

48) Vgl. Windscheid Pand. §. 644. Anm. 13. — Witte a. a. O. findet in den angeführten Worten einen Beweis, daß das Recht der *verbis coniuncti* eigentlich nicht Accrescenzrecht, sondern *caducorum vindicatio* sei. „Jeder“, sagt er, „hat einen Anspruch, nicht nach Verhältniß seines Antheils am Legate, sondern pro virili portione“, wie es bei der *caducorum vindicatio* der *verbis coniuncti* der Fall gewesen. Aber in den Justinianischen Rechtsbüchern ist nirgend angedeutet, daß die *caducorum vindicatio* den berechtigten Vätern pro virili portione zukam, und davon, daß dieselbe vor andern dem *collegatarius coniunctus* und so auch dem bloß *verbis coniunctus*, der Kinder hatte, zustand, findet sich nur in L. 89. D. de legat. III. eine Spur, die ohne Gai. II. 207. 208. nur mit ungewöhnlicher

Fall ungleicher Theilbestimmung aus L. un. §. 11. cit. durchaus nicht gefolgert werden, daß ungeachtet derselben ein *ius accrescendi* statthabe.

Aber auch für den Fall der Angabe gleicher Theile berechtigt sie, wie oben dargethan, nicht im Mindesten zur Aufstellung der von Burchar di vertheidigten Regel: daß die Theilangabe nur auf den Fall der Concurrency aller Collegatare zu beziehen, im andern Fall aber trotz derselben ein *ius accrescendi* anzuerkennen sei, wo nicht der Erblasser ausdrücklich anders verfügt hat.

Als Regel muß hiernach vielmehr aufgestellt werden: Wenn ein Gegenstand Mehreren ausdrücklich zu gleichen oder ungleichen Theilen vermacht ist, so findet im Zweifel Anwachsungsrecht nicht statt ⁴⁹⁾. Allerdings aber ist im

Divinationsgabe vermuthungsweise darauf gedeutet werden konnte. Vgl. oben S. 28. Da ist es nun doch höchst unwahrscheinlich, daß Justinian im Hinblick auf jenes besondere Recht der *legatarii coniuncti patres* eine Accrescenz für alle *legatarii verbis coniuncti* nach Kopftheilen statuiren wollte, auch wenn ihnen verschiedene Antheile am Legat angewiesen wurden, im Widerspruch mit dem, was §. 10. bezüglich des Accrescenzrechts der Erben festsetzt.

- 49) Damit stimmt denn auch die Mehrzahl der Neueren überein: Rosshirt Vermächtnisse I. S. 603 fg. Mühlensbruch in dem Comment. Th. 43. S. 333. fg. (gegen sein Lehrb. §. 790.), Machelard in der *révue historique* tom. VI. p. 201. suiv., Dvorzak a. a. D. S. 73. fg. Glasson p. 104. suiv., sodann die Lehr- und Handbücher des Pandektenrechts von Thibaut §. 996. Wenning-Jungenheim §. 524. Mackelbey §. 715. Schweppe V. §. 917. Seuffert §. 621. Göschen §. 1051. Puchta §. 542. Sintenis III. §. 213. Anm. 34. 35. Bangerow §. 547. Anm. 2. Brinz 1. Aufl. S. 956. Windscheid §. 644. Anm. 13. Baron §. 443. Serafini istituzioni §. 219., auch Bering Erbr. S. 729. Lewes Erbr. II. §. 97. Unger österr. Erbr. §. 63. Anm. 5. Vgl. auch

einzelnen Falle darauf zu achten, ob nicht aus der Fassung und dem ganzen Zusammenhange der Vermächtnißverfügung in Verbindung etwa mit besonderen Umständen als Wille des Erblassers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erkennen sei, daß allen zusammen das Ganze vermacht sein solle und die Theilangabe nur auf den Fall der wirklichen Concurrnz aller berechnet sei. Gegen solche Erforschung des vermuthlichen Willens des Erblassers zeigt *Burchardi a. a. O.* eine übertriebene Antipathie; ist doch den römischen Juristen die *voluntatis quaestio* bei letztwilligen Verfügungen vor allem wichtig erschienen, und haben sie derselben immer mehr Raum gegeben, wie sich das Recht der Vermächtnisse durch den Einfluß der Fideicommissse freier entwickelte⁵⁰⁾.

In L. 15. §. 1. D. de legat. I. aus Pauli lib. III. ad Sabinum lesen wir:

Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de postuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debebitur.

Damit stimmt überein, was nach L. 16. §. 2. eod. *Pomponius* lehrte:

Holzschuber Theorie und Casuistik II. S. 1080. fg. (3. Aufl.). Dasselbst S. 1084. fg. führt jedoch der Herausgeber *Kunze* in einem Nachtrag die Hauptsätze *Burchardi's* mit stillschweigender Billigung an, und eben so in seinem *Cursum der Institutionen II. S. 573.*

- 50) L. 12. D. de R. J. 50. 16. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. Vgl. L. 64. D. de legat. II. L. 14. D. de annuis legat. XXXIII. 1. L. 3. 7. 9. pr. D. de trit. leg. XXXIII. 6. L. 18. §. 3. D. de instr. leg. XXXIII. 7. L. 6 §. 2—4. D. de pecul. leg. XXXIII. 8. L. 25. pr. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. I. *Rohrhirt I. S. 244. 288. 336. fg. und den Comment. Th. 46. S. 156. fg. 174. 212. 374. 497. fg. 514. Ann. 28. Th. 47. S. 268. fg. 406. fg.*

Si Titio et postumis legatum sit, non nato postumo totum Titius vindicabit.

Mögen die genannten Juristen hier ein Vindications- oder ein Damnationslegat vorausgesetzt haben, ihre Entscheidung war in beiden Fällen richtig, obwohl bei dem letzten nach dem Recht ihrer Zeit die Regel galt: *damnatio partes facit*. Da es ungewiß ist, ob ein Postumus geboren werde, so wird der Wille des Testators so ausgelegt, daß eben nur, wenn dies der Fall ist, durch dessen Concurrenz der Collegatar auf einen Theil des Vermachten eingeschränkt werden solle. Und Pomponius fährt fort:

Sed et si testator Titio et postumis viriles partes dari voluisset vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur non nato postumo.

War einfach „Titio et postumis“ per vindicationem legirt, so konnte die Frage entstehen, ob nicht Titius jedenfalls die Hälfte, mehrere postumi nur zusammen die andere Hälfte bekommen sollten; daß non nato postumo Titius das Ganze bekam, war nach der Regel des Vindicationslegats unzweifelhaft. Wenn aber der Testator zu erkennen gegeben oder ausdrücklich erklärt hätte, daß Titius und alle Postumi gleiche Theile (*viriles partes*) bekommen sollten, so hätte man selbst beim Vindicationslegat zweifeln können, ob Titius je das Ganze vindiciren könne, weil, wenn *duobus aequis partibus* per vindicationem legirt war, das *ius accrescendi* nicht stattfand. Gleichwohl wird hier anders entschieden, indem als Wille des Testators erkannt wird, daß Titius nur im Fall wirklich eintretender Concurrenz von Postumi auf einen Theil eingeschränkt sein solle, was schon aus dem Grunde nothwendig anzunehmen war, weil ja, so lange noch ungewiß war, ob und wie viele Postumi geboren wurden, nicht die Größe der *virilis portio* bestimmt werden konnte. Ungeachtet der Erwähnung der *viriles partes*

wird angenommen, daß der Testator dem Titius (eventuell) doch das Ganze habe vermachen wollen, und unbedenklich würde der Jurist in diesem Fall dem Titius iure accrescendi das Ganze auch dann zugesprochen haben, wenn zwar ein Postumus wirklich geboren worden wäre, dieser aber den Anfall des Legates nicht erlebt oder etwa dasselbe abgelehnt hätte⁵¹). Den gleichen Fall bei einem Fideicommiss bespricht eine Stelle aus des Gaius libro primo fideicommissorum, L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. de reb. dub. XXXIV. 5., die durch Einfügung der aus Marcian's lib. III. fideicomm. entnommenen L. 6. D. l. c. vervollständigt wird. L. 5. §. 1. cit. setzt den Fall:

Si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit,

und als gleichartigen Fall setzt L. 6. cit. hinzu:

vel ex parte te et ex parte postumum heredem

51) In dieser Beziehung ist freilich anderer Meinung Dvorzak a. a. O. S. 49. mit Voet ad pand. lib. XXX—XXXII. §. 61. und anderen; vgl. auch Glück im Comment. Th. 9. S. 274. Voet sagt, die Theilbestimmung, also die Beschränkung des Titius auf einen Theil, sei hier eine bedingte, durch die Geburt eines Postumus sei die Bedingung erfüllt und nunmehr jene Beschränkung eine definitive geworden, der Titius und der Postumus seien nun nur mehr verbis coniuncti. Dies war richtig, wenn das Vermächtniß ein Damnationslegat oder Fideicommiss war (vgl. unten S. 42. fg.). Aber beim Vindicationslegat dasselbe anzunehmen, war man nicht berechtigt; denn, wenn auch in der Regel der Zusatz „aequis partibus“ so verstanden wurde, daß jedem nur ein Theil vermacht sein solle, so war doch hier der Wille des Testators offenbar darauf gerichtet, daß das Ganze zu Gunsten des Titius und etwaiger Postumi den Erben genommen sein solle. Andererseits ist klar, daß L. 16. §. 2. cit. nicht benutzt werden kann, um zu beweisen, daß auch der verbis coniunctus das Accrescenzrecht habe, wie es z. B. geschieht von Merillius Variant. ex Cuiacio I. cap. 40.

instituisset legatumve similiter vel fideicommissum dedisset,

und in Beziehung darauf stellt dann L. 7 pr. cit. die Frage:

utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur.

Die Frage zeigt, daß Gaius die bei Fideicommissen wie beim Damnationslegat damals geltende Regel vor Augen hat, wornach, wenn zwei Personen in einem Sate etwas vermacht war, partes ab initio fiebant. Bei dem Vindicationslegat konnte die Frage nicht einmal aufgeworfen werden, es sei denn, daß ausdrücklich Titio et postumo aequis partibus legirt war. Gaius entscheidet nun:

Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.

Obgleich nach jener Regel sonst das Fideicommiß sofort unter die verbis coniuncti getheilt gewesen wäre, ebenso wie wenn der Erblasser ausdrücklich die Theilung angeordnet, so gibt hier doch Gaius dem coniunctus den Anspruch auf das Ganze, wenn kein Postumus geboren wird, wie Paulus in L. 15. §. 1. cit., weil er das dem Willen des Erblassers entsprechend findet; und einen entscheidenden Grund für diese Willensauslegung legen uns die folgenden Worte nahe:

Sin autem natus fuerit, utrosque accipere quantum cuique relictum est, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur, duobus natis tertia tibi debeatur, tribus natis (quia trigemini quoque nascuntur) quarta debeatur.

In diesem Falle trat übrigens nach dem Recht zur Zeit des Gaius durch die erfolgte Geburt eines oder mehrerer Postumi allerdings wohl definitiv eine Getheiltheit

des Fideicommisses ein und galt kein ius accrescendi, wenn ein geborener Postumus später wegfiel⁵²⁾. Nach Justinianischem Recht aber ist nun auch hier ein ius accrescendi anzuerkennen, wie es oben für ein Vindicationslegat dargethan ist.

Nach Analogie dieser Stellen darf allerdings eine Willensauslegung zugelassen werden, nach welcher ungeachtet einer vom Erblasser angegebenen Theilbestimmung dennoch die Legatäre als wahre Collegatäre anzuerkennen sind und ein Anwachsungsrecht denselben nicht abzusprechen ist⁵³⁾, und zwar ist es dabei nicht durchaus unzulässig, auch außerhalb der fraglichen Willensverfügung liegende Umstände mit in Betracht zu ziehen⁵⁴⁾. Und darnach halte auch ich

52) Doch finden wir in L. 4. pr. D. de aliment. leg. XXXIV.

1. bei einem zu Gunsten der Freigelassenen des Erblassers angeordneten Fideicommiss nach Auffassung des Willens desselben ein Anwachsungsrecht anerkannt: Sed et si decesserit fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem, pars eius ad ceteros fideicommissarios pertinet. Der Erblasser hatte gewisse Güter nur schlechthin seinen Freigelassenen angewiesen; dies wurde mit Recht so ausgelegt, daß dieselben den ihn überlebenden Freigelassenen zukommen sollten. Vgl. Baron Gesamtrechtsverhältnisse S. 444.

53) Damit stimmt auch überein Windscheid Pand. §. 644. Anm. 13. Unger Erbr. §. 63. Anm. 5. Auch Rudorff hat sich damit einverstanden erklärt und Burchardi's Ansicht verworfen, in einem Zusatz zu Buchta's Pand. (10. Aufl.) §. 542. Anm. c. unter Verweisung auf Arndts' Pand. §. 556. Anm. 6. Vgl. auch Dworzak a. a. O. S. 55. fg. Anm. 34. a. C.

54) Das beweist L. 16. §. 2. cit. durch die Worte: „si . . . viriles partes dari voluissent“; denn diese können nicht (mit Baron a. a. O. S. 443.) gedeutet werden auf den Fall eines Fideicommissum „v. p. dari volo“, sondern nur auf den Fall, wenn irgendwie erkannt wird, daß des Testators

die von Burchardi a. a. D. vertheidigte Entscheidung des von ihm vorgelegten praktischen Falles materiell für richtig, obgleich ich die Vertheidigung theoretisch, d. i. die Begründung der Entscheidung, für verfehlt erklären muß. Der Fall war folgender:

Ein Herr X hatte mit einer Freundin gleichzeitige Testamentserrichtung und wechselseitige Erbeinsetzung verabredet mit dem Versprechen, für den Fall, daß er sie erben werde, in seinem Testament die beiden Brüder der Freundin und deren etwaige Familie zu bedenken. Demgemäß ernannte X in seinem mit der Codicillarclausel versehenen Testament die Freundin neben seiner auf den Pflichttheil eingesetzten Mutter zur Erbin und verfügte dabei:

„Sollte die obengenannte Erbin vor mir sterben, so bestimme ich aus dem mir von derselben vermachten Nachlasse die Summe von 5000 Thalern zu einem Vermächtnisse für deren beide Brüder, dergestalt, daß sie oder ihre ehelichen Nachkommen, falls einer oder beide nicht mehr am Leben sein sollten, sich obige Summe in zwei gleiche Hälften theilen mögen.“

X beerbte die Freundin, starb dann nach seiner Mutter und wurde nun von einem Halbbruder ab intestato beerbt; dieser anerkannte zwar das Legat ungeachtet der Destitution des Testaments, aber nur zur Hälfte, weil der eine der beiden Brüder ohne Hinterlassung von Nachkommen früher verstorben war, wogegen der überlebende kraft des Anwachsungsrechts die ganze Summe in Anspruch nahm. Das Gericht erster Instanz verwarf diesen Anspruch nach der Regel: *partibus collegatariorum a testatore adiectis cessat ius accrescendi in legatis*.

Wille war, dem Titius und jedem einzelnen Postumus gleiche Theile zuzuwenden; es würde sonst keinen Sinn haben, daß hinzugesetzt wird: „*vel etiam id expressisset*“.

Das Obergericht zu Kiel aber erkannte in der Recursinstanz zu Gunsten des Klägers, weil jene Regel zwar für das Vermächtniß einer Geldsumme, obgleich sie für das Vermächtniß einer bestimmten Sache aufgehoben sei, noch gelte, aber mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers im einzelnen Fall dennoch das Anwachsungsrecht zuzulassen sei und im vorliegenden Fall überwiegende Gründe dafür sprechen⁵⁵).

Den Entscheidungsgründen dieses Urtheils nun kann nicht beige stimmt werden, insofern sie einen Unterschied machen zwischen dem Vermächtniß einer bestimmten Sache und dem Vermächtniß einer Summe oder Quantität. Dieser Unterscheidung fehlt es in der That an jedem auch nur scheinbaren Grunde. Wenn man annimmt, eine in den Digesten noch gerade in Beziehung auf das Vermächtniß einer bestimmten Sache anerkannte Regel sei durch L. un. cod. cit. aufgehoben, so ist nicht zu begreifen, wie man sie nach diesem Gesetze noch anwendbar finden mag, wenn sonst *aliquid pluribus relictum est*, da dasselbe unter *aliquid* überhaupt jeden möglichen Gegenstand eines Vermächtnisses versteht. Daß das Vermächtniß einer Sache auch die bloß *verbis coniuncti* zu Miteigenthümern macht, das Vermächtniß einer Summe ohneweiters für jeden eine Forderung auf einen Theil der Summe erzeugt, ist kein Grund⁵⁶). Und wie möchte man denn den Fall beurthei-

55) Dieses Erkenntniß ist mitgetheilt in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte XIV. Nr. 104. Dagegen war die oben geprüfte Erörterung Burchardi's gerichtet.

56) Die Entscheidungsgründe halten es durch L. un. §. 11. Cod. l. c. und §. 8. J. de legat. entschieden, daß, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist, das Accrescenzrecht stattfindet, ob Theile angegeben sind oder nicht, entschieden, weil dort nichts davon gesagt ist; ein Mehreren zusammen

len, wenn eine Forderung des Erblassers Mehreren vermacht ist? etwa gar mit Unterscheidung, ob eine Sache oder eine Summe Gegenstand der vermachten Forderung ist? Darin aber hat das Urtheil gewiß richtig entschieden, daß in dem vorliegenden Falle der Wille des Erblassers dahin gegangen sei, jedenfalls das ganze Legat seinen Erben zu entziehen und den Verwandten seiner verstorbenen

gegebenes Vermächtniß einer Summe aber erscheine an sich nach der Natur seines Objekts (L. 29. D. de solut.) als ein Inbegriff mehrerer Vermächtnisse, und da sei denn das Anwachsungsrecht bedingt durch den Willen, das Vermächtniß als ein Ganzes, das erst durch die Concurrenz sich theile, zu hinterlassen. Darnach würde, wenn eine Summe auch ohne Theilangabe Mehreren vermacht ist, im Zweifel doch kein Anwachsungsrecht stattfinden, während es bei dem Vermächtniß einer Sache ungeachtet der Theilangabe behauptet wird. Aber L. 29. cit. sagt nichts anderes, als daß, wenn Mehreren zusammen eine Forderung auf eine Sache oder eine Quantität erworben wird, der einzelne im ersten Falle die Forderung auf eine pars pro indiviso, im anderen Fall auf eine Theilquantität habe, und das gilt auch bei Legaten; das steht aber nicht dem Erwerb des Ganzen vermöge des Anwachsungsrechts entgegen, falls die anderen Mitbedachten nicht erwerben; bei dem *legatum per vindicationem* galt das *ius accrescendi* ohne Zweifel eben so, wenn Gegenstand desselben eine Summe, als wenn er eine nicht vertretbare Sache war. Ueber die auch noch angeführten L. 7. 89. §. 2. D. de legat. II. vgl. weiter unten. Uebrigens war in der gemeinrechtlichen Doctrin die Meinung, daß bei dem Vermächtniß einer Summe nicht Anwachsungsrecht stattfindet, von Manchen vertreten, welchen Voet a. a. O. §. 63. entgegentritt. Vgl. auch das baier. Landrecht III. 6. §. 13. Doch war noch in neuester Zeit ein Richterspruch auf diese Meinung gebaut, der aber durch die Entscheidung in den höheren Instanzen ganz mit Recht als widersprechend der L. un. Cod. cit. abgeändert worden ist. Seuffert's Arch. III. Nr. 83.

Freundin zuzuwenden, die Theilung in zwei Hälften aber nur für den Fall, daß beide Brüder, oder ein Bruder und Nachkommen des andern, oder Nachkommen beider Brüder in ungleicher Zahl mit einander concurrirten, anzuordnen. Dafür spricht in Verbindung mit dem Motive des Vermächtnisses, daß der Erblasser als dem Nachlaß seiner Freundin entnommen bezeichnet, in Verbindung ferner mit dem Umstande, daß derselbe in seinem Testamente seine Seitenverwandten gar nicht bedacht, die Mutter nur auf den Pflichttheil eingesezt hatte, selbst auch die Fassung der Vermächtnißverfügung. Er bestimmt die ganze Summe „zu einem Vermächtniß für beide Brüder“; diesen aber sollen deren Nachkommen substituirt sein; und zwar will er, daß die Nachkommen je eines Bruders zusammen die Hälfte des Legates, die diesem selbst zugekommen sein würde, erhalten sollen; mit Rücksicht darauf offenbar fügt er hinzu: „dergestalt, daß sie oder deren eheliche Nachkommen“ u. s. w.⁵⁷⁾. Den Fall, daß einer der beiden Brüder ohne Hinterlassung ehelicher Nachkommen sterben sollte, hat er dabei nicht bedacht und nicht erwähnt; daß er für diesen Fall dem anderen oder dessen Nachkommen nur die Hälfte zugedacht, ist nach dem ganzen Zusammenhange höchst unwahrscheinlich. Nicht unbedeutend ist auch der Ausdruck „daß sie . . . theilen mögen.“ Hätte der Testator gesagt: „ich vermache die Summe den beiden Brüdern, jedem zur Hälfte, und substituire jedem dessen eheliche Nachkommen,“ so würde die oben gebilligte Willensauslegung nicht Platz greifen.

57) So erkannte auch das Münchener OAGericht in einem ähnlichen Falle, wo die Angabe „zu fünf Theilen“ sich daraus erklärte, daß die 5 Vermächtnißnehmer in ungleicher Zahl Kinder zweier verschiedener Familien waren und durch jene Worte die Theilung in zwei Hälften ausgeschlossen werden sollte. Seuffert's Arch. II. 211.

Unter den neueren Gesetzgebungen stimmt mit der oben vertheidigten Auffassung des römischen Rechts überein das sächsische Gesetzbuch §. 2434:

„Bedachten, welche in einem Satze verbunden, aber nicht zu einem und demselben Vermächtnisse, oder zwar zu demselben Vermächtnisse, aber mit Angabe, wie viel ein Jeder von ihnen davon erhalten soll, berufen sind, steht ein Anwachsungsrecht nicht zu.“

Darnach ist das Anwachsungsrecht ausgeschlossen auch wenn Mehreren in demselben Satze ausdrücklich „zu gleichen Theilen“ eine Sache oder Quantität vermacht ist; doch aber ist durch diese Bestimmung wohl nicht schlechterdings ausgeschlossen, daß im einzelnen Fall einer entgegenstehenden Willensauslegung Folge zu geben sei. Auch das westgalizische Gesetzb. II. §. 352. stimmte noch damit überein; aber das österreichische bürgerliche Gesetzb. §. 689 läßt das Anwachsungsrecht überall zu, wenn das ganze Vermächtniß mehreren Personen „ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen“ zugebracht ist. Dies wird gerechtfertigt aus dem Gesichtspunkt, daß der Erblasser durch den Beisatz „zu gleichen Theilen“ nur ausspreche, was in der einfachen Berufung Mehrerer zu demselben Gegenstand von selbst enthalten ist, und nur die Negation ungleicher Theilung andeuten wolle, daß die Einsetzung mehrerer Personen auf denselben Gegenstand zu gleichen Theilen nicht gleich zu achten sei der Einsetzung Mehrerer auf gleiche Theile desselben Gegenstandes⁵⁸⁾. Derselben Ansicht, daß der Zusatz „zu gleichen Theilen“ dem Anwachsungsrecht nicht entgegenstehe, huldigt auch die französische Jurisprudenz, obgleich der Code civil art. 1044 ähnlich wie das sächsische Gesetzbuch voraussetzt: „que le testateur n'aura

58) Unger, Erbrecht §. 63. Anm. 3. Vgl. oben S. 27. Anm. 37.

pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose leguée.“ Beschränkender möchte auf den ersten Blick das preuß. Landrecht erscheinen, das in Th. I. Tit. 12. §. 368. bestimmt:

„War ein Vermächtniß mehreren Personen zugleich und ungetheilt beschieden, so wächst der ausfallende Theil des Einen, in Ermangelung eines Substituten, den übrigen Mitgenossen zu.“

Allein der folgende §. ergibt sofort, daß das Landrecht vielmehr noch in weiterem Umfang Anwachsungsrecht zuläßt, als das österreichische Gesetzbuch §. 689.; denn §. 369. bestimmt:

„Dieser Zuwachs geschieht nach eben dem Verhältnisse, nach welchem der Testator die Quoten eines jeden Legatarii an dem ganzen Vermächtnisse bestimmt hat,“ und §. 370. sagt sodann:

„Ist dergleichen Verhältniß von dem Erblasser nicht angegeben, so erwerben die Mitgenossen den Zuwachs zu gleichen Theilen.“

Daraus geht hervor, daß §. 368. auch dann anwendbar gehalten wird, wenn der Testator den mit einem Vermächtniß bedachten mehreren Personen ungleiche Theile des Ganzen zugewiesen hat, und den Worten des §. 368. „zugleich und ungetheilt“ kann nur die Bedeutung beigelegt werden, daß vorausgesetzt werde, der Erblasser habe Etwas als ein ungetheiltes Ganzes Mehreren vermacht, eine ganze Sache, Summe oder Quantität als Gegenstand eines Vermächtnisses für mehrere Personen angegeben, und nur für den Fall wirklicher Concurrenz derselben die Antheile der einzelnen bestimmt. Das Wort „zugleich“ könnte auf eine *verbis coniunctio* gedeutet werden; aber es kann auch verstanden werden in dem Sinn von „zu gleicher Zeit“, „nebeneinander“, nicht „successiv“,

so daß nicht allein *re et verbis coniuncti*, sondern auch *blos re coniuncti* nach §. 368 fg. ein Anwachsungsrecht haben, und diese Auslegung ist entschieden vorzuziehen, da sonst für *blos re coniuncti* sich gar kein Anwachsungsrecht ergeben würde, die Verfasser des Landrechts aber des Willens waren, das *ius accrescendi* „durch Aufhebung der allzu subtilen Unterscheidungen der verschiedenen Arten der Konjunktionen möglichst zu simplificiren“⁵⁹⁾.

Uebrigens wird auch nach gemeinem Rechte die Sache häufig, vielleicht meistens, sich so gestalten, daß Mehrere, denen derselbe Gegenstand in getrennten Verfügungen vermacht ist, doch in Wahrheit als *re et verbis coniuncti* anzusehen und zu behandeln sind. Wenn der Erblasser z. B. dem A sein Haus vermacht, sodann in einem späteren Satze des Testaments oder in einem Codicill verfügt: „Mein dem A vermachtes Haus soll gemeinsam mit diesem auch dem B vermacht sein,“ so müssen meines Erachtens A und B unbedenklich als *re et verbis coniuncti* betrachtet werden, als hätte der Erblasser das erste Legat zurückgenommen und an dessen Stelle ein anderes gesetzt: „Mein Haus vermache ich dem A und B zusammen.“ Und Vermächtnisse einer und derselben Sache an mehrere Personen in getrennten Verfügungen kommen gewiß höchst selten anders als in solcher und ähnlicher Weise vor. Hätte dagegen der Erblasser gesagt: „das dem A vermachte Haus soll zur Hälfte dem B vermacht sein,“ so würde darin wohl eine Zurücknahme des halben Legats des A und Uebertragung dieser Hälfte auf B zu erkennen, dieser aber nicht einmal als *re coniunctus* des A anzusehen sein⁶⁰⁾.

59) Vgl. Gruchot, preuß. Erbrecht I. S. 613—624.

60) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 513 fg.

2) Es kann der Fall sein, daß mit einem Vermächtniß zugleich einige als *re et verbis coniuncti* und daneben noch ein anderer als *re coniunctus* bedacht sind. Daß in solchem Fall, wenn alle das Legat erwerben, die ersten zusammen gleichwie eine Person nur einen Theil gegenüber dem letzten erhalten, ist gegen Schneider schon im Comment. Th. 46. S. 506—513. nachgewiesen. Daraus ergibt sich denn von selbst, wie es sich in solchem Fall mit dem Anwachsungsrecht verhält, wenn eine der bedachten Personen wegfällt. Ist dies der bloß *re coniunctus*, so wächst dessen Antheil *sine onere* den *re et verbis coniuncti* zu, als wäre ihnen allein in solcher Weise das Vermächtniß hinterlassen. Fällt aber von diesen einer aus, so berührt dies den bloß *re coniunctus* gar nicht; so lange noch einer der *re et verbis coniuncti* übrig ist, wird diesem der erledigte Vermächtnißtheil zukommen nach der für *re et verbis coniuncti* aufgestellten Regel, also wenn er will und *cum suo onere* ⁶¹⁾. Es kann hier

61) Dieses Vorzugsrecht des *re et verbis coniunctus* in Betreff der Anwachsung wird auch von Schneider a. a. O. S. 262. anerkannt, ungeachtet er in Ansehung der Theilung des Vermächtnisses, wenn alle erwerben, der *coniunctio* keine Bedeutung beilegt. Es zeigt sich aber darin gerade recht auffallend das Verkehrte dieser Meinung. Wenn die beiden *re et verbis coniuncti* A und B, und eben so der *re coniunctus* C jeder $\frac{1}{3}$ erhalten sollen, so ist nicht einzusehen, warum nicht C beim Wegfall des B eben so $\frac{1}{2}$ erhalten soll, wie es der Fall sein würde, wenn B gar nicht mitbedacht wäre. A ist dann in der That durch B nicht beschränkt; beiden zusammen ist wohl das Ganze, aber keineswegs $\frac{2}{3}$ als gemeinschaftliches Ganzes vermacht; daher kann denn auch dem A der Wegfall des B nicht besonders zum Vortheil gereichen; wohl aber dann, wenn das dem A und B zusammen vermachte Ganze durch die Concurrenz des C auf ein gemeinschaftliches $\frac{1}{2}$ beschränkt wird. — Uebrigens

nur die Frage entstehen, was Rechtens sei, wenn der *re et verbis coniunctus* den anwachsenden Vermächtnistheil ablehnt? ob dieser alsdann dem Vermächtnisträger *cum onere* verbleibe? oder dem *re coniunctus sine onere* anwachse? Da dem letzten an sich das Ganze vermacht ist und er darin nur durch die Concurrenz eines Andern beschränkt wird, so scheint es consequent, die dritte Frage zu bejahen; der *re coniunctus* erlangt *suum legatum imminutum*, soweit ihn nicht ein anderer Vermächtnisnehmer durch seine Concurrenz beschränkt.

Eine eigene Modification des Anwachsungsrechts kann sich aber noch ergeben, wenn neben *re et verbis coniuncti* einem Andern in selbständiger Verfügung nicht schlecht-hin das jenen vermächte Ganze ebenfalls vermacht, sondern ausdrücklich nur dem einen von jenen in Beziehung auf dessen Antheil ein Anderer zugesellt ist: z. B. „Ich vermache dem A und B mein Haus,“ damit „mit B zusammen soll auch C einen Antheil an meinem Hause haben.“ Hier beschränken sich einander zunächst B und C, das Wegfallen des einen gereicht nur dem anderen, nicht dem A, zum Vortheil; fällt aber A weg, so accrescirt den beiden anderen. Der Fall ist unbedenklich so zu beurtheilen, als hätte der Erblasser von vornherein verfügt: Mein Haus vermache ich 1) dem A, 2) dem B und C⁶²⁾.

3) Ein anderer eigenthümlicher Fall ist folgender:

kann man in Beziehung auf diesen Fall noch den Satz der L. 89. D. de legat. III. festhalten: „*Praefertur igitur omnimodo ceteris qui et re et verbis coniunctus est*“, der freilich im Sinn des Paulus eine andere Bedeutung hatte. Vgl. oben S. 28.

62) Vgl. den Commentar Th. 46. S. 513. und über den verwandten Fall bei der Erbeinsetzung Mühlenbrach im Comment. Th. 43. S. 320. fg. Dworzaf a. a. D. S. 69.

Mehreren ist jedem ein bestimmter Theil eines Gegenstandes, daneben aber noch einem Anderen derselbe Gegenstand schlechthin oder ganz vermacht. Diesen Fall betrifft eine viel besprochene Stelle der Digesten, L. 41. pr. D. de legat. II. (Javolenus libro septimo epistolarum):

„Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego; eundem fundum Titio lego: si Seius decesserit, pars eius utrique accrescit, quia cum separatim et partes fundi et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars quae cessat pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.

Maevius und Seius sind nicht re coniuncti; jedem ist positiv nur die Hälfte vermacht, noch bestimmter, als wenn gesagt wäre: „Maevio et Seio aequis partibus fundum do lego“; ob man sie als verbis coniuncti ansehen könne, ist von keiner Bedeutung, wenn feststeht, daß verbis coniuncti als solche kein Anwachsungsrecht haben. Dagegen ist Titius, dem das ganze Grundstück vermacht ist, re coniunctus des Maevius bezüglich der einen, des Seius bezüglich der anderen Hälfte des Grundstücks. Wenn nun T. wegfällt, so accrescirt den beiden anderen sine onere; jeder erhält die ihm ursprünglich bestimmte dimidia pars non concurrente Titio als suum legatum imminutum. Wenn aber Seius wegfällt, so, sollte man meinen, müsse dessen Theil ($\frac{1}{4}$) nur allein dem Titius anwachsen; denn nur mit diesem concurrirte er in der einen Hälfte des vermachten Grundstücks und nur diesem gereicht also der Wegfall seiner Concurrency zum Vortheil; Maevius, dem die andere Hälfte vermacht ist, wird durch Seius nicht beschränkt, nur wie dieser durch Titius. Setzen wir den Fall: dem M. und S. wäre nicht die eine und die andere Hälfte als pars pro indiviso, sondern dem M. die südliche, dem S.

die nördliche Hälfte des Grundstücks vermacht, dann dem T. das ganze Grundstück; gewiß würde Niemand beim Wegfall des S. dem M. eine Accrescenz in die nördliche Hälfte hinein zusprechen; vielmehr dem T. allein die nördliche Hälfte, weil ihm darin kein concursus partem facit, während er immer noch mit M. in der südlichen Hälfte concurrirt. Ebenso aber, scheint es, wäre der Fall der L. 41. cit. zu beurtheilen, da zwei partes pro indiviso ebenso wie partes pro diviso selbständig Objecte zweier Vermächtnisse sind. Aber Favolenus entscheidet in diesem Fall doch anders: „si Seius decesserit, pars eius utrique accrescit“; der Wegfall des S. soll sowohl für M. als für T. eine Accrescenz herbeiführen, und zwar „pro portione legati cuique“⁶³). Wenn alle drei erwerben, so bekommen M. und S. jeder $\frac{1}{4}$, T. $\frac{1}{2}$; wenn also S. wegfällt, so soll dem M. $\frac{1}{12}$ anwachsen, dem T. $\frac{2}{12}$, M. also erhalten $\frac{1}{4} + \frac{1}{12} = \frac{1}{3}$, T. $\frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{2}{3}$ des Vermächtnißgegenstandes. Das scheint der klare Sinn der L. 41. pr. cit. zu sein. Aber weil dieser sachlich Anstoß erregte, so sind sehr verschiedene und widerstreitende Erklärungsversuche gemacht worden⁶⁴). Die Accursische Glosse schon deutet drei Erklärungen zur Auswahl an. Die eine geht dahin, daß M. und S. für sich betrachtet wirklich re coniuncti seien, indem Favolenus den Fall so gedacht habe, daß beiden dieselbe pars dimidia vermacht sei, und dann noch T. als re coniunctus beiden gegenüber trete, und so gibt nach Bivianus die Glosse auch den casus dieser Stelle an. Obwohl von Anderen lebhaft angefochten⁶⁵), ist diese Erklärung auch noch

63) Haloander hat statt pro die Variante de; aber diese hat ganz den Anschein einer verzweifelten Emendation; Mommsen erwähnt deren gar nicht.

64) Eine Uebersicht darüber gibt Dworzak a. a. O. S. 78. fg.

65) Bartolus de Saxo ferrato in secundam Infortiati

von *Uinnius* gebilligt ⁶⁶⁾ und neuestens von *Schneider* wieder vertheidigt worden ⁶⁷⁾. Aber es ist kaum zu begreifen, wie Jemand sicher annehmen kann, daß *Favolin* den Fall sich so gedacht habe; sicher würde dieser dann gesagt haben „*Seio eandem partem dimidiam lego*“; das wäre um so mehr nothwendig gewesen, da sogleich nachher kommt „*eundem fundum Titio lego*“, wo das *eundem* entbehrlich war, wenn nur der *fundus* sonst als derselbe bezeichnet war; es ist ganz willkürlich, dort *eandem* zu suppliren, und wird daher diese Erklärung mit Recht abgewiesen ⁶⁸⁾. Zwar beruft sich *Schneider* zum Belege dafür, daß die römischen Juristen auch sonst wohl, wo es nicht ganz deutlich gesagt war, die Berufung eines zweiten auf durchaus einen und denselben Theil, zu dem vorher ein Anderer eingesetzt worden, angenommen haben, auf L. 142. D. de V. S. ⁶⁹⁾. Aber diese Stelle

partem comment. ad h. l.; A. Faber error. pragmat. XLIX. 8., vgl. auch Voet l. c. §. 61. Schulting thes. controv. decas XXI. 7. in dessen comment. acad. III. pag. 62. u. notae ad Dig. lib. XXXI. L. 41. pr., wo zu den Worten *Seio partem dimidiam* erklärend hinzugefügt ist scil. *alteram*.

66) Comment. ad §. 8. J. de legatis. §. 18.

67) A. a. D. S. 60. fg. „Es ist ganz sicher anzunehmen,“ sagt er S. 61., . . . „daß die Disposition ‚*Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego*‘ soviel sagen soll: als *Seio eandem partem dimidiam lego*“.

68) Hufschke a. a. D. S. 312. Bitte im Rechtslexikon I. S. 300. Ann. 130. Dworzak a. a. D. S. 82.

69) „*Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto*“. *Julianus*: dubitari posse, tres semisses facti sint, an *Titius* in *eundem semissem cum Gaio Seio institutus sit*? Sed

spricht eher gegen als für seine Erklärung der L. 41. pr. cit. Ist Titius ex parte dimidia zum Erben eingesetzt, Seius ex parte qua Titius institutus est, so kann man zweifeln, ob das heißen soll: Seius soll zu einem eben so großen Erbtheil wie Titius, also ebenfalls pro parte dimidia eingesetzt sein, oder: Seius soll mit Titius zu einem und demselben Erbtheil, zu einer pars dimidia, zusammen eingesetzt sein. Weil noch ein dritter, Sempronius, pro parte dimidia eingesetzt ist, wird mit Recht die letzte Auslegung vorgezogen, als wäre ausdrücklich gesagt: „ex eadem parte cum Titio Seius heres esto.“ Wenn aber das Testament analog dem Falle der L. 41. pr. cit. sagte: „Titius pro parte dimidia heres esto. Seius pro parte dimidia heres esto. Sempronius heres esto,“ so würden quoad ius accrescendi Titius und Seius entschieden nicht als in eandem partem dimidiam coniunctim instituti heredes anzusehen sein, obgleich durch den Zutritt des Sempronius beider pars dimidia auf $\frac{1}{3}$ reducirt würde⁷⁰⁾. Wenn dagegen in L. 41. pr. cit. dem M. und S. dieselbe pars dimidia coniunctim vermacht wäre im Gegensatz gegen T., so müßte der Theil des wegfallenden S. zunächst dem M. allein zugesprochen werden, und doch sagt Favolen ganz klar, wie auch Schneider anerkennt, daß er dem M. und dem T., pro modo legati cuique, anwache⁷¹⁾.

eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse. Vgl. L. 15. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5. Arndts' gesammelte civ. Schriften II. S. 84. fg.

70) §. 6. J. de hered. instit. II. 14. L. 17. §. 3—5. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

71) Vgl. oben Nr. 1. a. G. S. 50. Dvorzak a. a. O. Nach Schneider's Annahme würde T. $\frac{1}{2}$ allein haben,

Eben so unbefriedigend sind die beiden anderen Erklärungen, welche die Glosse andeutet. Die eine betrachtet M. und S. als nur *re coniuncti* in eandem dimidiam, dem T. aber als beiden *verbis coniunctus*, und gibt diesem als solchem auch ein *ius accrescendi*; die andere betrachtet M. und S. als nur *verbis coniuncti*, dem T. als nur *re coniunctus* und gibt so dem M. als *verbis*, dem T. als *re coniunctus* des S. das Anwachsungsrecht. Nach der Fassung der vorliegenden Verfügung ist es eben so willkürlich, dem T. als *verbis coniunctus* wie M. und S. als *re coniuncti* anzusehen; eher noch wäre es zulässig, M. und S. als *verbis coniuncti* anzusehen, obwohl auch dazu die Fassung nicht berechtigt. Beide Erklärungen sind aber schon darum verwerflich, weil sie auf der falschen Voraussetzung beruhen, daß den bloß *verbis coniuncti* als solchen ein Anwachsungsrecht zukomme ⁷²⁾.

Dagegen hat eine andere Erklärung der L. 41. pr. cit., welche von Faber a. a. D. ausführlich vorgetragen ist, so viel Beifall gefunden, daß sie von Dworzak a. a. D. als die herrschende bezeichnet wird. Sie geht dahin, daß M. und S. an sich zwar weder *re* noch *verbis coniuncti* seien, dadurch aber, daß beiden ein Dritter für das Ganze

zu $\frac{1}{2}$ mit M. und S. concurriren, also im Ganzen $\frac{2}{3}$, M. und S. jeder $\frac{1}{6}$ erhalten; wenn nun das $\frac{1}{6}$ des S. dem M. und T. nach Verhältnis ihrer Legate accrescirt ($\frac{1}{6} \dots \frac{4}{6}$), so bekommt M. davon $\frac{1}{5} = \frac{1}{30}$, T. $\frac{4}{5} = \frac{4}{30}$ des Ganzen, also M. im Ganzen $\frac{6}{30} = \frac{1}{5}$, T. $\frac{24}{30} = \frac{4}{5}$. Accrescirt dagegen das $\frac{1}{6}$ des S. nur dem M., so bekommt dieser $\frac{1}{3}$ und T. behält seine $\frac{2}{3}$, wie in dem Falle, wenn M. und S. nicht zu derselben *pars dimidia* berufen sind.

72) Vgl. oben S. 54. fg. Die lehterwähnte Erklärung der Glosse vertheidigte Bartolus a. a. D. nach Widerlegung der beiden anderen. Dagegen Dworzak a. a. D. S. 80. 81.

als *re coniunctus* zugesellt ist, auch zu einander in das Verhältniß von *re coniuncti* gestellt werden⁷³⁾. Diese Ansicht versucht Guschke a. a. O., indem er Schneider's Annahme, daß dem M. und S. *eadem pars* vermacht sei, abwehrt, in folgender Weise zu rechtfertigen: „Aber in der That sind hier doch keine *verbis*, sondern *re coniuncti* vorhanden. Man löse nur die Berufung einmal in diese Form auf: Maevius soll $\frac{1}{2}$, Seius $\frac{1}{2}$ und Titius $\frac{2}{2}$ des Grundstücks haben, so wird sich finden, daß, indem hier $\frac{4}{2}$ derselben Sache vergeben sind, die Berufung der drei Legatäre auf einen von Anfang gesonderten Theil eine bloß scheinbare und vielmehr alle, und in gewissen Verhältnissen, übrigens aber zu Einer Sache berufen, mithin *re coniuncti* sind, indem jeder in das, was dem Andern gegeben ist, übergreift, wie dieses ja auch in dem Legat: A $\frac{2}{2}$ und B $\frac{2}{2}$ oder: A die Sache und B dieselbe Sache, d. h. in dem gewöhnlichen Falle der *re coniunctio*, geschieht.“ Allein zu Einer Sache sind ja überall diejenigen berufen, welchen bestimmte *partes pro indiviso* derselben Sache vermacht sind, sei es *coniunctim* oder *disiunctim*; in diesem Sinn sind im Fall der L. 41.

73) So sagt Faber a. a. O.: „propter concursum Titii . . . necesse est, dimidiam datam Maevio reduci ad quadrantem et dimidiam datam Seio ad alium quadrantem atque ita duas illas dimidias ad unius dimidiae rationem revocari, quo facto M. et S. inveniuntur *re coniuncti*, tanquam ad unam eandemque dimidiam vocati.“ Würden die letzten Worte genau genommen, so ergäbe sich auf einem Umwege dasselbe Resultat, wie nach der oben S. 55. widerlegten Erklärung der Glosse; es müßte dann auch beim Wegfall des S. dem M. mit Ausschluß des T. das Anwachsungsrecht zukommen; aber so ist es doch nicht gemeint. Vgl. übrigens Voet l. c. §. 61. und viele andere, auch Glück in diesem Comment. Th. 9. S. 275. Anm. 25. Mühlenbruch das. Th. 43. S. 330.

pr. auch M. und S. freilich *re coniuncti*; sie wären es auch, wenn T. nicht hinzu käme, nur jenen beiden in getrennten Sätzen jedem $\frac{1}{2}$ vermacht wäre. In dem Sinn aber, wie zum Anwachungsrecht vorausgesetzt wird, sind sie hier doch nicht *re coniuncti*. Es ist auch nicht wahr, daß Seius in das übergreife, was dem Maevius vermacht ist, und umgekehrt. Nur durch die Concurrency des Titius, nicht durch Seius, erleidet Maevius eine Minderung der ihm vermachten Hälfte des Grundstücks. Es würde sich eben so verhalten, wenn nur dem M., nicht auch dem S., $\frac{1}{2}$, dann dem T. das Ganze vermacht wäre; d. i. dem M. die eine, dem T. die eine und die andere Hälfte; T. würde in der einen Hälfte mit M. concurriren und diesen auf $\frac{1}{4}$ einschränken, die andere ungemindert allein behalten, sowie er, wenn dem M. die südliche Hälfte vermacht wäre, demselben von dieser $\frac{1}{2}$ entziehen, die nördliche Hälfte allein bekommen würde. Huschke's Erklärung dagegen geht darauf hinaus, daß M. S. und T. bezüglich des ganzen Fundus *re coniuncti* seien, also ihnen zusammen das ganze Grundstück vermacht sei, nur mit der Bestimmung, daß T. einen doppelt so großen Antheil erhalten solle, als M. und S. jeder einzeln ⁷⁴).

74) Huschke nimmt hierbei als einen ähnlichen Fall in Bezug denjenigen, der in L. 23. pr. Cod. de legat. entschieden ist; vgl. Th. 46. S. 517. fg. Aber dieser ist doch wesentlich verschieden. Wenn Jemanden zuerst das Ganze, dann einem Anderen ein Theil desselben vermacht ist, so kann dies so ausgelegt werden, daß jenem der diesem vermachte Theil entzogen werde. War aber zuerst dem einen ein Theil, dann dem andern das Ganze vermacht, so war diese Auslegung, die Justinian gebilligt hat, schlechterdings unanwendbar, und konnte, wenn das erste Legat neben dem zweiten bestehen sollte, nur die erste oder zweite der Th. 46. S. 518. angeführten Erklärungen analog zugelassen werden, nur entweder dem ersten die Hälfte des ihm angewiesenen

Dieser Auffassung scheint auch Windscheid a. a. O. Ann. 13. a. E. beizustimmen. Er sagt: „Die richtige Erklärung dieser Stelle (L. 41. pr. cit.) läßt sich dahin zusammenfassen, daß sie nicht eine Anwendung des Anwachsungsrechts enthält (obgleich sie diesen Namen gebraucht), sondern für den Fall, wo Mehr als das Ganze vermacht ist, den Theilungsnenner bestimmt.“ Dabei verweist er auf Pand. §. 552. Note 11., wo in Beziehung auf die bei der Erbeinsetzung geltende Regel, daß, wenn der Erblasser durch die angewiesenen Erbtheile Mehr als das Ganze vergeben hat, das zu viel Vergebene den eingesetzten Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile abzuziehen ist⁷⁵⁾, bemerkt wird: es werde aus den Zählern der vergebenen Bruchtheile für dieselben ein neuer Nenner gebildet. Demnach vergleicht er den Fall der L. 41. pr. einer Erbeinsetzung des M. zu $\frac{1}{2}$, des S. zu $\frac{1}{2}$, des T. schlechthin zu der ganzen Erbschaft d. i. zu $\frac{2}{2}$. Wie in diesem Fall der Erbtheil des M. und des S. auf je $\frac{1}{4}$, der des T. auf $\frac{2}{4} = \frac{1}{2}$ reducirt wird, so wäre in dem Fall der L. 41. pr. das Legat des M. auf $\frac{1}{4}$, desgleichen das des S. auf $\frac{1}{4}$, das des T. auf $\frac{2}{4} = \frac{1}{2}$ des Grundstücks anzusetzen, wie auch Fuschke annimmt. Unverständlich ist uns jedoch, warum hier Windscheid nicht eine Anwendung des Anwachsungsrechts erkennen will. In dem analogen Fall der Erbeinsetzung würde doch unzweifelhaft, wenn S. nicht Erbe wird, dessen Erbtheil dem M. und dem T. im Verhältniß von $\frac{1}{4}$ zu $\frac{1}{2}$ accresciren, also jener zu $\frac{1}{3}$, dieser zu $\frac{2}{3}$ Erbe werden; und eben so sagt Favolen in L. 41. pr. „si Seius decesserit, pars

Theils, dem zweiten das Ganze um so viel vermindert zugesprochen, oder der Antheil beider nach Verhältniß jenes Theils zum Ganzen bestimmt werden.

75) Vgl. den Comment. Th. 40. S. 120. fg. Arndts' gesammelte civ. Schriften II. S. 79.

eius utriusque accrescit“; also durch Wegfallen des Seius steigert sich das $\frac{1}{4}$ des Maebius zu $\frac{1}{3}$, das $\frac{1}{2}$ des Titius zu $\frac{2}{3}$ des Grundstücks; warum dies nicht Accrescenz im eigentlichen gewöhnlichen Sinn sein soll, sehen wir nicht ein.

Aber daß hier Fabolen das accrescere zuläßt, das ist durch obige Parallele nicht erklärt. Daß im Fall jener Erbeinsetzung der Erbtheil des wegfallenden S. den beiden anderen nach Verhältniß ihrer Erbtheile accrescirt, ist unbedenklich; alle eingesetzten Erben sind vereinigt zu der einen ganzen Erbschaft berufen, und so lange nur einer derselben vorhanden ist, kann kein erledigter Erbtheil diesem entgehen. Bei Vermächtnissen aber genügt es, damit ein Anwachsungsrecht stattfinden könne, nicht, daß Mehrere zum Miteigenthum einer Sache vereinigt berufen sind; es wird vorausgesetzt, daß Mehreren dasselbe Ganze vermacht ist, das dann durch ihr Zusammentreffen sich unter ihnen theilt. Wenn nun auch im Fall der L. 41. pr. die das Ganze überschreitenden Vermächtnisse der drei Legatäre in der angegebenen Weise reducirt werden, so daß das Legat des M. und desgleichen des S. auf $\frac{1}{4}$, das des T. auf $\frac{1}{2}$ festgestellt wird, so ergibt sich ja, daß jedem derselben nur ein bestimmter Theil des Grundstücks vermacht ist, daß selbst auch dem T. in Wahrheit nicht das Ganze, sondern nur $\frac{1}{2}$ vermacht ist. Demnach müßte man hier nach L. 89. D. de legat. III. sagen: semper partes habent legatarii; sie wären überall nicht re coniuncti und würde unter ihnen ein Anwachsungsrecht nicht statthaben. Werden dagegen alle drei als re coniuncti bezüglich des ganzen Grundstücks betrachtet, dann gilt allerdings für sie, wie in dem verwandten Falle für die eingesetzten Erben, Anwachsungsrecht, dann aber müßte consequent auch angenommen werden, daß das Legat des M. nicht nur, wenn S. wegfällt, zu $\frac{1}{3}$, wenn T. wegfällt, zu

$\frac{1}{2}$ anwachse, sondern auch, wenn S. und T. beide wegfallen, auf das ganze Grundstück sich erstrecke. Doch aber wollen Solche, welche der Ansicht beipflichten, daß M. und S. durch den Zutritt des T. in das Verhältniß von re coniuncti versetzt werden, nicht Mehr behaupten, als daß das Legat des M. sowohl durch Wegfallen des S. als durch Wegfallen des T. einen Zuwachs erhalten könne, in keinem Falle aber über die ihm ausdrücklich vermachte Hälfte des Grundstücks gesteigert werde⁷⁶). Zu diesem Resultat ist, nach den sonst vom Anwachsungsrechte geltenden Regeln, nicht zu gelangen. Es kann nur durch Willensauslegung in diesem besonderen Fall gewonnen werden, indem man es als dem Willen des Erblassers entsprechend annimmt, daß bis zur Ergänzung der ihm vermachten Hälfte, aber nicht weiter, dem M. auch gegenüber dem S., mit dem er gar nicht re coniunctus ist, ein Anwachsungsrecht zustehen solle⁷⁷). So wird denn auch von Bielen,

76) Manche sprechen sich darüber nicht bestimmt aus; Huschke namentlich und Windscheid a. a. O. scheinen stillschweigend die oben gezogene Consequenz der Ansicht, daß alle drei bezüglich des ganzen Grundstücks re coniuncti seien, anzuerkennen; vgl. auch Witte a. a. O. und Voet l. c., welcher sagt, daß Favolen fundum iis separatim legatum asserendo nichts anderes ausdrücke als coniunctionem realem, qua singulis separatim . . . totus fundus legatus erat. Burchardi im Lehrb. d. R. R. II. 4. §. 372. S. 1212.; erklärt schlechtweg, daß in diesem Fall das Anwachsungsrecht — „abnormer Weise“ — für alle gilt. Andere aber erklären bestimmt, daß M. und S. in unserem Falle nur so weit ein ius accrescendi haben, „daß sie zu den vom Erblasser ihnen gegönnten Theilen zurückkehren.“ Westphal Vermächtnisse II. §. 1068. Heisler l. c. §. 26. Thibaut Pand. §. 996. nota k. Rothhirt I. S. 610.

77) Dworzak a. a. O. S. 84. fg.

ohne erst eine durch Hinzutritt des *L.* bewirkte *re coniunctio* zwischen *M.* und *S.* zu Hülfe zu nehmen, die Entscheidung der *L. 41. pr. cit.* ohneweiters durch den Willen des Erblassers gerechtfertigt, der in diesem besonderen Falle ohne Zweifel dahin gegangen sei, daß dem *M.* und *S.* bis zu der jedem vermachten Hälfte auch der Wegfall der Concurrenz des einen oder anderen zu Gute kommen solle⁷⁸⁾. Dworzak hat nun aus den Commentarien des Baldus de Ubaldis eine Begründung dieser Willensauslegung hervorgezogen, die einem alten französischen Juristen, Petrus de Bellapertica, zugeschrieben wird⁷⁹⁾. Die Erklärung desselben geht davon aus,

78) Dworzak a. a. O. S. 86. nennt hier zuerst Duarenus de iure accrescendi II. cap. 13. (Opp. ed. Francofurt. pag. 1093.); aber dieser war der Meinung, nach *L. 89. D. de legat. III.*, daß der *verbis coniunctus* sogar ein vorzügliches Anwachsungsrecht habe vor dem bloß *re coniunctus*, und sucht nun darzuthun, daß dem *L. 41. pr. cit.* nicht widerspreche; er stößt sich gar nicht daran, daß des wegfällenden *S.* Vermächtnistheil dem *M.*, sondern daß er auch dem *L.* (*utrique*) accresciren solle, und das erklärt er daraus, *quod in ea specie non videretur plena ac vera esse coniunctio* (des *M.* und *S.*), daher Javolenus, „cum animadverteret . . . subobscuram esse testatoris voluntatem, in dubio maluit in partem humaniorem inclinare et exaequare legatarios quam alios alii antepone.“ Hätte die Verfügung wie in *L. 89. cit.* gelautet: *Maevio et Seio fundum aequis partibus lego*, so wäre nach Duaren's Meinung des wegfällenden *S.* Antheil ausschließlich dem *M.* zugesprochen worden. — Uebrigens vgl. Baumeister, Anwachsungsrecht S. 237. fg. Seuffert *Pand. III.* §. 621. Anm. 5. *Sintenis Civilr. III.* §. 213. Anm. 36. *Machelard l. c. tom. III.* p. 193. VI. p. 208. *Lewes Erbr. II.* §. 97. *B. 1. a. G.*, auch *Unger Erbr. §. 63. Anm. 5. a. G.*

79) Nach Savigny's Geschichte des röm. Rechts in *M.A.*

daß M. und S. weder *re* noch *verbis coniuncti* seiet, wohl aber T. beiden *re coniunctus*; daher *accrescere* der Theil des wegfallenden *Seius* eigentlich nur dem Titius (*venit ad Titium solum iure coniunctionis realis*), nicht dem Maevius (*iure alicuius coniunctionis, quae sit inter Maevium et Seium*); aber *per quoddam indirectum* komme doch auch dem Maevius der Wegfall des *Seius* zu Gute, weil nemlich Titius mit diesem als *re coniunctus concurrere*, nach dem Willen des Testators aber nur doppelt soviel als Maevius haben solle, also auch von dem ihm *accrescierenden* Theil des *Seius* dem Maevius jene Quote überlassen müsse, welche jenem Verhältniß entspricht, so daß T. doppelt soviel als M. erhalte. Und dieser Interpretation gibt Dwozka seinen Beifall. Wirklich befriedigend aber kann auch sie nicht genannt werden; sie sucht wohl durch eine neue Wendung das Resultat der Entscheidung Favolen's zu rechtfertigen, aber daß sie dessen Gedanken treffe und dem Ausdruck desselben entspreche, kann nicht von ihr gerühmt werden. Favolen sagt einfach: „*pars Seii utrique accrescit*,“ und deutet durch nichts an, daß dem Maevius nicht ganz gleichmäßig wie dem Titius *direct*, sondern nur *per indirectum accrescere*. Die Art, wie er seine Entscheidung rechtfertigt, verräth auch nichts davon, läßt vielmehr eher noch vermuthen, daß er das ganze Grundstück als allen vermacht an-

VI. S. 27. fg. ist Bellapertica als Kanzler des Königs von Frankreich im J. 1308 gestorben, nachdem er früher in Toulouse und Orleans als Rechtslehrer thätig gewesen war. Unter den von Savigny angeführten Schriften desselben ist keine, worin man gerade eine Erklärung der L. 41. *pr. cit.* suchen möchte. Balbus aber referirt darüber in seiner *Leitura subtilis super Infortiato Tridini* 1519. fol. 125., auch Scipio Gentilis in seiner *Diss. de iure accrescendi cap. 5.*

sehe, nur mit Bestimmung ungleicher Theile für den Fall, daß alle das Legat erwerben.

Als Resultat der langen Erörterung über die L. 41. pr. cit. bleibt nur übrig, daß allerdings, ungeachtet den verschiedenen Vermächtnißnehmern ausdrücklich Theile derselben Sache bestimmt sind, nach Umständen doch einer Willensauslegung Raum zu geben ist, wornach denselben wie *re coniunctis* ein Anwachsungsrecht zukommt, und daß insbesondre in dem Falle, wenn jene in dem ihnen ausdrücklich bestimmten Theile durch Hinzukommen noch eines gemeinschaftlichen Collegatars verkürzt sind, ihnen wenigstens bis zur Ergänzung des ihnen bestimmten Theils ein Anwachsungsrecht zu Gute komme. Daß denselben unter einander selbst ein vorzügliches Anwachsungsrecht vor dem gemeinschaftlichen Collegatar zustehe, ist nicht begründet, es wäre denn, daß sie nach der erkennbaren wahren Willensmeinung des Erblassers als *re et verbis coniuncti* mit dem Legat derselben Sache bedacht sein sollten⁸⁰⁾.

80) Diejenigen, welche in L. 41. pr. cit. *Maevius* und *Seius* für *re coniuncti* erklären, müßten consequent dies behaupten, wenn dieselben zugleich *verbis coniuncti* wären. Vgl. oben S. 56. *Dworzaf a. a. O. S. 84.* Darauf könnte dann noch etwa im Justinianischen Recht die Bemerkung des *Paulus* in L. 89. D. de legat. III., daß auch dem bloß *verbis coniunctus* ein Vorzug zuzuerkennen sei, bezogen werden. Auch *Buchta* läßt das zu, im *Lehrb. §. 542. Anm. c.* freilich nur „allenfalls“, bestimmter in den *Vorlesungen II. §. 542.* („Hier ist dann der *verbis coniunctus* vor dem *re coniunctus* berechtigt, bis er das seine hat“). Aber diese Deutung ist doch sehr gesucht, um so mehr, da in L. 41 pr. *Savolen* dem *M.* nicht einen Vorzug vor *L.* gibt, und gesteht man besser, daß die *Compiler* jenen Satz der L. 89. cit. nur aus Versehen stehen gelassen haben. Dem *Paulus* hier Gedankenlosigkeit

4) Voraussetzung des Anwachsungsrechts ist, daß ein Mehreren hinterlassenes Vermächtniß zu einem Theil frei, von der einen der damit bedachten Personen nicht erworben werde. Es kann aber der Fall sein, daß das Vermächtniß in Ansehung der einen von jenen Personen von Anfang an nicht zu Recht besteht, ungültig angeordnet ist: welche Wirkung hat dies für den Mitbedachten? z. B. es ist dem A und B eine Sache vermacht, B aber war schon zur Zeit der Testamentserrichtung gestorben oder erbfähig. Ist nun dem A allein die ganze Sache vermacht? Ein Anwachsen seines Legates findet hier eigentlich nicht statt; da das Legat des B nichtig ist, so droht jenem von dessen Seite nie eine Concurrenz; es decrescirt ihm nichts. Wie aber das *ius accrescendi* bei dem alten *Bindicationslegate* eigentlich nur ein *ius non decrescendi* war, so konnte man hier auch sagen, dem A *accrescere* der Vermächtnißtheil, welcher dem B zugekommen sein würde, wenn das Legat an denselben gültig wäre, sowie man auch von den eingesetzten Erben sagte, daß ihnen der nicht vergebene, also auch der nicht gültig, z. B. einem Unfähigen, vergebene Theil der Erbschaft *accrescere*⁸¹⁾. Es mußte im Erfolg ganz dasselbe eintreten, wenn neben einem Legatar dieselbe Sache einem anderen nichtiger Weise vermacht war, als wenn der zweite durch gültiges Legat zu derselben Sache berufene Collegatar hinterher aus irgend welchem Grunde wegfiel, nicht wirklich *concurso suo partem faciebat*; der erste behielt das Ganze als *suum legatum imminutum*. Davon würde die an anderem Orte ausführlich besprochene Anwendung bei dem Prälegat gemacht,

vorzuwerfen, wie es Burchardi a. a. O. S. 1211. Anm. 20. thut, hat der Verfasser selbst später als ungegründet erkannt. Vgl. oben S. 29. Anm. 41. a. G.

81) §. 7. J. de hered. instit. II. 14. L. 17. §. 3. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

von dem Gesichtspunkt aus, daß dieses, soweit es auf dem eigenen Erbtheil des Prälegatars lastet, als von Anfang nichtiges Legat zu betrachten sei⁸²⁾. Im Justinianischen Rechte muß nun, was im alten Recht vom Vindicationslegat galt, auch in dieser Beziehung als Regel für alle Vermächtnisse anerkannt werden: wenn durch eine nichtige Vermächtnisanordnung in Ansehung des ihm gültig vermachten Gegenstandes ein Collegatar beigefellt ist, der hat allein ungemindert das Recht auf das ganze Vermächtniß. Allein in den Digesten finden sich doch Stellen, welche damit im Widerspruche stehen. In L. 16. pr. D. de legat. I. heißt es:

Si duobus res coniunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi puto verum esse.

Das einer nichtexistirenden Person hinterlassene Legat ist nichtig; derjenige, welchem gemeinsam mit einer solchen eine Sache vermacht ist, hat keine Concurrenz zu fürchten; gleichwohl glaubt Pomponius, daß ihm nur ein Theil der Sache gebühre. So würde er nicht entschieden haben, wenn er ein Vindicationslegat vor Augen gehabt hätte, durch welches, *coniunctim* oder *disiunctim*, dieselbe Sache einem Lebenden und einem schon Verstorbenen vermacht wäre. Aber er hatte ein *Damnationslegat* vor Augen, durch welches in einer Satzverbindung zweien dieselbe Sache vermacht war, und da mußte er nach dem Rechte seiner Zeit sich sagen: *partes ab initio fieri*, und wie nun, wenn das Legat in Ansehung beider gültig war, aber einer von beiden wegfiel, doch der andere auf seinen Theil beschränkt blieb, so, nahm Pomponius mit Recht an, könne der gültig Bedachte auch dann nur den Theil fordern, wenn der Mitbedachte gar nicht existirte.

82) Vgl. den Comment. Th. 47. S. 138 fg.

Ebenso erklärt sich L. 34. §. 9. D. de legat. I., wo aus Ulpian's lib. XXI. ad Sabinum referirt wird:

Si coniunctim res legetur (*scil.* pluribus per damnationem), constat, partes ab initio fieri, nec solum hi partem faciunt, in quorum persona constitit legatum, verum hi quoque, in quorum persona non constitit legatum, ut puta, si Titio et servo proprio sine libertate.

Das dem eigenen Slaven des Erblassers ohne Freilassung desselben unbedingt hinterlassene Legat war nach der Catonianischen Regel nichtig⁸³). War nun dem Titius in Gemeinschaft mit solchem Slaven dieselbe Sache per vindicationem legirt, so hatte wiederum jener nicht das concursu partes fieri zu besorgen; aber das Damnationslegat war sofort zwischen Titius und dem Slaven getheilt und es nützte jenem nicht, daß dasselbe zur einen Hälfte nichtig war.

Ein verwandter Fall kommt vor in L. 84. §. 8. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXIII. Digest.):

Si Titio et Maevio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat, debetur pars Stichi Maevio, nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet.

In diesem Fall konnte das Legat nur ein Damnationslegat sein, da eine nicht dem Testator gehörende Sache Gegenstand desselben war⁸⁴). Nun war aber das Legat bezüglich des Titius ebenfalls nach der Catonianischen Regel nichtig, weil dieser selbst zur Zeit Eigenthümer der vermachten Sache war⁸⁵). Dennoch konnte Maevius nur die Hälfte der vermachten Sache fordern; denn durch

83) Gai. II. §. 244. §. 32. J. de legat. II. 20. Vgl.

Arndts' gesammelte civ. Schriften II. S. 496. fg.

84) Vgl. Th. 46. S. 18. 21.

85) Vgl. Th. 46. §. 1519. S. 223. fg.

das Legat: „Titio et Maevio rem dare heres damnas esto“ war jedem sofort ab initio nur eine Forderung auf die Hälfte der Sache begründet; daß der Erbe dem Titius die Hälfte nicht zu geben hatte, weil diesem selbst die ganze Sache gehörte, das gab dem Maevius nicht größeren Anspruch.

Einen Fall, da wegen Erwerbunfähigkeit eines Mitbedachten für dessen Theil das Legat nicht zu Recht besteht, betrifft L. 7. D. de legat. II. (Paul. lib. VIII. ad Plaut.):

Si Titio et ei, qui capere non potest, decem legata sunt, quia duobus heres dare damnatur et unus capere non potest, quinque sola Titio dantur.

Wahrscheinlich hatte Paulus hier nicht den Fall vor Augen, wenn dem Mitbedachten zur Zeit der Testamenterrichtung die Testamentifactio fehlte und darum das Legat bezüglich seiner von Anfang nichtig war, sondern den Fall wenn derselbe nur incapax und aus diesem Grunde das Legat zu erwerben noch immer unfähig war. Im Justinianischen Recht aber, in dem die Fälle bloßer Incapacitas fast ganz verschwunden sind, kann die Stelle füglich auch auf den Fall völliger Erbunfähigkeit des einen Mitbedachten bezogen werden, und kann nach Vergleichung mit den anderen Stellen jedenfalls kein Zweifel darüber sein, daß die alten Juristen den Fall, wenn das gemeinsame Legat bezüglich eines Mitbedachten wegen mangelnder Testamentifactio desselben von Anfang nichtig war, ebenso wie die verwandten oben angeführten Fälle beurtheilt haben. Es ist nicht zu läugnen: in Justinian's Digesten wird noch in verschiedenen Anwendungen der Rechtsatz gelehrt, daß, wenn eine Sache, eine Summe Mehreren vermacht, das Vermächtniß aber in Ansehung eines derselben von Anfang nichtig ist, darum die übrigen nicht die

ganze Sache, die ganze Summe fordern können, sondern auf den Theil beschränkt bleiben, welcher ihnen im Fall der Concurrenz des nichtiger Weise mit ihnen Bedachten zukommen würde.

Dennoch müssen wir für das Justinianische Recht nach L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. das Gegentheil behaupten und an dem oben S. 67. aufgestellten Rechtsfaze festhalten. Alle eben besprochenen Digestenstellen bezogen sich nur auf Fälle, wo *per damnationem* in demselben Redefaze (*coniunctim* in diesem Sinn) Mehreren Etwas vermacht war, wo dann die Regel Anwendung fand: *damnatio partes facit*, oder: *partes ab initio fiunt*. Die Aufnahme derselben in die Digesten kann nur als ein Versehen betrachtet werden, insofern man schon damals auch in dieser Beziehung die Verschiedenheit der Vermächtnisse für beseitigt hielt und die Regel des alten *Vindicationslegats* als gleichmäßig für alle Vermächtnisse geltende ansah, wie sie in §. 8. J. de legat. II. 20. aufgestellt wird. Oder: insofern etwa die Gleichstellung aller Vermächtnisse auch in dieser Beziehung noch nicht durchgeführt schien oder nicht zum klaren Bewußtsein gelangt war, ist doch jenen Stellen durch die später erlassene L. un. cit. derogirt worden. Vorerst ist einleuchtend, daß, wenn Mehreren in getrennten Verfügungen dieselbe Sache vermacht ist, der eine die ganze Sache erwirbt, sowohl wenn das Vermächtniß rücksichtlich des anderen von Anfang an nichtig war, als wenn dieser, gültig bedacht, aus anderem Grunde wegfällt. Diesen Fall berühren jene Stellen gar nicht. War *per damnationem disiunctim* Mehreren dasselbe vermacht, so hatte jeder unabhängig von dem anderen die Forderung auf das Ganze; es ging den einen gar nichts an, ob und aus welchem Grunde das Vermächtniß des anderen nicht wirksam war oder wurde. Das ist nun durch L. un. §. 11. dahin geändert, daß, wenn die-

selben alle erwerben, regelmäßig jeder auf einen Theil beschränkt wird, wie es bei dem Vindicationslegat immer der Fall war; daß aber einer das Ganze erhalte oder behalte, hängt lediglich davon ab, daß kein anderer mit ihm concurrirte, ihm keinen Theil entziehe, ohne Unterschied, aus welchem Grunde dies nicht geschieht, ob, weil das Legat des andern ursprünglich nichtig war oder später nichtig geworden ist oder weil derselbe das Legat verschmäht. Es wäre ja ein wahrhaft absurdes Recht, welches bestimmte: Derjenige, welchem eine Sache vermacht ist, kann die ganze Sache erhalten, wenn gleich dieselbe Sache gültig noch einem Andern vermacht ist, wofern nur dieser nicht auch wirklich erwirbt; nicht aber, wenn dieselbe Sache noch einem Andern nichtiger Weise vermacht ist, obgleich in Folge dieses ungültigen Vermächtnisses für jenen niemals auch nur die Möglichkeit einer Concurrenz des Andern zu besorgen war.

Aber auch wenn *coniunctim* Mehreren dasselbe vermacht ist, dem einen gültig, dem andern ungültig, muß nach L. un. cit. dasselbe behauptet werden, ungeachtet der angeführten hier buchstäblich widerstreitenden Digestenstellen. Schon der Wortlaut des §. 11. der L. un. läßt darüber keinen Zweifel. „*Si pars quaedam ex his deficiat*“, wo Mehreren *coniunctim* aliquid relictum est, dieser Vorderatz bezieht sich sowohl auf den Fall, wenn einem der Mehreren von Anfang an ungültig vermacht ist, als wenn einer derselben, obwohl ihm gültig vermacht war, doch *pro sua parte* nicht das Vermächtniß erwirbt. In §. 2. der L. un. wird bemerkt, daß *triplici modo* ea, quae in *ultimis elogiis* relinquuntur, contingebat deficere, und dann wird als erster Fall der Art angeführt: „*Ea enim vel his relinquebantur, qui in rerum natura tunc temporis, quum condebantur ultima elogia, non fuerant, forte hoc ignorantibus*

testatoribus, et ea pro non scripto esse leges estimabant,“ also gerade derselbe Fall, der in der oben S. 67. angeführten L. 16. pr. D. de legat. I. vorkommt. Sodann erklärt nun §. 3. des Gesetzes eben für diesen ersten Fall der Defizienz⁸⁶⁾, daß in solcher Weise nichtig Hinterlassenes nach bisherigem Recht schon denjenigen, denen es zu entrichten auferlegt war, verblieben sei⁸⁷⁾ und so auch fernerhin verbleiben solle. Aber es wird zugleich die Beschränkung hinzugefügt: „nisi vacuatis vel substitutus suppositus vel coniunctus fuerat aggregatus“, d. h. jene Nichtigkeit einer Vermächtnisaufgabe hatte und hat nur dann die Folge, daß das Vermächte dem Beschwerten nicht entzogen wird, wenn nicht für das nichtig Vermächte dem damit Bedachten ein Anderer substituiert oder als Collegatar beigefellt ist; denn alsdann war das Einem nichtig Vermächte in der That noch gar nicht erledigt, sondern konnte nun dem Substituten oder Mitbedachten zukommen⁸⁸⁾. Somit ist hier positiv anerkannt, daß der Coniunctus, sei er nun bloß re oder re et verbis coniunctus, das Ganze erhält, wenn auch bezüglich

86) „In primo itaque ordine, ubi pro non scriptis efficiebantur ea, quae personis iam ante testamentum mortuis testator donasset,“

87) „statutum fuerat, ut ea omnia (bona) manerent apud eos, a quibus fuerant derelicta.“ In diesem Fall fand auch unter der Herrschaft des Päpstlichen Gesetzes nicht caduci vindicatio statt.

88) „Tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant.“ In Beziehung auf den Beschwerten wird hier gesagt: *non deficiebant*, d. h. die Vermächtnisaufgabe ist nicht beseitigt, weil sie noch ganz besteht zum Vortheil des Substitutus oder Coniunctus; der Beschwerte ist also nicht befreit von der ihm auferlegten Last. In Beziehung auf den Coniunctus kann aber doch gesagt werden, *partem deficere*, weil das Legat pro parte nichtig ist.

des Mitbedachten das Vermächtniß ursprünglich nichtig war. Erscheint nun aber der gültig Bedachte in der betreffenden Willensverfügung als *re et verbis coniunctus* des nichtig Bedachten, so muß alsdann auch die Bestimmung des §. 11. *init.* zur Anwendung kommen, so daß jener nur, wenn er will, den vacanten Vermächtnißtheil erwirbt, dann aber auch *cum omni suo onere*. Das letzte hat gar kein Bedenken gegen sich, wenn die Auflage ungetheilt auf das ganze Vermächtniß gelegt ist, das nun allein dem gültig Bedachten zukommt⁸⁹⁾. Für den Fall aber, der allein praktisch bedeutend ist, daß dem nichtig Bedachten eine besondere Last auferlegt worden, ist es bisher von den Meisten nicht angenommen worden, weil man §. 3. und §. 9. a. E. der L. un. dem widersprechend hielt. Es ist aber schon im Th. 47. S. 270. fg. gezeigt worden, daß die herrschende Erklärung der L. un. §. 3. *cit.* von Francke mit Recht als unhaltbar angefochten worden, der Satz „*nisi vacuatis . . . perveniebant*“ nur als eine Parenthese aufzufassen ist, die gar nicht auf den Substituten oder Miteingesetzten des Belasteten bezogen werden kann, sondern nur auf den Substituten oder *Coniunctus* desjenigen sich bezieht, zu dessen Gunsten nichtiger Weise ein Erbe mit einem Vermächtniß beschwert ist. Man möchte nun zwar einwenden: „wenn derjenige, dem ein ihm auferlegtes Vermächtniß, weil nichtig, bleibt, die diesem aufgebürdete Last ungeachtet jenes Vortheils, den ihm die Nichtigkeit bringt, doch regelmäßig nicht, sondern nur ganz ausnahmsweise (*perraro*) zu übernehmen hat, so sei nicht einzusehen, warum denn derjenige, welcher *iure accrescendi* den Theil eines ihm nichtig zugesellten Miterben oder Collegatars, dem eine besondere Last auferlegt ist, erwirbt, nicht desselben Vortheils der Befreiung von

89) Vgl. Mühlenbruch im Comment. Th. 43. S. 257. fg.

dieser Last genieße. Allein §. 10. der L. un. cit. bestimmt kategorisch und ausnahmslos, daß den Miteingesetzten „hoc quod fuerit quoquo (oder quocunque) modo vacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, . . . cum suo gravamine pro hereditaria parte . . . acquiratur“, unter vacuatum ist aber nach §. 2. 3. auch das nichtig Hinterlassene begriffen. Wenn nun darnach mit Recht behauptet wird, daß der Erbe mit dem Erbtheil des nichtig Miteingesetzten auch die diesem auferlegte Last überkomme, so kann nicht bezweifelt werden, daß nach §. 11. des Gesetzes ebenso dem Legatar der Vermächtnißtheil des ihm nichtig in demselben Redefatze zugesetzten Collegatars nur cum omni suo onere zukomme. Wenn aber dieses der Fall ist, so muß es jenem auch freistehen, den anwachsenden Vermächtnißtheil abzulehnen. Wenn also z. B. der Erblasser seinen beiden Halbbrüdern von Vater- und Mutterseite, von denen der letzte schon zur Zeit der Testamentserrichtung ohne Wissen des Erblassers verstorben war, zusammen ein Kapital vermacht, dem Verstorbenen aber auferlegt hat, seiner Schwester eine jährliche Rente zu zahlen, so kann der überlebende Halbbruder von der Vaterseite das ganze Kapital fordern, aber nur mit der Verpflichtung, der Stieffchwester die ihr zur Last des verstorbenen Bruders vermachte Rente seinerseits zu entrichten⁹⁰⁾.

90) Hiermit ist auch Windscheid einverstanden, nachdem er sich von der Richtigkeit von Francke's Erklärung der L. un. §. 3. Cod. de cad. toll. überzeugt hat (vgl. den Comment. Th. 47. S. 274. Num. 54.). Er sagt in den Pand. §. 633. Nr. 10. unter Verweisung auf Francke's Beitr. S. 122.: „Die Ungültigkeit der Verfügung, auf welche das Vermächtniß gelegt ist, hat Ungültigkeit des Vermächtnisses nicht zur Folge, wenn an die Stelle des Bedachten ein Substituierter tritt, nur ausnahmsweise, wenn an seine Stelle

Was übrigens von dem in L. un. §. 2. cit. erwähnten einzelnen Fall einer pro non scripto zu achtenden letztwilligen Verfügung gesagt ist, muß eben so in allen anderen Fällen eines anfänglich nichtigen Mitvermächtnisses gelten⁹¹⁾.

5) Dem ebenbesprochenen ist nächstverwandt der Fall, wenn einem der mit demselben Vermächtniß Bedachten unter einer Bedingung vermacht ist, diese Bedingung aber nicht in Erfüllung geht. Hier ist das Vermächtniß als bedingtes gültig angeordnet; sobald aber die Nichterfüllung der Bedingung entschieden ist, verliert es alle Kraft und ist es nun nicht anders, als wenn dasselbe gar nicht wäre hinterlassen worden. Das bedingte Legat war in causa caduci, wenn die Nichterfüllung der Bedingung schon bei

ein Anderer Kraft Anwachsungsrechts tritt,“ und widerlegt dann §. 644. Anm. 15. nach Francke die herrschende Meinung, welche nicht nur die bloß re coniuncti, sondern auch die re et verbis coniuncti für die dem ausfallenden Vermächtnißnehmer auferlegten Lasten nicht haften läßt in dem Fall, wo die Verfügung zu Gunsten der Mitvermächtnißnehmer von Anfang an ungültig ist.

- 91) Ein solcher Fall ist auch der, wenn einem der Mitbedachten unter bedingender Voraussetzung einer in die Vergangenheit oder Gegenwart gesetzten Thatsache vermacht ist, welche nicht besteht. L. 10. §. 1. D. de cond. instit. XXVIII. 7. Anders, wenn durch eine in die Zukunft gesetzte Thatsache, von der jetzt schon entschieden ist, daß sie nicht eintrete, das Vermächtniß bedingt ist. In diesem Falle wird nach der Sabinianischen Ansicht die Bedingung als unmögliche außer Acht gelassen und das Vermächtniß als unbedingtes betrachtet. L. 6. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. Nach der Ansicht der Proculianer (und so auch nach neueren Gesetzgebungen, welche den Sabinianischen Lehrsatz nicht aufgenommen haben) würde dies ein Fall sein, wo das Vermächtniß in der Person des einen Mitvermächtnißnehmers von Anfang an nichtig wäre. Vgl. Arndts' Band. 8. Aufl. §. 66. Anm. 5. §. 72. Anm. 2. b.

Lebzeit des Testators entschieden war, *caducum* im engeren Sinn, wenn diese Entscheidung erst nach dem Tode des Testators erfolgte⁹²⁾. In beiden Fällen trat nach dem Papischen Gesetze die *vindicatio caduci* ein, wo nicht ausnahmsweise noch des *ius antiquum in caducis* zur Anwendung kam; so denn auch, wenn Mehreren dasselbe vermacht war, die dem einen derselben gesetzte Bedingung aber nicht in Erfüllung ging, während für den anderen das Vermächtniß wirksam wurde, sei es, daß diesem unbedingt vermacht war oder die ihm gesetzte Bedingung bei dessen Lebzeit erfüllt wurde. Nach Justinian's Gesetze fällt nun auch hier die *caduci vindicatio* überall weg. Das durch Vereitelung der Bedingung nichtig gewordene Vermächtniß verbleibt demjenigen, der damit beschwert war (*a quo derelictum est*), jedoch nur dann, wenn weder ein Substitut an die Stelle des beseitigten Vermächtnißnehmers tritt, noch kraft des Anwachsungsrechts ein mit demselben Vermächtniß bedachter Anderer den Theil des weggefallenen *Coniunctus* gewinnt. Das Anwachsungsrecht findet hier ganz der Regel gemäß statt, mit der Unterscheidung zwischen *re coniuncti* und *re et verbis coniuncti*⁹³⁾. In diesem Fall wird denn auch schon in einer Stelle der *Digesten* das Anwachsungsrecht bestimmt anerkannt, nehmlich in L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (*Julian. lib. XXII. Digest.*):

Quum eadem res alteri pure, alteri sub conditione legatur, aut quum alter pure, alter sub conditione heres scriptus est, pars legati vel hereditatis deficiente conditione accrescit etiam heredi eius,

92) Nach der Meinung Mancher soll dies jedoch nur gesollt haben, wenn die Defizienz der Bedingung vor der Testamentseröffnung entschieden war. Vgl. Schneider a. a. D. S. 99. fg., aber dagegen Huschke a. a. D. S. 316.

93) L. un. §. 2. 4. 7. vgl. mit §. 11. Cod. de cad. toll.

cui pure legatum vel hereditas data est, si tamen hereditas eius adita fuerit.

Es ist möglich, daß die Nichterfüllung der Bedingung des Legates oder der Erbeinsetzung des einen erst nach dem Tode des mit diesem unbedingt Honorirten sich entscheidet. Alsdann tritt, falls dieser nur vor seinem Tode zu seinem Theil das Vermächtniß oder die Erbschaft schon erworben hatte, auch für dessen Erben noch die Anwachsung ein. Julian hatte hier ohne Zweifel ein Vindicationslegat vor Augen, da nach damaligem Recht, abgesehen vom Praeceptionislegat, nur bei diesem Anwachsungsrecht stattfand. Er dachte sich dabei auch, daß *deficiente conditione* das Anwachsen von selbst und nothwendig eintrete, ob die Vereitelung der Bedingung schon bei Lebzeiten oder erst nach dem Tode des unbedingt bedachten Legatars sich ereigne. Da aber nach L. un. §. 11. cit. der *re et verbis coniunctus* das Anwachsen ablehnen kann, so muß nun im letzten Fall auch dem Erben desselben dieses Recht zugestanden werden⁹⁴). Eine andere Digestenstelle, ebenfalls von Julian, L. 30. D. l. e., setzt ausdrücklich den Fall, daß zweien in getrennten Sätzen dieselbe Sache (*per vindicationem*) vermacht ist, dem einen bedingt, dem anderen unbedingt:

Si separatim mihi totus fundus pure, tibi sub conditione legatus fuerit, et tu decesseris, antequam

94) In der Regel werden freilich in einem Fall dieser Art die beiden Vermächtnißnehmer nur *re coniuncti* sein; aber möglich war es doch, daß zweien, dem einen bedingt, dem anderen unbedingt, in einer Satzverbindung dieselbe Sache vermacht wurde, z. B.: *Titio et, si uxorem duxerit, Seio fundum do lego.* — Daß hier Julian *Accrescenz* annimmt, ungeachtet des zu seiner Zeit geltenden Papischen Rechtes, erklären Manche aus der oben Num. 92. erwähnten Annahme. Schulting-Smallenburg ad h. l.

conditio existeret, non habebō necessitatem implere conditionem, utpote quum, etiam si conditio defecerit, pars, quam vindicaturus eras, mihi accrescat.

Stirbt der Legatar, während die Bedingung seines Vermächtnisses noch schwebt, so ist dieses eben so vernichtet, wie in dem Fall, wenn die Vereitelung der Bedingung bei Lebzeit des Legatars entschieden ist. Dem Collegatar accrescirt daher sofort dessen Vermächtnistheil, und zwar auch nach L. un. §. 11. cit. von selbst und sine onere, jetzt ohne Unterschied der Vermächtnißformen. Julian hat aber dort eine Bedingung im Sinn, die objectiv wohl auch von einem Andern als dem bedingt Bedachten und so nach dessen Tode noch von dem Collegatar erfüllt werden könnte, z. B. „si Titio centum dederit“, „si monumentum mihi posuerit“. Darum sagt er, der letzte brauche nicht erst diese Bedingung zu erfüllen, um das ganze Legat zu erwerben, da ihm deficiente conditione der Vermächtnistheil des bedingt neben ihm Bedachten jedenfalls von selbst anwachse, und auch das ist, da separatim bedachte Collegatare vorausgesetzt werden, nach L. un. cit. noch vollkommen richtig. Dagegen lesen wir in L. 54. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Javolen. lib. II. ex Cassio) Folgendes:

Duobus eadem res, si heredi centum dedissent, legata est; si alter ex his quinquaginta dederit, partem legati consequetur, et pars eius, qui non dederit, alteri cum sua conditione accrescit.

Javolen setzt ebenfalls ein Vindicationslegat voraus, und zwar ein solches, wodurch zwei Personen coniunctim dieselbe Sache vermacht war, unter der Bedingung, wenn beide zusammen dem Erben 100 gezahlt haben werden. Nach strengster Auslegung könnte man sagen, daß das Legat des einen und des anderen von der Erfüllung der gan-

zen Bedingung, Zahlung von 100 durch beide Legatarien, abhängig gewesen sei, ohnedies der eine oder andere auch nicht einmal *pro parte* die vermachte Sache erworben habe, nach Erfüllung der ganzen Bedingung aber, wenn beide das Legat erwarben, *concurso partes fiebant*, wenn einer wegfiel, der andere *iure accrescendi* das Ganze erworben habe. Aber es begreift sich, daß dieses als zu subtil und dem Willen des Testators nicht entsprechend verworfen wurde, daß man die Bedingung des ganzen Legats als erfüllt ansah, wenn nur dem Erben die ganze Summe bezahlt war, einerlei ob von einem allein oder von beiden zusammen, da diese Zahlung gleichsam als einheitliche Last auf das ganze Legat gelegt war. Nun aber war es natürlich, daß dem einen, um für seinen Theil den Erwerb des Legates sich zu sichern, gestattet wurde, zunächst nur die Hälfte der Summe zu zahlen, also die Erfüllung der Bedingung selbst zu theilen; denn wenn er die ganze Summe bezahlte ohne Auftrag des Collegatars, so könnte dieser das nun unbedingt gewordene Legat zu seinem Theil vindiciren, jener aber hätte erst Ersatz der Hälfte der *conditionis implendae causa* gezahlten Summe zu suchen, wo sich noch fragte, auf welchem Wege er diesen erlangen könne⁹⁵). Wenn alsdann der Collegatar seinerseits die Zahlung der anderen Hälfte der Summe verweigerte, weil er von dem Legat mit dieser Last nichts wissen wollte, oder vor Erfüllung der Bedingung starb, so

95) Wollte der Collegatar gegen ihn vindiciren, so konnte derselbe jedenfalls durch *doli exceptio* zum Ersatz genöthigt werden. Sonst könnte etwa an *negotiorum gestororum contraria actio* gedacht werden. — War etwa die Zahlung der 100 an eine Zeitfrist geknüpft, so konnte der eine Collegatar auch schon wegen Säumniß des anderen die ganze Summe zu zahlen sich veranlaßt sehen, um der Vereitelung des ganzen Legats vorzubeugen.

accrescirte nun dessen Vermächtnistheil dem anderen, aber nur cum sua conditione, d. h. nur, wenn er nun die noch fehlenden 50 dem Erben zahlte. Das aber hing von seinem Willen ab, und so ergab sich denn in diesem besonderen Fall schon nach Digestenrecht, was nach L. un. §. 11. Regel ist, daß einem collegatarius coniunctus ein erledigter Vermächtnistheil nur mit seinem Willen, dann aber cum onere (scil. conditionis implendae), accrescirte ⁹⁶). Ein anderer Fall ist, wenn nur einem der Collegatäre eine Summe zu zahlen zur Bedingung gesetzt ist; hier muß er allein die ganze Summe zahlen, um nur überhaupt zu dem Legate zugelassen zu werden, obgleich er dann durch die Concurrenz des Collegatars nur auf einen Theil der vermachten Sache beschränkt wird, und kann es nur, wenn er ganz wegfällt, sich fragen, ob dieser nun die Last der Erfüllung der Bedingung zu übernehmen habe ⁹⁷).

96) Schneider a. a. O. S. 79. will in L. 54. §. 1. cit. keine Ausnahme erkennen, vom Standpunkt des classischen Rechts, nach welchem beim Vindicationslegat die Accrescenz nothwendig und sine onere eintrat, weil hier die Bedingung ungetheilt auf dem ganzen Legat haftet. Aber eine Ausnahme ist es doch, daß der eine doch schon durch halbe Erfüllung der Bedingung seinen Theil erwirbt, und da es keinen Zwang zur ganzen Erfüllung gegen ihn gibt, ihm freisteht, auch wenn der Accrescenzfall eintritt, mit jenem Theil sich zu begnügen. — Uebrigens ergibt sich aus dem Gesagten, daß L. 54. §. 1. cit. zwar ein Beispiel eines auf das ganze gemeinschaftliche Vermächtniß gelegten Onus enthält, in keiner Weise aber zum Belege der Behauptung dienen kann, daß nach L. un. §. 11. cit. der Coniunctus nicht auch eine dem Collegatar namentlich auferlegte Last zu übernehmen habe. Vgl. oben S. 16. Anm. 31. a. G.

97) L. 56. D. de cond. et dem. (Javolen. lib. XIV. epistol.) Cui fundus legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset. Die Bedingung muß ganz erfüllt werden;

In Fällen dieser Art kann es sich übrigens ergeben, daß das gemeinsame Legat in der Person des einen Collegatars als unbedingt schon wirksam ist, während noch dahin steht, ob es auch für den anderen wirksam werde, dieser also jenen durch seine Concurrenz auf einen Theil einschränke. Alsdann kann man sagen, daß einstweilen der eine (definitiv) nur zum Theil das Legat erwerbe, das Ganze erst, wenn die dem Collegatar gesetzte Bedingung vereitelt und so dessen Concurrenz ausgeschlossen ist. So drückt sich Ulpian in Beziehung auf einen verwandten Fall aus in L. 34. §. 10. D. de legat. I. Wenn der Vater im Pupillartestament eine Sache vermacht hatte, so war die Wirksamkeit dieses Vermächtnisses dadurch bedingt, daß der Pupill von dem Pupillarsubstituten beerbt wurde. Hatte nun der Vater dieselbe Sache in seinem Testament noch einem Andern vermacht (per vindicationem), so war es nach dem Tode des Vaters einstweilen noch, bis zum Tode des unmündigen Kindes, in der Schwebe, ob jener einen Concurrenten haben werde; daher:

Sed si in pupillari testamento alii eandem (rem)

„in eo, quod uni sub conditione legatum est, scindi ex accidenti conditio non potest“, d. h. wegen des Umstandes, daß ein Collegatar ihm die vermachte Sache zur Hälfte entzieht, kann jener nicht durch Zahlung von fünf die Bedingung seines Legats erfüllt halten und dieses geltend machen. Als einen verschiedenen Fall (dissimilis causa) stellt Javolen auch dort den Fall gegenüber, wenn zweien dieselbe Sache unter einer beide treffenden Bedingung solcher Art vermacht ist, wie in L. 54. §. 1. cit., und bemerkt darüber: *statim a testamento, quo pluribus conditio apposita est, divisa quoque in singulas personas videri potest, et ideo singuli pro sua parte et conditioni parere et legatum capere possunt, ohne aber hier auch, wie in L. 54. §. 1. cit., zu erwähnen, daß, wenn einer nicht capit, pars eius alteri eum sua conditione accrescit.*

legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit, concursu partes nos habere; interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit⁹⁸⁾.

Bei dem alten Vindicationslegate konnte das Verhältniß auch so aufgefaßt werden, daß der eine Legatar einstweilen, nachdem dies *legati cessit et venit*, die ganze Sache vindiciren könne, da er einstweilen Niemanden findet, *qui sibi concurrat*⁹⁹⁾, daß erst, wenn nach Erfüllung der Bedingung auch der Collegatar eintritt, dieser ihm *concurso suo partem faciat*, dagegen ihm in Fall der Vereitelung der Bedingung *accrescere*¹⁰⁰⁾ oder eigentlich nicht *decrescire*. So wird das Verhältniß wirklich beurtheilt in dem Fall, wenn zwei Personen, der einen bedingt, der anderen unbedingt, der *usufructus* einer Sache *per vindicationem* vermacht war. In L. 6. §. 2. D. de usufr. accresc. VII. 2. sagt Ulpian:

*Si mihi usufructus fundi pure, tibi sub conditione legatus sit, potest dici, totius fundi usumfructum ad me pertinere interim; sed si extiterit conditio quum in meo statu maneo (nicht etwa capite deminutus fuero), communicandum usumfructum*¹⁾.

Demnach konnte der eine nach Antretung der Erbschaft sofort den Nießbrauch der ganzen Sache antreten, und mußte erst nach Erfüllung der dem Collegatar gesetzten Bedingung von da an diesen als Mitgenossen des Nießbrauchs zulassen. Dies hatte auch keinen Anstand, da das Recht des Nießbrauchs, ganz oder zum Theil, überall

98) Windscheid Pand. §. 644. Anm. 8.

99) L. 1. §. 3. D. de usufr. accresc. VII. 2.

100) L. 35. D. ad leg. Aquil. IX. 2. „retro accrevisse dominum ei videretur.“

1) Vgl. den Comment. Th. 9. S. 283.

erst beginnt und nur von da an wirkt, nachdem dies legati cessit et venit²⁾). Anders verhielt es sich bei dem Vermächtniß des Eigenthums einer Sache. Hier war es einstweilen noch unentschieden, ob der eine Collegatar die ganze Sache erworben habe, so lange noch durch Erfüllung der Bedingung dem anderen zum Theil das Eigenthum als unmittelbar vom Erblasser ihm zugewendet erworben werden konnte; daher fand man es hier angemessener, von jenem zu sagen: „interim igitur partem habebit.“ Ohnehin aber ist jene Auffassung, die beim Vindicationslegat allenfalls zulässig war, der Natur der Sache nach unzulässig, nachdem durch L. un. cit. das Anwachsungsrecht auf alle Arten von Vermächtnissen ausgedehnt worden ist, auch auf solche, durch die nur eine Obligatio des Erben oder sonstigen Vermächtnißträgers erzeugt wird, und so auch schon nach älterem Recht selbst beim Vindicationslegat, in sofern dem Legatar freistand, das Legat durch persönliche Klage geltend zu machen. Wenn z. B. zweien, dem einen bedingt, dem anderen unbedingt, eine fremde Sache oder eine Summe vermacht ist, so kann der letzte einstweilen unmöglich mehr als den ihm definitiv zukommenden Theil fordern, und kann erst nach Wegfall des Collegatars den anwachsenden Theil nachfordern. Was aber das gemeinschaftliche Vermächtniß des Nießbrauchs an einer Sache des Erben oder eines Dritten betrifft, so kann der L. 6. §. 2. cit. entsprechend es so gehalten werden, daß dem einen Collegatar die persönliche Klage auf Gewährung des Nießbrauchs gegeben wird, zu einem Theil schlechthin, zum anderen zeitlich beschränkt (ad conditionem) bis zum Eintreten des anderen Collegatars. Vgl. unten §. 1524. a.

6) Der wichtigste, weil häufigste, Fall, wo das Anwachs-

2) Vgl. auch L. 4. D. si ususfr. pet. VII. 6.

ungsrecht eintreten kann, ist der, wenn ein Mitbedachter den Anfall des Vermächtnisses, den Zeitpunkt, quo dies legati cedit, nicht erlebt oder in diesem Zeitpunkte nicht vermächtnißfähig ist, sodann, wenn derselbe das angefallene Vermächtniß ablehnt, während es für den anderen Mitbedachten noch in Kraft besteht³⁾. Aber auch dadurch kann die Concurrency eines Collegatars beseitigt sein, daß der Erblasser das Vermächtniß des einen Collegatars späterhin widerrufen hat. War dem A und B zusammen Etwas vermacht, nachher aber bezüglich des B das Vermächtniß zurückgenommen, so kann nun A das Ganze erwerben; muß aber dann als Coniunctus auch die dem B insbesondere auferlegte Last übernehmen, es wäre denn, daß in der Zurücknahme des Vermächtnisses zugleich der Wille des Erblassers, auch diese Auflage zu beseitigen, ausgedrückt worden ist. War dem A und dem B in getrennten Verfügungen dasselbe vermacht, so bewirkt der Widerruf des Vermächtnisses des B einfache Accrescenz zu Gunsten des A von selbst und sine onere. Vorauszusetzen aber ist dabei, daß nicht mit der Ademption des Vermächtnisses für B eine Translation desselben auf einen Dritten verbun-

- 3) L. un. cit. §. 2. §. 11. „si vero nemo alius veniat vel venire potuerit.“ §. 8. J. de legat. II. 20. „si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit“ (vgl. oben S. 6. Anm. 8.). Unter das letzte gehört auch der Fall, wenn der Vermächtnißnehmer nach dem Tode des Erblassers conditione legati pendente oder überhaupt ante diem legati cedentem stirbt. L. un. cit. §. 7. (vgl. oben Anm. 93.) — Nach der Meinung von Schneider a. a. O. soll auch das abgelehnte Legat nach älterem Recht nicht caducum gewesen sein und nicht der caduci vindicatio unterlegen haben (arg. fragm. Vat. §. 77. 84.); dagegen Huschke a. a. O. S. 317. cf. L. 9. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2.

den ist, z. B. „Titio et Seio fundum do lego;“ dann: „quod Seio legavi, Sempronio do lego“⁴⁾). Hier tritt Sempronius an die Stelle des Seius und nur wenn auch jener wegfällt, kann von einem Anwachsungsrecht des Titius die Rede sein. Verwandt damit ist der Fall, wenn einem der Mitvermächtnisnehmer ein Dritter substituirt ist. Das Anwachsungsrecht ist überall ausgeschlossen, so lange noch der Substitut anstatt des wegfallenden Vermächtnisnehmers das Vermächtniß erwerben kann; nur durch Wegfallen auch des Substituten wird das Vermächtniß zu einem Theil vacant und dem Anwachsungsrechte Raum gegeben⁵⁾). Der einem *re et verbis coniunctus* Substituirt ist dem anderen Collegatar gegenüber im Zweifel unbedenklich selbst auch als *re et verbis coniunctus* zu betrachten, wenngleich die Substitution nicht in derselben Satzverbindung angeordnet ist; er ist eben eventuell berufen, die Stelle desjenigen einzunehmen, dem er substituirt ist, und hat in der Regel auch die diesem auferlegte Last mit zu übernehmen⁶⁾). Wenn nun zuerst der *collegatarius coniunctus*, dann dessen Substitut wegfällt, so wird das Anwachsungsrecht nach der für *re et verbis coniuncti* geltenden Regel zu bestimmen sein, umgekehrt aber auch dem Substituten des einen Collegatars anzuwachsen, wenn beide ursprünglich zu dem Vermächtniß berufenen Vermächtnisnehmer wegfallen. Doch möchte wohl mit Recht beanstandet werden, ob der *Coniunctus* auch eine dem Substituten

4) Vgl. §. 1. J. de ademt. legat. II. 21. L. 5. D. de adim. vel transfer. legat. XXXIV. 4.

5) L. 50. D. de legat. II. L. un. cit. §. 3. 4. 7. Der Rückfall des ererbigten Vermächtnisses an den Vermächtnisträger wird in allen Fällen davon abhängig gemacht, daß nicht „vel substitutus vel coniunctus“ vorgehe; der substitutus geht immer dem coniunctus vor.

6) Vgl. den Comment. Th. 47. S. 282.

feines Collegatars besonders auferlegte Last zu übernehmen habe, wenn diese beide wegfallen, und entschieden ist dies zu verneinen, wenn zuerst der Substitut, z. B. durch früheren Tod, wegfallen ist, dann erst der Collegatar, dem er substituirt war, vor dem Anfall des Vermächtnisses stirbt oder das angefallene ablehnt. Ist dagegen durch Translation ein Anderer an die Stelle des einen Collegatars berufen, so kommt der letzte überall nicht mehr in Betracht. Indessen ist der neue Legatar doch sonst einem Substituten des früher Bedachten zu vergleichen⁷⁾; im Zweifel wird er auch die dem letzten auferlegte Last zu tragen haben, und so wird denn auch er als *Conjunctus* des anderen Collegatars zu betrachten sein, in gleicher Weise wie der Substitut, wenn derjenige, dem er substituirt ist, mit jenem in einem Satze mit demselben Vermächtnisse bedacht war.

7) Ohne Einfluß auf das Anwachsungsrecht ist es, zu welcher Zeit es sich entscheiden möge, daß eine Concurrency von Seiten eines Mitvermächtnißnehmers nicht zu erwarten sei, ob schon vor oder erst nach dem Anfall des Vermächtnisses; durch Ablehnung von Seiten des einen Vermächtnisses kann es erst nach dem Anfall entschieden werden, da die früher schon vom Legatar erklärte Ablehnung dessen Vermächtnißrecht noch nicht aufhebt⁸⁾. Es

7) In L. 3. pr. D. de adim. vel transfer. legat. XXXIV. 4. bezeichnet Ulpian die Substitution bei einem Vermächtniß sogar wörtlich als eine *translatio legati*. „Si quis ita legaverit: *Titio fundum do lego; si Titius decesserit, Seio heres meus dare damnas esto: recte translatum esse videtur*. Hier war aber das Vindicationslegat für den Substituten Seius zugleich in ein Damnationslegat verwandelt.

8) Nach L. 45. §. 1. D. de legat. II. (Pompon. lib. VIII. ad Qu. Mucium) soll die Ablehnung sogar *post diem le-*

kann denn auch das Anwartschaftsrecht erst eröffnet werden, nachdem der eine Vermächtnißnehmer zu seinem Theil bereits das Vermächtniß definitiv erworben hat, und so selbst auch noch nach dessen Tode für dessen Erben die Anwartschaft eintreten. Dies ist in der oben S. 76. fg. erklärten L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. ausdrücklich ausgesprochen. Dazu bemerkt jedoch Windscheid Pand. §. 644. Anm. 16.: „Justinian hätte für den Fall der *re et verbis coniunctio* bei seiner Auffassung dieses Falles eigentlich das Gegentheil bestimmen sollen.“ Wenn nemlich dieser Fall so aufgefaßt wird, daß den beiden Collegatarien zunächst jedem nur ein Theil vermacht, jeder aber dem anderen auf dessen Theil substituirt sei, so müßte consequent behauptet werden, daß der neue, der zu seinem Theil erworben hat, auch den Substitutionsfall, d. i. hier das Wegfallen des Collegatars, erleben müsse, um auch dessen Theil zu erwerben, sowie der eingesetzte und zugleich einem Miterben substituirt Erbe als Substitut nur dann an des letzten Stelle miterbt, wenn bei seiner Lebzeit entschieden wird, daß dieser nicht erbe⁹⁾. Allein es ist schon oben S. 14. Anm. 19. angedeutet, daß diese Auffassung nicht nothwendig der Justinianischen Anordnung unterzulegen ist, und jedenfalls hat Justinian das, was er nach dieser Auffassung, wie Windscheid meint, hätte bestimmen

gati cedentem, antequam dies legati veniat, noch wirkungslos sein. Aber nach Windscheid Pand. I. §. 96. Anm. 5. III. §. 648. Anm. 4. soll darin das letzte Wort des römischen Rechts über diesen Punkt nicht gefunden werden können, vielmehr eine frühere Entwicklungsphase zu erkennen sein. Dagegen jedoch vgl. Scheurl, zur L. v. den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (Beiträge II. 2.) S. 38. fg.

9) L. 80. §. 1. 2. L. 81. D. de a. v. o. hered. XXIX. 2. L. 45. §. 1. D. de v. et p. subst. XXVIII. 6.

sollen, wirklich nicht bestimmt. Mit Recht hält dieser es daher für unzulässig, „ihm diese Bestimmung auf dem Wege einer Entwicklung seines Gedankens zu oktroyiren.“ Wenn also das Wegfallen eines Collegatars erst nach dem Tode seines *re et verbis coniunctus*, der zu seinem Theil das Vermächtniß schon erworben hatte, sich ereignet, so tritt nun auch noch für dessen Erben das Anwachsungsrecht ein, wie es für ihren Erblasser stattgefunden haben würde, also *cum onere*, aber auch nur, wenn sie wollen; so wie die Erben das ihrem Erblasser schon *ipso iure* erworbene Legat, das dieser aber noch ablehnen konnte, an seiner Statt auch noch ablehnen können, so muß ihnen hier die Befugniß zustehen, das Anwachsen abzulehnen und da kann sich denn in dem einen wie in dem anderen Fall, wenn Mehrere Erben sind, auch ergeben, daß der eine ablehnt, der andere annimmt¹⁰⁾. In solchem Fall denn fragt sich, wenn der abgelehnte Vermächtnißtheil zufalle? Wird ein Legat abgelehnt, so soll es sich so verhalten, als wäre es gar nicht hinterlassen worden¹¹⁾, es verbleibt also den Beschwerten. Wenn nun von zwei Erben des Legatars der eine annimmt, der andere ablehnt, so muß es sich so verhalten, *quasi pro parte nec legatum quidem sit*; der verschmähte Vermächtnißtheil bleibt dem Beschwerten; von einem Anwachsungsrecht unter den Erben des Legatars ist keine Rede. Nach Analogie dieses Falles ist nun, so scheint es, auch der Fall zu beurtheilen, wenn ein *re et verbis coniunctus* erst nach dem Tode des Collegatars, der zu seinem Theile schon erworben hat, wegfällt, von mehreren Erben des letzten aber der eine das Anwachsen des jetzt erledigten Vermächtnißtheils sich gefallen läßt, der

10) L. 38. pr. D. de legat. I.

11) L. 38. cit. §. 1. „pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit.“

andere es ablehnt. Zwar, wenn von mehreren Collegataren nur einer den vacanten Vermächtnistheil ablehnt, so soll dieser nach L. un. §. 11. cit. ganz den übrigen zufallen, nur, wenn alle ablehnen, dem Beschwerzten bleiben. In obigem Fall aber scheint es consequent, auch neben dem annehmenden Erben des Collegatars den auf den ablehnenden treffenden Theil des anwachsenden Vermächtnistheils dem Beschwerzten zu belassen.

8) Einiger Erörterung bedarf nun noch für den Fall, wenn einem *re et verbis coniunctus collegatarius* das Anwachsen eines freigewordenen Vermächtnistheils dargeboten ist, die Frage, was derselbe als darauf gelegte Last zu übernehmen habe, wenn er den anwachsenden Theil annimmt. Die L. un. cit. spricht sich in §. 4. 9. ziemlich ausführlich über solches *onus* aus, zunächst in Beziehung auf den Fall, wenn demjenigen, welcher mit einem Vermächtniß beschwert ist, sei er Erbe oder Vermächtnißnehmer, das zu seiner Last Vermachte aus irgend einem Grunde verbleibt, dieses aber selbst wieder mit einer Last belegt ist; aber was hier darüber gesagt ist, findet auch Anwendung in dem Falle, wenn nach §. 11. des Gesetzes ein Vermächtnißnehmer als *Coniunctus* von dem Anwachsungsrechte Gebrauch macht. Vorerst ist nun zu bemerken, daß ein Uebergang der Auflage auf einen Anderen überall nicht stattfindet, wenn diese von der Art ist, daß dabei wesentlich die Persönlichkeit des damit Beschwerzten in Betracht kommt, dieselbe also von einer anderen Person nicht in gleicher Weise erfüllt werden kann, auf einen Anderen übertragen materiell nicht mehr die gleiche Auflage ist ¹²⁾.

12) L. un. §. 9. cit. „*Sin vero talis verborum conceptio et facti natura est, ut, quod relictum est, ab alio adimpleri non possit, tunc, etsi lucrum ad alium pervenerit, non tamen et gravamen sequi, quia hoc neque ipsa natura concedit neque testator voluit.*“ Als Beispiele werden

Dagegen wenn die Auflage in einer vermögensrechtlichen Leistung besteht, die auch ein Anderer erfüllen kann, so hat sie der Gewinnende zu übernehmen, vor allem, wenn sie im Geben oder Verschaffen eines Vermögensgegenstandes (in dando) besteht, aber auch, wenn in einem Thun (in faciendo), das nicht persönliche Thätigkeit des Beschwerten selbst erfordert, in Herstellung eines Baues oder anderen Werkes, wobei die Bestreitung der Kosten die Hauptsache ist ¹³⁾, auch, wenn es sich um die Eingehung eines Rechtsgeschäftes handelt, bei dem es nicht wesentlich auf die Persönlichkeit des Contrahenten ankommt ¹⁴⁾, u. s. w., überall, wo es „nihil refert, sive per eum, de quo testator locutus est, sive per alium eiusdem lucri successorem adimpleatur.“ Die Art und Weise, in welcher die Last auferlegt ist, kann übrigens sehr verschieden sein. Nicht nur der Fall kommt in Betracht, wenn das Legat direct mit einem Fideicommissum beschwert ist, sondern auch, wenn es sonst mit einer Auflage angeordnet (sub modo legatum) ist, und insbesondere auch der Fall, wenn dem wegfallenden Collegatar etwas zu leisten als Bedingung seines Vermächtnisses auferlegt ist ¹⁵⁾. Voraus-

angeführt: „Quid enim, si iusserit eum in certum locum abire, vel liberalibus studiis imbui, vel domum suis manibus exstruere vel pingere vel uxorem ducere? quae omnia testatoris voluntas in ipsius solius persona intelligitur conclusisse, cui et suam munificentiam relinquebat.“ Vgl. den Comment. Th. 47. S. 276.

- 13) L. un. §. 9. cit. „puta si honorata persona iubeatur insulam vel monumentum vel aliud tale suis sumtibus (nicht: suis manibus) facere“ . . .
- 14) Z. B. „rem ab herede testatoris emere, vel locationem vel fideiussionem subire“ — locationem wohl nur rei, und mitunter etwa auch operis, nicht operarum.
- 15) So sagt L. un. cit. in §. 4.: „omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam grava-

gesetzt wird dabei, daß die Bedingung auf ein Thun des Vermächtnißnehmers gerichtet sei, ein dare oder facere desselben. Lautete das Vermächtniß z. B. „Titio et, si consul factus fuerit, Seio fundum do lego“, so wird das Legat, wenn Seius nicht Consul wird, zu dessen Theil einfach erledigt wegen Nichterfüllung der Bedingung und Titius kann das Ganze erwerben; von einem Onus ist keine Rede. Dasselbe gilt auch, wenn z. B. verfügt war: „Titio et, si Maeviam uxorem duxerit, Seio do lego.“ Wird diese Bedingung nicht erfüllt, so bekommt Titius das Ganze, ohne die Maevia zur Frau zu nehmen; die Bedingung, die dem Seius gesetzt ist, muß eine solche sein, die eben so gut auch Titius erfüllen kann, damit dieselbe als Last des ihm anwachsenden Vermächtnißtheils auf diesen übergehen könne. Also z. B.: „Titio et, si Sempronio centum dederit, Seio fundum do lego.“ In solchem Fall tritt nun *deficiente conditione* für Titius das Anwachsungsrecht ein; aber hier muß er, um dieses auszuüben, die dem Seius bedingungsweise auferlegte Zahlung leisten. Es kann aber dabei noch sich fragen, wann denn in solchem Fall wegen Nichterfüllung der Bedingung das Vermächtniß des Seius als weggefallen zu betrachten, somit dem Anwachsungsrecht des Titius Raum gegeben sei? ohne Zweifel, wenn Seius gestorben ist, ohne gegeben zu haben, oder wenn er die Zeitfrist, innerhalb deren er geben sollte, versäumt hat; aber, wenn dies nicht der Fall ist, so kann er immer noch die Bedingung erfüllen, so lange er lebt, und kann also einstweilen *pendente*

men, quod ab initio fuerat complexum (*connexum? annexum?*), omnimodo sentire, sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendae gratia, vel alia quacunque via excogitatum. So erwähnt auch §. 9. „si quidem conditio vel aliud gravamen in dando sit constitutum.

conditione Titius nur zu seinem Theil das Legat erwerben. Und strenge genommen würde sich dieses selbst dann nicht anders verhalten, wenn Seius erklärte, daß er nicht geben wolle, sondern auf das Legat unter dieser Bedingung verzichte, weil die Ablehnung des Legats erst *post diem legati cedentem* wirksam erklärt werden kann¹⁶). Indessen dürfte es hier wohl praktisch angemessen befunden werden, denselben zu der Erklärung aufzufordern, ob er das Legat mit dieser Bedingung annehme oder nicht, und im Fall verneinender Antwort oder Verweigerung derselben in bestimmter Frist dem Collegatar gegen Erfüllung der Bedingung von seiner Seite das Ganze zuzusprechen, in ähnlicher Weise, wie der unter einer Potestativbedingung eingefetzte Erbe angehalten werden kann, in bestimmter Frist die Bedingung zu erfüllen, unter dem Präjudiz, daß er von der Erbschaft ausgeschlossen werde¹⁷).

9) Zum Schlusse dieses §. mögen noch einige Stellen der Digesten in ihrem Verhältniß zu dem Recht der *L. un. Cod. cit.* besprochen werden.

a) *L. 10. D. de legat. III.* (Valens lib. II. *fideicommiss.*):

Si tibi et ei, qui ex tribus liberis meis ad funus meum venerit, centum aureos legavero, non minuitur in tua persona legatum, si nemo venit.

Diese Stelle stimmt mit dem neuen Rechte ganz überein; sie könnte nur vom Standpunkt des älteren Rechts etwa Bedenken erregen, namentlich, wenn dabei nicht ein *Vindicationslegat*, sondern ein *Damnationislegat* oder *Fideicommiss* (wie man nach der *Inscription* vermuthen möchte)

16) *L. 45. §. 1. D. de legat. II.* vgl. oben S. 86. Anm. 8.

17) *L. 23. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII. 5.* Arndts' Pand. §. 509. Anm. 7. Vgl. auch *L. 6. 13. §. 1. D. de optione legata. XXXIII. 5.*

vorausgesetzt wird. Aber auch in diesem Fall erklärt sie sich nach Analogie des Falles, wenn einer lebenden Person und einem Postumus zusammen vermacht ist¹⁸⁾). Wäre verordnet: „heres Titio et tribus liberis meis, si ad funus meum venerint, centum aureos dare damnas esto,“ so würde nach älterem Recht die Regel „damnatio partes facit“ zur Anwendung gekommen sein und sich nur gefragt haben, ob dem Titius 50 oder nur 25 Goldgulden gebührten.

b) L. 99. D. de legat. I. (Julian. lib. LXX. Digest.):

Si domino Stichus legatus esset et servo eius optio data, partem dimidiam Stichi dico ad dominium pertinere, quod possit servus manumissus eundem Stichum optare.

Dem Herrn des Slaven Pamphilus war des Erblassers Slave Stichus (per vindicationem) vermacht, dem Pamphilus die freie Auswahl unter sämtlichen Slaven des Erblassers; war nun vor dem Tode des Erblassers Pamphilus frei geworden, so konnte er selbständig das Wahlrecht nach Belieben ausüben und so denn auch den Stichus wählen¹⁹⁾). Dann trat dasselbe ein, als wenn seinem früheren Herrn und ihm in getrennten Verfügungen derselbe Slave vermacht war; der erste wurde durch seine Wahl auf das halbe Eigenthum des Stichus eingeschränkt. Fiel aber die Wahl auf einen anderen oder überhaupt weg, z. B. nach älterem Recht durch den Tod des Wahlberechtigten vor Ausübung der Wahl²⁰⁾), so erhielt oder behielt der erste iure accrescendi oder non decrescendi den

18) Vgl. oben S. 39. fg.

19) L. 2. pr. D. de opt. leg. XXXIII. 5. cf. L. 8. §. 2. L. 10. 11. eod.

20) §. 23. J. de legat. II. 20.

ganzen *Slaven Stichus*. Bemerkenswerth ist, daß hier, so lange es noch unentschieden ist, ob die *Wahl* auf denselben *Stichus* falle, dem *Dominus* nur das halbe *Eigenthum* beigelegt wird ²¹).

c) L. 13. §. 1. D. de legat. II. (Pompon. lib. VII. ex *Plautio*.):

Si is, qui unum reum habebat, quod is sibi deberet, duobus in solidum separatim legasset, oneratur heres duobus satisfacere, uni actione cedendo, alteri pecuniam solvendo.

Eine *Forderung* gegen einen und denselben *Schuldner* ist zwei *Personen* ungetheilt in getrennten *Verfügungen* vermacht worden. Dies konnte nur durch ein *Damnationislegat* oder *Fideicommiß* geschehen; auch wenn der *Testator* sich der *Formel* des *vindicationslegates* bedient hatte, z. B. „*Titio quod Sempronius mihi debet do lego*,” war es doch kein solches ²²). In diesem Fall hatte nun nach älterem Recht jeder *Legatar* Anspruch auf die ganze *Forderung*, sowie in dem Fall, wenn zweien dieselbe *Sache* separatim per *damnationem* vermacht war, jeder die ganze *Sache* fordern konnte. Wie aber in diesem Fall der *Bermächtnißträger* doch nur dem einen die *Sache* selbst gewähren konnte, den anderen mit dem *Schätzungswerthe* abfinden mußte, so konnte er im obigen Fall dem einen die *Forderungsklage* abtreten, mußte dem anderen zahlen, was die *Forderung* werth war ²³). Dies

21) Vgl. oben S. 81. fg. Gleiches könnte übrigens auch heutzutage vorkommen, z. B. wenn dem A ein bestimmtes Pferd, dem B die freie Auswahl aus dem ganzen *Marstall* des *Erblassers* vermacht wäre.

22) L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. cf. L. 105. eod. L. 34. pr. D. de legat. III.

23) Ein verwandter Fall war, wenn der *Testator* das, was ihm zwei *Personen* als *Correi* schuldig waren, zwei verschiedenen

kann nun auch nach L. un. §. 11. cit. noch statthaben, aber nur mehr dann, wenn der Erblasser auf's deutlichste den Willen an den Tag gelegt hat, daß jedem die ganze Forderung auch im Fall der Concurrenz beider vermacht sein solle, und insofern kann L. 13. §. 1. cit. auch neben der L. un. cit. und der L. 33. D. de legat. I. noch bestehen, indem man zu den Worten „in solidum“ nur die manifestissima testatoris voluntas hinzudeutet. Im Zweifel aber ist nun eine Theilung der vermachten Forderung anzunehmen, wenn beide das Legat erwerben, und nur iure accrescendi kann einem die ganze Forderung zukommen ²⁴⁾).

d) L. 38. §. 2. D. de legat. III. (Scaevola lib. XIX. Digest.):

Filiam suam heredem scripserat et ita caverat: ,veto autem aedificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos, quos hoc testamento nominavi, pertinere volo'. Quaesitum est, defuncta herede et legatariis vernis, an ad unum libertum, qui remansit, totum fideicommissum pertineret? Respondi: ad eum, qui ex vernis superesset, secundum ea, quae proponerentur, virilem partem pertinere.

Der Erblasser, der nur eine Tochter als Erbin hinterließ, wollte bewirken, daß sein Haus in Zukunft nicht seinem Namen entfremdet werde. Er hatte daher verord-

Personen vermachte, der einen in Bezugnahme auf den einen, der anderen in Bezugnahme auf den anderen Gesamtschuldner, L. 82. §. 5. D. de legat. I., und wenn von zwei ihm alternativ geschuldeten Sachen der Testator einem die eine, einem anderen die andere Sache vermachte, L. 76. D. eod. L. 50. §. 1. D. de legat. II. Vgl. H. Fitting die Natur der Correalobligationen S. 159. fg.

24) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 503. fg.

net, daß nach dem Tode der Tochter dasselbe mehreren im Hause geborenen und durch sein Testament freigelassenen Slaven, die als Freigelassene seinen Familiennamen trugen, zufallen solle, und zwar hatte er dies in Fideicommissform als seinen Willen erklärt (*volo*), jedoch ohne klar und deutlich ein Familiensfideicommiss für die Freigelassenen zu errichten, so daß diese also zu gleichen Theilen zusammen zu dem Vermächtniß berufen waren. Nun aber war zur Zeit, als die Tochter starb, d. i. die *fideicommissi cedente*, nur noch einer jener Freigelassenen am Leben. Da fragte es sich, ob dieser nun allein das ganze Haus bekomme? Scaevola entschied: nein; er kann nur zu einem Kopftheil, nach der Zahl der ursprünglich bedachten Freigelassenen, das Eigenthum fordern, hielt sich also strenge daran: „*in fideicommissis id sequimur quod in damnatione*,“ und „*damnatio partes facit*“²⁵⁾, in einem Falle, wo es doch der Absicht des Testators (*ne de nomine eius aedificium exeat*) offenbar besser entsprochen hätte, daß der einzige noch lebende Freigelassene seines Namens das ganze Haus erhielt, statt das Eigenthum desselben zum größeren Theil an fremde Erben der Tochter gelangen zu lassen. Mit der L. un. §. 11. cit. aber steht diese Entscheidung Scaevola's in unverföhnlichem Widerspruch, und muß daher L. 38. §. 2. cit. nach L. un. cit. als antiquirt angesehen werden²⁶⁾.

25) Vgl. Lh. 46. S. 481. Ann. 83. S. 483. Ann. 88. Für Scaevola war übrigens nach dem Rechte seiner Zeit der Entscheidungsgrund wohl der, daß er hier kein Familiensfideicommiss erkannte; *iure accrescendi* konnte der einzige übrig gebliebene Berna das ganze Haus keinesfalls erlangen, da die *partes viriles* der verstorbenen als *caducae* ihm durch die *caduci vindicatio* entzogen wurden. In den Digesten aber, wornach diese nicht mehr bestand, liegt darin eine Aberkennung des Anwachsungsrechts.

26) Vgl. oben S. 5. fg. S. 20. Es fehlt übrigens nicht an

e) L. 89. §. 2. D. de legat. II. (Scaevola lib. IV. respons.):

Seio, quem heredi substituerat, ita legavit: „Seio, si mihi heres non erit, et uxori eius Marcellae argenti libras quindecim dari volo“; quaero, cum Seius heres extiterit, an Marcellae legati dimidia portio debeatur? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, deberi.

Das Vermächtniß war ein Fideicommiß²⁷⁾. Ein Zweifel, ob der Marcella dessen Hälfte gebühre, konnte wohl nur daher rühren, daß man sich fragte, ob nicht die Bedingung, wenn Seius nicht Erbe wird, auch auf das Vermächtniß der Frau zu beziehen sei? Dies wird verneint, aber der Frau auch nicht mehr als die Hälfte zugesprochen, obgleich ihr Collegatar wegen Deficienz der Bedingung wegfallen ist, und das war nach älterem Recht richtig²⁸⁾. Nach L. un. cit. aber wäre consequent iure

Versuchen, die L. 38. §. 2. cit. auch mit L. un. cit. in Einklang zu bringen. Accursius wollte sogar „virilem partem“, weil nur einer da sei, gleichbedeutend halten mit „totum fideicommissum“, was Westphal §. 1044. „lächerlich“ nennt. — Cuiacius sucht die Erklärung dafür, daß kein Anwachsungsrecht anerkannt werde, darin, daß die vernae namentlich aufgeführt seien (Cuiac. obs. XV. 4. in opp. III. col. 425. und ad L. 38. cit. in opp. X. col. 1106.), wogegen Westphal mit Recht bemerkt: das geschehe ja bei allen Mitlegatarien. Vgl. A. Faber coniectur. lib. XIV. cap. 16. Error. pragmat. XLIX. 6. num. 3. Schulting-Smallenb. ad L. 38. §. 2. cit.

27) Unrichtig sagt Westphal §. 1043.: „Dari volo sind verba damnationis“. Vgl. Cuiac. in lib. IV. respons. Scaev. ad h. l. (opp. VI. col. 759.).

28) Schon darum verwerflich die künstliche Interpretation von Scipio Gentilis de iure accresc. cap. 4. Voet ad

accrescendi der Marcella das ganze Vermächtniß zuzusprechen.

f) L. 41. §. 9. D. de legat. III. (Scaevola lib. XXII. Digest.):

„Agri plagam, quae est in regione illa, Maevius, Publio et Gaio, transcribi volo, pretio facto viri boni arbitrato et hereditati illato, duplae evictione expromissa a ²⁹⁾ reliquis heredibus, ita ut sub poena centum promittant, eam agri plagam partemve eius ad Seium posterosve eius non perventuram quaqua ratione“: quaesitum est, an legatum valeat, cum Publius emere velit, Gaius nolit? Respondit: eum, qui fideicommissum sibi praestari velit, posse partem dimidiam eius agri, qui legatus est, petere, quamvis alter nolit. Item quaesitum est: cautio, quae interponi debeat secundum voluntatem, pro quota parte cuique heredum praestanda sit? Respondit: pro ea portione, quae ex fideicommissio praestatur.

Ein complicirter Fall! Die fideicommissarische Verfügung bezweckt, daß den beiden Brüdern Maevius ein bestimmter Strich Acker überlassen werde, gegen einen billigen der Erbschaft einzuwerfenden Preis, also kaufweise, und soll denselben dann auch wegen möglicher Eviction Sicherheit gegeben werden durch duplae promissio a reliquis heredibus. Warum a reliquis? Cujacius

pand. lib. XXX—XXXII. §. 4., wornach unter der legati dimidia portio die Hälfte zu verstehen sein soll, welche existente conditione dem Seius zugekommen wäre (die portio deficiens), da der Marcella der Erwerb ihrer Hälfte die legati cedente sofort gesichert sei.

29) Die Florentina hat nur expromissa (bei Torelli mit Kleinem a). Mommsen macht dazu die Note: promissa a?

glaubte, es müsse gelesen werden *relictis* ³⁰⁾. Aber diese Emendation ist nicht anziehend; warum hätte Scaevola nicht einfacher und schöner gesagt: „*ab heredibus*“? ³¹⁾ Ich vermuthe, daß in dem von Scaevola begutachteten Falle die Maevier Miterben waren, so daß also eine Art von Praefideicommiss vorlag; es sollte ihnen gegen den zur Erbschaft einzubringenden Preis der Acker zugeschrieben werden ³²⁾, die Miterben aber für Eviction haften, so wie auch im Erbtheilungsverfahren bezüglich adjudicirter Sachen den Miterben solche Haftung auferlegt werden kann ³³⁾. Der Erblasser wollte zudem, vielleicht wegen alten Streites, verhindern, daß der fragliche Acker ganz oder auch nur zum Theil an Seius oder dessen Nachkommen gelange, und legte deshalb den Maeviern das Versprechen einer Geldstrafe an die Erben auf für den Fall, daß dies doch geschehe. Nun war der eine Maevius bereit, den Acker zu kaufen; der andere lehnte es ab. Da fragte es sich, ob das Fideicommiss doch zu Recht bestehe? wogegen es Bedenken erregen mochte, daß jener, wenn er nur zum Theil den Acker erwarb, nicht dafür einstehen konnte, daß auch nicht ein Theil desselben an Seius gelange. Scaevola aber sieht auch dieses Vermächtniß des Kaufrechts als *ab initio* getheilt an, und erkennt dem Gaius das Recht zu, die Hälfte des Ackers zu kaufen, aber auch nur *partem dimidiam eius agri*. Nach L. un. cit.

30) Cuiac. ad tit. de legat. III. (Dig. lib. XXXII.) h. l. (opp. X. col. 1118.). So auch Westphal §. 1039.

31) Der Auszug Lippucitus sagt freilich nur schlechtthin: *καὶ τοὺς κληρονόμους μὲν*, ohne das Adjectiv *reliquis* zu berücksichtigen. Basil. XLIV. 3. cap. 40. §. 9. (Heimb. IV. p. 380.)

32) „Transcribi“, vgl. L. 12. D. de praescript. verb. XIX. 5.

33) L. 25. §. 1. D. fam. ercisc. X. 2. L. 14. Cod. eod. III. 36.

muß ihm nun auch hier das Recht zugestanden werden, iure accrescendi den ganzen Acker gegen Zahlung eines billigen Preises zu fordern, aber auch cum omni suo onere, also mit der Auflage, die ganze Geldstrafe von 100 zu versprechen.

g) L. 55. pr. D. de legat. II. (Gai. lib. XII. ad leg. Jul. et Pap.):

Si Titio et mihi eadem res legata fuerit, et is die legati cedente decesserit me herede relicto, et vel ex mea propria causa vel ex hereditaria legatum repudiavero, magis placere video, partem defecisse.

Dem Titius und Seius ist coniunctim dieselbe Sache (per vindicationem) vermacht; beide erleben den Anfall des Legats; Titius aber stirbt, ohne dasselbe angenommen oder abgelehnt zu haben, und wird beerbt von Seius. Nun kann dieser die Sache pro parte ex sua propria causa, als ursprünglich Collegatar des Titius, pro parte ex hereditaria causa, als dessen Erbe, vindiciren; er lehnt aber in der einen oder anderen Eigenschaft das Legat ab, erwirbt also dasselbe nur pro parte. Es wurde entschieden: partem legati defecisse, d. h. ohne Zweifel: dasselbe sei zur Hälfte caduc geworden³⁴⁾. Nun konnte nach altem Recht Seius als collegatarius coniunctus immerhin noch diese Hälfte durch caduci vindicatio in Anspruch nehmen; das geschah aber natürlich nicht, wenn er als Erbe des Collegatars das diesem be-

34) Vgl. Mayer, Anwachsungsrecht S. 194. fg. Dieser führt die Stelle unter anderen als Beweis dafür an, daß in den Digesten noch das Recht der lex Papia nicht ganz beseitigt sei; vgl. oben S. 5. Anm. 5. Dieselbe beweist entscheidend gegen Schneider's Meinung, daß die Ablehnung eines Legats nicht Caducität bewirkt habe; vgl. oben S. 84. Anm. 3.

reits angefallene Legat verwarf. Nach der L. un. cit. §. 11. würde nun Seius, wenn er nicht *verbis coniunctus* des Titius wäre, dessen Theil im Fall der Ablehnung des Legats *ex hereditaria causa* von selbst *iure accrescendi* zu dem seinigen hinzuertwerben *sine onere*; als *re et verbis coniunctus* aber kann er ihn ablehnen, mit der Wirkung, daß ihn der Erbe behält *cum onere*. Demnach steht L. 55. pr. cit. nicht im Widerspruch mit L. un. §. 11. cit.; die Compilatoren konnten sie sogar mit Bedacht aufnehmen, wengleich ihnen die L. un. cit. schon in ihrer vollständigen Fassung vorgelegen hätte.

§. 1524. a.

Urwachungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs einer Sache.

Wie das Eigenthum, so kann auch das Recht des Nießbrauches an einer und derselben Sache Mehreren vermacht sein mit dem Erfolg, daß diese, wenn sie alle das Vermächtniß erwerben, einander je auf einen Theil einschränken. Und da kann denn, wenn einer ausfällt, auch ein Urwachungsrecht für die übrigen eintreten, wie dies schon in der bisherigen Erörterung öfter berührt worden ist. Dabei aber kommen verschiedene Eigenthümlichkeiten in Betracht, die sich aus der eigenthümlichen Natur dieses Vermächtnißgegenstandes ergeben. Darüber enthält nun zwar dieser Commentar schon im Theil 9. (erschienen im Jahr 1808.) eine ausführliche Entwicklung als Erläuterung zu dem betreffenden Titel der Digesten: *de usufructu aderescendo* VII. 2.; aber, wie schon oben S. 6. Anm. 8. erwähnt ist, seitdem ist uns in den erst 1824 veröffentlichten jetzt sogenannten Vaticanischen Fragmenten ein höchst bedeutendes Hilfsmittel zur Erläuterung jenes Digestentitels dargeboten worden, wodurch auch alsbald

mehrere neue Bearbeitungen dieser schwierigen Lehre hervorgerufen worden sind ³⁵⁾; da erscheint es denn als eine Art von Pflicht für den Nachfolger Glück's, in diesen Erläuterungen an passendem Orte nachträglich in Erwägung zu ziehen, was jene später entdeckte Quelle zum Verständniß des angeführten Titels beiträgt, und in wiefern etwa die unter Berücksichtigung derselben versuchten neueren Bearbeitungen dieser Lehre zur Ergänzung oder Berichtigung der in Th. 9. gegebenen Darstellung Glück's Stoff und Anlaß geben.

Was nun zunächst die allgemeinste Voraussetzung des Anwachsungsrechts in Anwendung auf vermachten Nießbrauch betrifft, so wird dasjenige, was Glück a. a. O. S. 264. fg. darüber vorträgt, durch die Vaticanischen Fragmente vollaus bestätigt: Es muß Mehreren, jedem für sich, der Nießbrauch derselben ganzen Sache oder der ganze Nießbrauch derselben Sache vermacht sein, so daß der einzelne nicht schon durch das Legat an sich, sondern nur dadurch, daß auch der andere sein gleiches Recht geltend macht, auf einen Theil des Nießbrauchs eingeschränkt wird. Dies geschah nach älterem Rechte durch ein *Bindicationslegat*, das nicht ausdrücklich auf Theile sich beschränkte, nicht durch *Damnationslegat* oder *Fideicommiß* ³⁶⁾. Die

35) Vgl. Alex. Fel. Eleon. Lelièvre, diss. historico-iuridica de usufructu adcrecendo. Lovanii 1827. Henr. Heimsoeth de usufructu accrescendo ex iure romano. Coloniae 1831. Hoffhirt Verm. I. S. 611—627. Schneider, Anwachsungsrecht S. 283—309. R. Witte in Weiske's Rechtslexikon I. S. 321—325. R. Elvers, römische Servitutenslehre S. 727. fg. Baron d. Gesamtrechtsverhältnisse im R. R. S. 177—195. Bangerow §. 554. Anm. 1. (7. Aufl. II. S. 535—541.). G. A. Schlayer im Arch. f. civ. Prax. LI. 18. S. 334—353. Windscheid Band. III. §. 645.

36) Vgl. Th. 46. S. 477. fg. und oben S. 3. fg.

L. 1. pr. D. h. t. (Ulpian. lib. XVII. ad Sabin.) finden wir in den Vaticanischen Fragmenten in §. 75. wieder, freilich nur zum Theil leserlich, aber mit Wahrscheinlichkeit eben aus L. 1. cit. folgendermaßen ergänzt:

*Quoties ususfructus legatus est, est inter fructuarios ius adcrendi, sed ita, si coniunctim sit relictus nec nisi in do legato modo. Ceterum si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio ius adcrendi cessat*³⁷⁾.

So auch findet sich L. 1. §. 3. D. h. t. (Glück a. a. O. S. 266.) in den Fragmenten §. 77., und zwar buchstäblich übereinstimmend bis zu den Worten: „alter totum fundum haberet“; desgleichen L. 1. §. 4. L. 3. pr. D. h. t. in §. 77. 78. der Fragmente. In der letzten Stelle wird als treffend ein Satz des Celsus angeführt: *totiens ius adcrendi esse, quotiens in duobus, qui solidum habuerunt, concursu divisus est.* Aber in den §§. 85—87. lehren dann die Fragmente, daß von einem ius accrescendi überall nicht die Rede sein könne, wenn Mehreren der Ususfructus per damnationem legirt oder durch Fideicommiss hinterlassen sei. In den Digestenstellen ist dagegen jede Erwähnung dieser alten Unterschiede der Vermächtnisse absichtlich vermieden, und sind darum die aufgenommenen Fragmente zum Theil erheblich verändert worden; es ist darin nur einfach vom Legat des Ususfructus die Rede, ohne Zweifel, weil man auch hier,

37) So Mommsen in seiner Ausgabe in den Schriften der Berliner Akademie v. J. 1859, Separat-Abdruck Berlin 1860. (Das cursiv Gedruckte ist Ergänzung). Abweichend ergänzt Huschke in der iurisprud. anteiust. ed. 2. p. 645. *Usufructu legato est inter fructuarios i. a. sed non omnimodo, verum in per praeceptionem et in do l. 1., modo coniunctim legatus sit. Ceterum si separatim ususfructus sit relictus, sine dubio i. a. cessat.*

wie in-§. 8. J. de legat. II. 20., von der Ansicht aus-
 gang, daß nach L. 1. 2. Cod. commun. de legat. VI.
 48. nunmehr auch in dieser Beziehung die entscheidende
 Regel für alle Vermächtnisse bilde, was früher nur vom
 Vindicationslegate galt. Dazu kam dann die L. un. Cod.
 de cad. toll., die als allgemeines Gesetz auch auf das
 Vermächtniß des Nießbrauchs Anwendung findet. In so
 fern dieses neue Gesetz die caducarischen Bestimmungen
 der lex Papia und somit die caducorum vindicatio end-
 lich ganz beseitigt hat, war es freilich für das Vermächtniß
 des Nießbrauchs von keiner Bedeutung. Zwar ist
 nicht zu bezweifeln, daß diejenigen, welche ein Vermächtniß
 zu erwerben gesetzlich nicht fähig waren (incapaces), auch
 einen ihnen vermachten Nießbrauch nicht erwerben konnten;
 daß aber, wenn aus diesem oder einem anderen Grunde
 das Vermächtniß des Nießbrauchs caduc wurde, diejenigen,
 „qui in eo testamento liberos habent“, oder das
 Atrarium den vermachten Nießbrauch vindiciren könnten,
 dem stand die Natur dieses Rechts entgegen, als welches
 personae cohaeret³⁸⁾; daher bestand das Anwachsungs-
 recht bezüglich dieses Vermächtnisses auch unter der Herr-
 schaft des Papischen Gesetzes ohne Zweifel unverkümmert
 fort³⁹⁾. Nun aber ist der §. 11. der L. un. cit. auf

38) Sollte ohne Verstoß dagegen demjenigen, welchem die ca-
 ducorum vindicatio zustand, der Vortheil des vermachten
 Nießbrauchs zugewendet werden, so konnte das nur etwa
 in der Art geschehen, daß jenem die Ausübung des Nieß-
 brauchs in so lange eingeräumt wurde, als der Nießbrauch
 in der Person des ausfallenden Legatars Bestand haben
 würde; davon aber konnte natürlich keine Rede sein, wenn
 das Legat durch den Tod des Legatars caduc geworden war,
 und begreiflich war die Jurisprudenz auch sonst nicht ge-
 neigt, auf solche künstliche Weise eine caducorum vindi-
 catio herauszubringen.

39) Vgl. Heineccius Comment. ad leg. Jul. et Pap.

das Vermächtniß des Nießbrauchs ebenso wohl wie auf jedes andere Vermächtniß, wodurch dasselbe Etwas mehreren Personen hinterlassen ist, anzuwenden. Demnach ist

Popp. III. cap. 9. §. 1. 2. in f. Lelièvre l. c. pag. 10. sq. Heimsoeth l. c. pag. 33 sq. Heineccius statuir ein eigenes caput legis Papiae, wodurch das ius accrescendi ausgeschlossen worden sei („ius accrescendi . . . ne esto“) mit dem ausdrücklichen Zusatz „excepto usufructu legato“. Aber es ist sehr fraglich, ob das Gesetz eine solche ausdrückliche Ausschließung des ius accrescendi enthielt; es genügt zu bestimmen, was caducum oder in causa caduci sei, und wem dieses zufalle; dadurch war dann das ius accrescendi ausgeschlossen, sofern nicht ausnahmsweise das ius antiquum in caducis aufrechterhalten wurde. Gai. II. §. 206. Ulpiani fragm. XXIV. §. 12. 13. Daß nun die pars deficiens usufructus legati nicht als caduca vindicirt werden könne, war vielleicht im Gesetze irgendwie ausgesprochen, konnte aber sehr wohl auch durch die Interpretatio festgestellt werden. Daß aber wirklich bezüglich des Vermächtnisses des Nießbrauchs das ius accrescendi durch die lex Papia nicht alterirt war, wird bestätigt durch Pauli sentt. III. 6. §. 26. „Cum coniunctim duobus usumfructum do lego, legatum altero mortuo ad alterum in solidum pertinebit“ (vgl. Arndts und Huschke iurisprud. anteius. ad h. l., wornach vielleicht zu lesen wäre: *Coniunctim duobus usufructus do lego legatus* etc.); dafür spricht auch, wie Lelièvre mit Recht bemerkt, der Umstand, daß in den betreffenden Stellen der Vaticanischen Fragmente keine Hindeutung auf caducum vorkommt, ausgenommen beiläufig in §. 84, nicht in Beziehung auf das Vermächtniß des Nießbrauchs, sondern im Gegensatz davon auf das Vermächtniß des Eigenthums an einen Sklaven. Daraus erklärt sich denn auch, daß in den Digesten verhältnißmäßig so viele Stellen aufgenommen sind, welche das Anwachsungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs betreffen, im Vergleich mit der geringen Zahl derjenigen, welche sonst vom ius accrescendi sprechen. Vgl. oben S. 6. Anm. 8.

also auch hier zu unterscheiden, ob zwei Personen der Nießbrauch derselben Sache *coniunctim* oder *disiunctim* vermacht ist; im ersten Fall kann, wenn der eine wegfällt, der andere den ganzen Nießbrauch erlangen, *cum onere*, im anderen Fall wächst diesem der freiverdende Theil des Nießbrauchs von selbst an, *sine onere*. So, wenn die *legati cedente* schon der Wegfall des einen Collegatars entschieden ist; der andere kann dann, falls der Nießbrauch an einer Sache der Erbschaft vermacht ist, ohne weiters das dingliche Recht des Nießbrauchs an der ganzen Sache allein erwerben; falls der Nießbrauch an einer fremden Sache Gegenstand des Vermächtnisses ist, allein die persönliche Klage auf Bestellung des ganzen Nießbrauchs gegen den Vermächtnißträger erheben⁴⁰). Wenn aber noch in Frage steht, ob der Collegatar wegfalle, so kann der andere nur einstweilen den ganzen Nießbrauch in Anspruch nehmen, mit der Möglichkeit, späterhin durch den Collegatar auf einen Theil eingeschränkt zu werden⁴¹). Wenn alsdann später der Wegfall des Collegatars sich entscheidet, so bleibt jenem der ganze Nießbrauch unverkürzt, und zwar wird man dann auch in dem Falle, wenn ihm mit dem wegfallenden *coniunctim* vermacht war, darin, daß er einstweilen den ganzen Nießbrauch angetreten, ausgesprochen finden können, daß er sich das Anwachsen *cum onere* gefallen lasse.

Uebrigens ist im Einzelnen noch Folgendes hervorzuheben:

40) So wurde schon im älteren Recht in dem Fall angenommen, wenn der Nießbrauch einer fremden Sache Mehreren in Form eines Vindicationslegates vermacht worden war und das Legat *ex Scto Neroniano* aufrecht erhalten wurde. *Fragm. Vat.* §. 85. Vgl. den *Comment. Th.* 46. S. 494.

41) Vgl. oben S. 82. fg.

1) Die wichtigste Eigenthümlichkeit des Anwachsungsrechts bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs ist die, daß hier die Anwachsung noch eintreten kann, nachdem schon diejenigen, denen vereinigt der Nießbrauch vermacht worden ist, das Vermächtniß erworben und den Nießbrauch angetreten haben. War zwei Personen per vindicationem dieselbe Sache vermacht und beide erwarben das Vermächtniß, so war dadurch die Beschränkung einer jeden auf einen Theil für alle Zeit entschieden; jede erwarb das Eigenthum der Sache nur zur Hälfte, und hatte keine Aussicht mehr, kraft des Legates das Alleineigenthum zu erwerben. War dagegen der Nießbrauch derselben Sache dem A und dem B per vindicationem vermacht, so wurden zwar beide durch ihre Concurrenz ebenfalls nur Mitnießhaber, jeder zur Hälfte; aber nun konnte es sich ereignen, daß der Nießbrauch in der Person des B früher als in der Person des A endigte, namentlich durch den früheren Tod oder durch *capitis deminutio* (nach vorjustinianischem Recht auch *minima capitis deminutio*) des B; alsdann war A von der Concurrenz des B befreit und erstreckte sich nun sein Recht des Nießbrauchs auf die ganze Sache. Das wird in L. 1. §. 3. D. h. t. als allgemeine Meinung der classischen Juristen angeführt ⁴²⁾.

42) „Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt“. Vgl. Glück a. a. O. S. 266. In den Vaticanischen Fragmenten kommt die L. 1. §. 3. cit. als §. 77. vor. Daraus geht aber hervor, daß diese Meinung doch nicht ohne Widerspruch die herrschende geworden ist. Nach den Worten: „sed in usufructu hoc plus est“ finden wir hier als Parenthese: „contra quam Atilicium respondisse Aufidius Chius refert.“ Atilicinus wird als iuris auctor vor Sabinus und Cassius citirt in L. 17. D. de duob. reis, (vgl. Th. 47. S. 229.), nach Sabinus in L. 6. §. 4. D. comm. div. X. 3., nach Nerva in L. 7. pr. D. de cond. e. d. XII. 4.,

Als zustimmend werden namentlich zwei berühmte Rechtsgelehrte, der Proculianer Celsus und der Sabinianer Julianus hervorgehoben, welche dieser Meinung in eigenthümlichem Ausdruck huldigten⁴³⁾: „Ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur“⁴⁴⁾, und ganz treffend

und hat den Proculus consultirt, L. 17. D. de pact. dotal. XXIII. 4. Statt Aufidius schlägt Mommsen vor Fufidius, der in L. 5. D. de auro. XXXIV. 2. als Verfasser von Quaestionen genannt ist, woraus Africanus auch eine Meinung des Atilicinus referirt. — Uebrigens haben die fragm. Vat. besser: *quod et constitutus nihilominus amissus ius adcresecendi admittit*“, statt des Digestentextes: „*quia et constitutus et postea amissus nihilominus ius adcresecendi admittit*“. Huschke versetzt das Wort nihilominus auch in den fragm. Vat. hinter amissus; wie mir scheint mit Unrecht; das nihilominus bezieht sich nur auf constitutus, wobei nur als selbstverständliche Voraussetzung des ius adcresecendi hinzugefügt wird, daß der erworbene Ususfructus zu einem Theil wieder geendigt sei. Richtig löst Heimsöeth S. 12. die Construction der Vat. auf: „*quod, etsi constitutus sit, nihilominus, si postea amittatur, i. a. admittit.*“ Die Compileren mochten jene Construction, die Heimsöeth audacior et durior nennt, einer Verdeutlichung bedürftig halten, haben sie aber nicht eigentlich verbessert.

43) L. 1. §. 3. cit. fährt nach dem Satze in Anm. 28. fort: „*et, ut Celsus et Julianus eleganter aiunt*“: In den Vaticanischen Fragmenten aber liest man „*ut et*“ etc. Huschke in der iurisprud. anteius. corrigirt dies nach dem Digestentext; Heimsöeth aber a. a. O. S. 20. Anm. 7. hält es für richtig; ich glaube, mit Recht, indem ich den ganzen folgenden Satz bis „*in totum*“ als Aeußerung der genannten Juristen auffasse.

44) Dieser Ausdruck kann unmöglich auf die Anstellung der rei vindicatio gedeutet werden, sondern nur auf den vollendeten Erwerb des Rechts, wornach die Vindication, wenn

wird dann der fragliche Fall charakterisirt: „Cum primum itaque non inveniet alter eum ⁴⁵⁾, qui sibi concurrat, solus utetur in totum ⁴⁶⁾.“ Beider Vermächtnißrecht geht an sich auf den ganzen Nießbrauch; nur beschränkt es sich nothwendig auf die Hälfte für einen jeden, wenn beide das Recht wirklich erwerben (*concurso partes fiunt*). Aber der Nießbrauch ist seinem Wesen nach ein Recht von beschränkter Dauer; an die bestimmte Person geknüpft endigt er jedenfalls durch den Tod des Berechtigten und nach römischem Rechte, wie durch den Tod, auch durch dessen *capitis deminutio*. Wenn nun ein solcher Endigungsgrund des Nießbrauchs zunächst nur in der Person des einen der zum Nießbrauch Berechtigten eintritt, so bewirkt dieser auch nur das Ausscheiden dieser Person aus dem Rechtsverhältniß des Nießbrauchs, und wenn der andere nur durch das Zusammentreffen mit jener auf einen Theil beschränkt wurde, so fällt nun die Beschränkung weg, weil eben jene nicht mehr concurrirt. So wie, wenn in der Person des einen Collegatars das Recht des vermachten Nießbrauchs früher als in der des

nöthig, möglich ist. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 484. f. g. Anm. 92. Heimsoeth a. a. D. S. 13.

45) Die Vat. haben *alterum*; Buchholz emendirt *alter alterum*, was mit Recht auch Huschke billigt.

46) In L. 1. §. 3. cit. schließt sich hieran der Zusatz: „*nec refert, coniunctim an separatim relinquatur.*“ In den Vat. lesen wir statt dessen: *Vindius tamen, dum consulit Julianum, in ea opinione est, ut putet, non alias ius adcrendi esse, quam in coniunctis; qui responso ait: nihil refert, coniunctim an separatim relinquatur.* Vindius oder Vinidius Verus (vgl. Rudorff Rechtsgeschichte I. S. 177.) stimmte also mit Atilicinus (oben S. 107. Anm. 42.) — Das „*nec*“ oder „*nihil refert*“, ist übrigens nach L. un. §. 11. cit. nicht mehr ganz wahr.

anderen in Wirksamkeit tritt, einstweilen jener allein den ganzen Nießbrauch hat, weil der andere noch nicht mit ihm concurrirt⁴⁷⁾, so hat im obigen Falle der eine jetzt allein den ganzen Nießbrauch, weil der andere nicht mehr mit ihm concurrirt. Anders verhält es sich, wenn zwei oder mehreren Personen das Eigenthum derselben Sache vermacht ist. Wenn hier beide oder alle das Legat erwerben, so erwirbt jeder das Eigenthum nur zum Theil (*pro parte indivisa*), und diese Theilung ist definitiv für alle Zeit. Das Theileigenthum wird ein Bestandtheil des Vermögens jedes einzelnen Legatars, eben so, wie wenn es aus irgend welchem anderen Rechtsgrunde demselben erworben wäre; der Umstand, daß es durch Legat erworben ist, kommt weiter nicht mehr in Betracht und das Vermächtnisrecht der Collegatäre hat keinen Einfluß mehr auf das rechtliche Schicksal dieses Theileigenthums. Doch kann nach Justinianischem Recht allerdings wohl beim Eigenthumsvermächtniß ähnliches vorkommen, wie bei dem des Nießbrauchs, wenn nemlich zweien das Eigenthum derselben ganzen Sache vermacht ist, dem einen aber mit einer Beschränkung der Dauer (*ad diem* oder *conditionem*). Nach älterem Rechte war dies unwirksam; erst Justinian hat es für gültig erklärt, mit der Wirkung, daß die oder *conditione* existente das Vermachte dem Vermächtnisträger zurück zu erstatten sei⁴⁸⁾. Wäre dies schon zur Zeit der classischen Juristen Rechtens gewesen, so würden vermuthlich auch diese in dem genannten Fall dem nicht auf Zeit beschränkten Collegatar ein Anwachsungsrecht zuerkannt haben, wie es Vangerow a. a. D. S. 537. für das Justinianische Recht als unzweifelhaft behauptet.

47) Vgl. oben S. 106.

48) L. 26. Cod. de legat. VI. 37. vgl. L. 55. D. de legat. I.

Das Anwachsungsrecht des Nutznießers in dem fraglichen Falle ist also nicht als etwas absonderliches, als eine Ausnahme von der Regel aufzufassen; es erklärt sich einfach als Folgerung aus der Natur des *Ususfructus* in Verbindung mit dem Satze, daß, wenn Mehreren dasselbe vermacht ist, *concurso partes fiunt, concurso d. i.* wenn und so lange ein solcher stattfindet⁴⁹⁾. Man kann auch sagen, daß dies dem muthmaßlichen Willen des Erblassers ganz entsprechend sei. Wenn dieser dem A und dem B oder in kollektiver Bezeichnung z. B. gewissen Verwandten oder den Mitgliedern einer bestimmten Gesellschaft zusammen den Nießbrauch einer Sache vermacht hat, so liegt nichts näher, als dies so auszulegen, daß den Erben die Proprietät vorbehalten, der Nießbrauch aber, so lange noch eine jener dazu berufenen Personen denselben behaupten könne, entzogen sein solle, nur die wirklich concurrirenden den Fruchtgenuß unter sich zu theilen haben, und mit Recht wird daher das Anwachsungsrecht in diesem Falle auch nach neuerer Gesetzgebung, wenn gleich diese eine ausdrückliche Bestimmung darüber nicht enthält, anerkannt⁵⁰⁾.

Indessen ist obige Erklärung von neueren Schriftstellern mehrfach als unbefriedigend angefochten und sind verschiedenartige Versuche gemacht worden, die Zulassung des Anwachsungsrechts in dem fraglichen Falle zu erklären. Diese Versuche knüpften sich zunächst wieder an den in L. 1. §. 3. cit. angeführten Ausspruch von Celsus und

49) Vgl. vorzüglich *Maiansius disput. iur. Nro. XXXVIII. de iure accrescendi. §. 37. Glück a. a. O. S. 282., auch Lelièvre l. c. pag. 35.*

50) So Unger im österr. Erbrecht §. 71. Anm. 5. gegen Stubenrauch *Comment. II. S. 512. Note **. Dieselbe Ansicht vertheidigt für das französische Recht gegen Andersmeinde ausführlich *Lelièvre a. a. O. cap. IV. pag. 93—102.*

Julianus an, auf den auch schon Cuiacius sich stützte, um seine Ansicht, daß das eigenthümliche Anwachsungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs aus der Natur dieses Rechtes sich erkläre, zu begründen⁵¹⁾. Die Natur des Nießbrauches, sagt man, bestehe darin, daß der Nutznießer zu jeder Zeit, wie eben die Sache eine Frucht darbiete, diese für sich beziehen könne; zur Entstehung des Rechts werde daher die rechtliche und thatsächliche Möglichkeit einer Fruchtnutzung vorausgesetzt, es entstehe eben als wirksames Recht dann auch immer auf's Neue, sowie sich fort und fort jene Möglichkeit ergebe⁵²⁾. Diese Auffassung hat namentlich Heimsoeth a. a. D. S. 14. fg. wieder hervorgezogen, genauer zu entwickeln und gegen Einwendungen zu vertheidigen versucht, und diese Ausführung ist auch von Schneider a. a. D. S. 288. beifällig aufgenommen worden, indem er jedoch sie noch einer Ergänzung bedürftig hält.

Allein jene Ansicht, welche das Recht des Nießbrauchs gar nicht mehr als ein einheitliches dingliches Recht gelten läßt, dasselbe in die einzelnen Befugnisse, die seinen Inhalt bilden, als eine Reihe von einzelnen Rechten, die, je nachdem eine Nutzung sich ergibt, immer erst neu entstehen, zerblättert, ist durchaus unhaltbar, eine Verkünstelung, auf die gewiß Niemand verfallen wäre, wenn er nicht zur Erklärung eines sonst vermeintlich unerklärlichen Satzes

51) Cuiac. in paratitlis ad Dig. lib. VII. 2. (opp. I. col. 748.) u. ad Africanum tractat. V. ad L. 2. D. h. t. (opp. I. col. 1336. sq.); vgl. auch Donelli comment. X. 23. §. 9—11.

52) Man beruft sich dabei auf L. 1. pr. D. quando dies ususfr. VII. 3. „Quamquam usufructus ex fruendo consistat, id est, facto aliquo eius, qui fruitur et utitur“, und §. 2. ibid. „tunc enim constituitur usufructus, quum quis iam frui potest“.

ihrer zu bedürfen geglaubt hätte. Unter Lebenden wurde nach altem Recht der *Ususfructus* durch *in iure cessio* bestellt. Sollte diese etwa nur das Recht geben, die zur Zeit fällige Fruchtnutzung zu beziehen? Wenn jene Auffassung durch die Natur des Nießbrauchs geboten wäre, so hätte man auch hier sagen müssen: *quotidie ususfructus constituitur*“, und so hätte man, da *nulla legis actio prodita est de futuro* ⁵³⁾, wohl gar verlangen können, daß die *in iure cessio* an jedem Tage wiederholt werde, oder nach der freieren Ansicht, die auch eine *in iure cessio ex die* zuließ, wenigstens verlangen müssen, daß bei der scheinbaren *Vindicatio* ausdrücklich das „*quotidie*“ in der Formel ausgesprochen werde. Und wenn heute ernstlich vindicirt wurde: *ius utendi fructu Auli Agerii esse*, so hätte an anderem Tage nach neuer Fruchterzeugung wiederum vindicirt werden können, ohne die *exceptio rei in iudicium deductae* fürchten zu müssen, da durch die *Litiscontestatio* der nachher neu constituirte *Ususfructus* noch nicht *in iudicium* deducirt sein konnte. Die genannten Rechtsgelehrten fehlen auch darin, daß sie in ihrer Erörterung zu viel Gewicht legen auf die Allmähligkeit der Fruchterzeugung; sie übersehen, daß in dem *Ususfructus* auch das *ius utendi* liegt. Dieses kann regelmäßig sofort ausgeübt werden, wie der *Ususfructus* constituirte ist, wenn auch von Fruchtbezug noch keine Rede sein kann, weil keine Früchte da sind, und kraft seines Rechts kann der Nutznießer auch sofort die Detention der dienenden Sache erlangen, und übt sein Recht des *Ususfructus* aus, indem er in dieser Willensmeinung die Sache detinirt, dem Sklaven befiehlt, ihm die Kleider zu putzen, das Fruchtfeld mit Saaten bestellt u. s. w., ja, auch nur die Ausübung seines Rechts einem Andern z. B. kauf-

53) Vat. fragm. §. 49.

weise, für alle Zeit überläßt. So auch bei vermachtem Nießbrauch, sobald dies *legati cessit et venit* ⁵⁴⁾, und so, wenn Mehreren der Nießbrauch vermacht ist, für jeden Collegatar, wenn für alle das Recht erworben ist. Von da an läuft ihm denn auch die Verjährung seines Rechts, wenn er dasselbe in keiner Weise ausübt. Durch die Vollendung dieser erlöschenden Verjährung aber wird dann das Recht des Nießbrauchs ganz vernichtet, der Berechtigte seines Rechts für alle Zeit verlustig ⁵⁵⁾. Darin liegt das stärkste Argument gegen die Theorie, daß *quotidie constituitur ususfructus*; denn unzweifelhaft kann nur ein *ususfructus iam constitutus non utendo* verloren werden ⁵⁶⁾; Heimsoeth erkennt dies als ein unüberwindliches Gegenargument gegen seine Auffassung an. Aber kaum minder bedenklich erscheinen auch ihm zwei andere Argumente, die er schwach abwehrt: daß nemlich nur ein *dies cedens* für das Vermächtniß des Nießbrauchs angenommen wird ⁵⁷⁾, und, daß auch durch *capitis deminutio*

54) L. un. pr. §. 2. D. quando dies ususfr. leg. cedat. VII. 3.

55) Arndts' Pand. §. 194. not. I.

56) L. 19. quemadm. servit. amitt. VIII. 6.

57) Heimsoeth S. 18. glaubt dies nach Analogie des Vermächtnisses künstiger Früchte erklären zu können, wobei es stillschweigende Bedingung sei, daß Früchte entstehen, dennoch aber *dies legati mortis tempore cedit*. L. 25. §. 1. D. quando dies legat. XXXVI. 2., womit er dann L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. leg. VII. 2. in Verbindung bringt. Aber dieser Erklärung selbst nicht recht vertrauend und bemerkend, daß in Ansehung des Verlustes durch Nichtgebrauch die Regel nicht beachtet sei, sagt er S. 20.: *Unde nec veto, ne quis et in capitis deminutione et in diei cedentis doctrina a vera ususfructus natura* (nach seiner Auffassung nemlich) *Romanos recessisse dicat, et circa regulam illam inconsequenter,*

post diem legati cedentem der *Ususfructus* definitiv ganz und gar verloren wird.

Der *dies cedens* beim *Eigenthumsvermächtniß* hat wesentlich keine andere Bedeutung, als daß dadurch das *Vermächtnißrecht*, ungefährdet durch Verzögerung der *Erbantrittung* oder andere Umstände, so sicher gestellt wird, daß es auch auf die *Erben* des *Vermächtnißnehmers* übergeht; der *Erwerb* des vermachten Rechts setzt aber die *Erbantrittung* voraus und kann möglicher Weise noch weiter hinaus verschoben sein, z. B. bei dem *Vermächtniß* künftiger Sachen selbstverständlich bis zu deren *Entstehung*. Der vermachte *Nießbrauch* aber geht doch in keinem Fall auf die *Erben* des *Vermächtnißnehmers* über; daher ist es bei diesem von keiner Bedeutung, den Zeitpunkt, *quo dies legati cedit* und *quo venit*, zu unterscheiden; das vermachte dingliche Recht wird jedenfalls nicht vor der *Erbantrittung* erworben, dann aber regelmäßig ohneweiters; daher *dies legati usus fructus cedit adita hereditate*; nur wenn eine *Zeitbestimmung* den *Nießbrauch* noch hinauschiebt, „*dies eius nondum cedit, nisi quum dies venit.*“ Auf beide Fälle paßt der Satz: „*tunc enim constituitur ususfructus, quum quis iam frui potest*“, d. h. nicht, wenn der *Legatar* thatsächlich schon Früchte ziehen kann, deren vielleicht noch keine (natürliche) vorhanden sind, sondern wann er schon das *ius utendi fruendi* hat, berechtigt ist, die Sache zu nutzen⁵⁸⁾. Es war

quod raro accidit, ius Romanum excultum esse confiteri debeo.

- 58) Das „*frui*“ schließt auch das *uti* ein, und man braucht nicht mit *Pal* o *ander* zu lesen: *uti frui*, wie *fructuarius* sehr oft gleichbedeutend mit *usufructuarius* vorkommt. Es kann aber auch der *Legatar* die *legati cedente* sofort *frui* im engeren Sinn, wenngleich es an natürlichen Früchten fehlt, *vendendo* oder *locando usumfructum*. L. 12.

aber nicht zu umgehen, für den gesammten Ususfructus nur einen dies cedens zu statuiren. In diesem Zeitpunkte müßte der Legatar Testamentifactio haben, und in diesem Zeitpunkte müßte sich fragen, ob der Legatar auch capax sei; und wenn auch die jetzt vorhandene Incapacität noch innerhalb einer gewissen Zeit beseitigt werden konnte, so war doch eben diese Zeitfrist nur von einem bestimmten Zeitpunkt an zu bemessen; nach den Verhältnissen in demselben Zeitpunkt richtete es sich, ob der einem Sklaven oder Filiusfamilias vermachte Nießbrauch dem Herrn (und welchem Herrn) oder dem Vater erworben wurde: welche Verwirrung mußte sich ergeben, wenn angenommen wurde, daß bezüglich jeder neuen Fruchtreise ein neuer Ususfructus mit eigenem dies cedens entstehe, zumal da neben dem Bezug von neuentstehenden Früchten immerhin ein fortgesetztes uti der Sache, bei Tag und bei Nacht, eine ununterbrochene Detention der Sache, auch eine Art der Ausübung des Nießbrauchsrechtes, statthaben kam! Wer alles dieses genau erwägt, sollte doch, so scheint uns, mehr geneigt sein, eine freiere Auslegung eines Ausspruchs zweier

§. 2. D. de usufr. VII. 1. — Uebrigens lernen wir aus den fragm. Vat. §. 60. durch einen in den Digesten gestrichenen Zusatz zu L. 1. §. 2. D. quando dies usufr. VII. 3., daß Labeo in Betreff des dies cedens usufructus legati anderer Meinung war: *et Labeo quidem putabat, etiam ab apertis tabulis cedere, sicut ceterorum legatorum. Sed est verior Juliani diversa sententia; tunc enim constituitur usufructus, cum quis iam frui potest.* Das cursiv Gedruckte ist Restitution nach Huschke iurisprud. anteius. Die *apertae tabulae* hat dieser hineingebracht mit Rücksicht auf das Recht der lex Papia Poppaea; bedencklich, ob mit Recht, da Labeo ohne Zweifel schon vor diesem Gesetze Werke über das Recht verfaßt hat.

Juristen, ob auch Ulpian denselben elegant nennt, zuzulassen, als der römischen Jurisprudenz eine Inconsequenz vorzuwerfen, weil sie etwas annimmt, was fast eine juristische Nothwendigkeit war⁵⁹).

In anderer Weise construirt nun Schneider a. a. O. das Verhältniß, um den Schwierigkeiten, die Heimsoeth ungelöst übrig gelassen, zu entgehen. Durch den dies cedens, sagt er, werde zunächst für das ganze Rechtsverhältniß des Legatars nur festgestellt, daß seine Person als solche das zum *uti frui* berechnigte Subjekt sei, nicht aber werde dadurch auch schon das Objekt des Legates seinem ganzen Inhalt nach wirklich und gegenwärtig vergabt. Dies sei nicht früher denkbar, als bis der Legatar erhalten könne, was er erhalten soll, und das sei erst im Laufe der Zeit möglich; denn nicht die Substanz der Sache sei dem Legatar zugewiesen, sondern nur ein Recht, sie zu benutzen, also ein Recht auf ein Factum, das erst vorgenommen werden könne, wann und so oft es etwas an der Substanz zu nutzen gebe; jeder neue Gebrauch, jeder neue Fruchtgenuß geschehe durch das Legat; dieses vergabe den Nießbrauch dann und so oft, wann und als dieser sich constituirt, und dieser constituire sich dann und so oft wann und als die Bedingungen des *uti frui* vorhanden sind. Daraus folgert denn Schneider, daß der dies cedens, da er nur die Person im Allgemeinen zum Nießbrauch berechtere, nicht den Inhalt desselben fixire, auch dem Legat der *Conjuncti* nichts von seinem Gehalte, der Berufung zum Ganzen, entziehe; jede neue Nutzung geschehe immer

59) Vgl. Heimsoeth a. a. O. (oben S. 114 Anm. 57) gegen *Mazansius* a. a. O. Ungenau bezeichnet jener den Ausspruch des *Celsus* und *Julianus* als eine *regula*; er ist nur ein eleganter *dictum* zur Erklärung einer von allen *Auctores* anerkannten klaren Rechtsregel.

wieder in Folge des Legats, und der Anspruch auf das Ganze müsse wirksam sein und bleiben, sobald bei den folgenden Nutzungen die Concurrrenz aufhöre. Daß aber durch Nichtgebrauch und durch Capitisdeminutio der Nießbrauch ein für allemal für die Zukunft zerstört werde, findet der Verfasser mit dieser Auffassung leicht vereinbar.

Auch diese Construction leidet an dem Fehler, daß sie das einheitliche dingliche Recht des Nießbrauchs zersplittert in die einzelnen Befugnisse, welche kraft desselben dem Nutznießer zustehen. Nicht diese einzelnen Befugnisse, das heute mögliche Gebrauchen, das morgen mögliche Beziehen von Frucht, sind das Object des Legats, sondern das *ius utendi fruendi* im Ganzen, das einmal erworben sich fort und fort in einzelnen Nutzungen bethätigt, nicht bezüglich einer jeden erst neu entsteht, sondern als bestehendes nur ausgeübt wird, immer als das eine identische Recht. Jede einzelne Nutzung geschieht nicht, wie Schneider sagt, „durch das Legat“, sondern kraft des durch das Legat ein für allemal erworbenen Rechts. Wenn Schneider ausdrücklich auch jeden neuen Gebrauch betont, so versteigt sich diese ganze Auffassung wahrhaft bis in's Lächerliche. Wenn Jemand den Nießbrauch an einem Ziergarten hat und heute darin zu Abend speist, constituirt sich das Recht auf's neue, wenn er nach nächtlicher Ruhe morgen dort das Frühstück einnimmt? oder der Nießbrauch an einem Slaven, wenn der Herr auch ihm die Nachtruhe gönnt, aber anderen Tags wieder seiner Dienste gebraucht? Und wo ist der „neue Gebrauch“ zu finden, wenn der Usfructuar gegen einen Kaufpreis einem Andern die Ausübung seines Rechts überlassen hat? 60).

Indessen verbirgt sich in Schneider's Ausführung doch ein Element von Wahrheit. Durch den *dies cedens*

60) L. 38. 39. D. de usufr. VII. 1.

legati wird zunächst nur das Recht des Vermächtnisses für den Legatar festgestellt. Das Vermächtniß des Nießbrauchs weicht nun zwar darin von dem Eigenthumsvermächtniß ab, daß durch jenes die legati cedente auch sofort das vermachte dingliche Recht erworben wird, und daraus ergibt sich dann, wenn Mehreren der ganze Nießbrauch vermacht ist und gleichzeitig erworben wird, nothwendig, daß *concurso partes fiunt*; aber das Vermächtnißrecht jedes einzelnen war an sich doch auf den ganzen Nießbrauch gerichtet, und so kann es sich jederzeit noch geltend machen, wenn die Concurrrenz eines gleichberechtigten Collegatars nicht mehr im Wege steht, und das ist nach der Natur des Nießbrauchs immer möglich, weil die Dauer des Rechts in der Person des einen und des anderen Collegatars eine verschiedene sein kann. Schneider a. a. O. S. 286. gesteht, daß es an und für sich nicht schon überall ungedenkbar sei, daß der *Coniunctus* nach einmal geschehener Erwerbung noch in den frei werdenden Theil des Nießbrauchs eintreten könne; aber er sucht noch darnach, wie man sich das wirkliche Eintreten bestimmt juristisch vermittelt zu denken habe, und findet solche Vermittelung nicht in der reellen Coniunction, welche allerdings das Eintreten überhaupt bedinge; denn, so fragt er, warum endet gerade hier nicht ihre Kraft mit der einmaligen Erwerbung? Gerade hier? Er hätte eben so gut fragen können: warum endet sie bei dem Eigenthumsvermächtniß mit dem einmaligen Erwerb? und die Beantwortung dieser Frage würde darauf geführt haben, daß der Grund davon bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs nicht statthabe. Aber die Frage ist auch ganz falsch gestellt. Nicht die *re coniunctio* ist es, welcher die Kraft inwohnt, daß der eine Collegatar durch Wegfall des anderen das Ganze erwerben kann; diese Kraft liegt in dem Vermächtniß, das jedem Legatar das Ganze vergabt. Die *re coniunctio*,

die eben darin besteht, daß Mehreren dasselbe Ganze ver-
gabt ist, hat nur die Kraft, jeden auf einen Theil einzu-
schränken, wenn wirklich Mehrere concurriren, die Kraft
des an sich auf das Ganze gerichteten Vermächtnisses durch
den concursus plurium theilweise zu vernichten, aber
eben auch nur concursu, wenn und soweit ein solcher wirk-
lich stattfindet, und da steht nun nichts entgegen, daß die
ganze Kraft des Vermächtnisses unverkümmert sich geltend
mache, wenn auch erst, nachdem schon zwei Concurrenten
das Recht, jeder zum Theil, erworben haben, die Concur-
renz des einen wegfällt. Und das kann sich bei vermach-
tem Nießbrauch wohl, bei dem Eigenthumsvermächtniß (re-
gelmäßig) nicht ergeben. Mit Recht sagen denn auch An-
dere, daß die Eigenthümlichkeit des Anwachsungsrechts beim
Vermächtniß sich vollständig und einfach aus der beschränk-
ten Dauer des Nießbrauchs erkläre ⁶¹⁾, und darin kann
uns auch das eleganter dictum des Celsus und Ju-
lianus nicht irre machen, das buchstäblich streng ge-
nommen zu einer innerlich unhaltbaren Auffassung führt, mit
der auch das in handgreiflichem Widerspruche steht, daß nur
dann, wenn der ususfructus ausdrücklich in singulos dies
vermacht ist, sei es auch für alle Tage, gegen die Regel,
wornach semel dies cedit, täglich neue Entstehung des
Rechts angenommen wird, also, damit davon die Rede sein

61) Elvers a. a. D. S. 730. fg. Bangerow a. a. D. unter
Nr. II. a. G. Windscheid Pand. §. 645. Anm. 2. Dieser
bemerkt treffend: Der angegebene Grund sei in den Quellen
zu der Auffassung zugespitzt, „daß der Nießbrauch nicht,
einmal erzeugt, durch sich selbst bestehe, sondern daß er fort-
während in jedem Momente neu erzeugt werde“. Solcher
Zuspitzung brauchen wir keine Herrschaft über uns einzu-
räumen, so wenig wie einer ungenauen Definition, und
vollends verkehrt ist es, daraus eine Regel zu entnehmen.
Vgl. oben S. 117. Anm. 59.

könne, wenigstens vorausgesetzt werden müßte, daß der Testator ausdrücklich gesagt habe: *quotidie usumfructum do lego* ⁶²).

Doch ist noch eine andere Erklärung des eigenthümlichen Accrescenzrechts bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs zu erwähnen, welche von Baron a. a. D. als einzig befriedigende vertheidigt wird. Er behauptet, daß die Collegatäre, so lange sie concurriren, den Nießbrauch zusammen als ein Gesamtrecht haben, ungetheilt jeder in solidum, und erst bezüglich der theilbaren Früchte von einer Theilung die Rede sein könne; aus dieser Gesamtberechnung folge dann, daß der übrigbleibende das Recht des Wegfallenden gewinne und durch diesen nun nicht mehr im Bezug der Früchte beschränkt werde, während bei dem Eigenthumsvermächtniß sofort jedem ein Theileigenthum erworben werde, das als solches selbständig von dem Recht des anderen geschieden sei. Dieser Ansicht scheint Bangerow a. a. D. ein richtiges Prognosticon gestellt zu haben: daß sie schwerlich auf Anhänger rechnen dürfe. Unhaltbar ist die Ansicht, die ihr zum Grunde liegt, daß wohl das Eigenthum ein theilbares, der Nießbrauch aber ein un-

62) L. 1 pr. D. quando dies usufr. VII. 2. Bélièvre a. a. D. S. 36. fg. hat mit Rücksicht darauf jenes Dictum zu erklären versucht, indem er das „constituitur“ auslegt als „constitui potest“, und annimmt, wenn Mehreren der Nießbrauch vermacht werde, so sei das *quotidie* stillschweigend hinzugedacht. Diese Erklärung hat mit Recht keinen Beifall gefunden. Eher möchte man doch sich beruhigen bei der Erklärung des Majansius: Der ganze Nießbrauch ist jedem Collegatar für alle Zeit vermacht, so lange nicht ein Erlöschungsgrund des Rechtes eintritt; dies aber kann jederzeit in der Person des einen oder anderen sich ereignen; dann wird es so gehalten, als wenn er nun dem noch berechtigt bleibenden neu auf's Ganze ohne Concurrenz des Wegfallenden vermacht wäre.

theilbares Recht sei. Die Römer sprechen in gleicher Weise wie bei getheiltem Eigenthum auch beim Nießbrauch von Getheiltheit, von *divisus ususfructus, partis* oder *pro parte ususfructus* im Gegensatze von *totius rei ususfructus*, oder von *pars usus fructus* im Gegensatz von *totus usufructus* ⁶³). Das Verhältniß mehrerer Nutznießer ist, abgesehen von der Beschränkung ihres Rechts auf die Fruchtnutzung, ganz analog oder nahe verwandt dem Verhältniß von Miteigenthümern; wie keiner von diesen allein über die Substanz der Sache zu verfügen, allein den Gebrauch der Sache oder den Bezug ihrer Früchte sich anzumessen berechtigt ist, so auch kann keiner von jenen allein für sich das letzte in Anspruch nehmen, auch *percipiendo* nicht das Eigenthum der ganzen Frucht erwerben; wie das Eigenthum *pro parte indivisa* jeden körperlichen Theil der Sache ergreift, so auch haftet der partielle *Ususfructus* an der ganzen Sache in allen ihren Theilen, und ganz analog, wie bei gemeinschaftlichem Eigenthum, findet auch in Beziehung auf gemeinschaftlichen Nießbrauch das *iudicium communi dividundo* statt ⁶⁴). Man kann das

63) L. 5. D. de usufr. VII. 1. L. 1. §. 3. 4. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 4. 7. 9. 10. 11. D. h. t. VII. 2. L. 3. §. 2. L. 14. 25. D. quib. mod. usufr. amitt. VII. 4. L. 26. §. 1. L. 31. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcoid. XXXV. 2. Vat. fr. §. 68. 75. 77—80. 82.

64) L. 13. §. 3. D. de usufr. VII. 1. L. 7. §. 7. 10. D. communi div. X. 3. L. 4. D. de aqua quotid. XLIII. 20. Verwunderlich ist es, daß Baron C. 171. fg. mit aller Bestimmtheit annimmt, erst Julian habe die Anwendung der *communi dividundo actio* zwischen *Usufructuaren* zugelassen, keiner der vor Julian lebenden Juristen daran gedacht, und darin ein Argument gegen die Theilbarkeit des *Ususfructus* findet. Celsus, dessen *Digesten* Ulpian in L. 13. §. 3. cit. als zustimmend anführt, war zwar Zeit-

Verhältniß des Miteigenthums mit gleichem Zug wie das Verhältniß gemeinschaftlichen Nießbrauchs als ein Gesamtrechtsverhältniß bezeichnen, muß aber zugeben, daß jeder einzelne hier nur vindiciren kann; *pro parte sibi ius esse utendi fruendi ea re*, wie dort: *pro parte eius esse eam rem*, wenn er sich nicht einer *plus petitio* schuldig machen will. Ist Mehreren der Nießbrauch einer Sache aus anderem Grunde als durch Vermächtniß erworben, so hat es keinen Sinn, diesen eine Gesamtberechtigung beizulegen, den Miteigenthümern nicht; nimmt man aber nur bei dem durch Vermächtniß (Vindicationslegat) begründeten Nießbrauch Mehrerer eine Gesamtberechtigung an, weil hier *Accrescenz* statt hat, so erklärt man diese nicht durch die Bemerkung (Baron S. 182.), dies folge aus der Gesamtberechtigung, sondern sagt in der That nicht mehr, als: weil hier der Uebrigbleibende das Recht des Wegfallenden gewinnt, so liegt hier vor, was ich Gesamtberechtigung nenne. Findet man aber die Gesamtberechtigung eben darin, daß die Kraft des für jeden Collegatar auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Vindicationslegates auch nach dem Erwerb immer noch sich wirksam erweisen könne, sobald durch Wegfallen eines Collegatars der andere von der Beschränkung durch die Concurrenz eines gleichberechtigten befreit ist, so trifft diese Erklärung wesentlich mit der oben gegebenen zusammen.

genosse des Julian, aber schon zum zweiten Mal Consul 19 Jahre früher als Julian zu dieser Würde gelangte, und nicht der Mann, von diesem erst sich vorsagen zu lassen, was *aequissimum* sei. Nach L. 4. cit. aber schrieb Julian im 41. Buche seiner Digesten: „*inter eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividendo iudicium reddi, plerisque placuit*“; es ist kühn, dies so auszulegen, daß erst, seitdem er im 38. Buch es ausgesprochen, das *aequissimum plerisque placuit*.

2) Bisher ist nur der Fall berührt worden, wenn Mehreren durch das Legat unmittelbar das dingliche Recht des Nießbrauchs erworben ist: wie verhält es sich, wenn Mehreren zunächst nur eine Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs erworben wurde? Diesen Fall berührt Glück a. a. O. nicht, weil ihm der Digestentitel keinen Anlaß dazu gab. Eine Forderung solchen Inhalts wurde nach altem Recht durch das Damnationslegat und Fideicommiß begründet; dabei aber gab es kein Anwachsungsrecht; daher waren darauf bezügliche Stellen der classischen Juristen nicht geeignet zur Aufnahme in den Digestentitel de usufructu accrescendo. Nun belehrt uns aber §. 85. der Vat. fragm., daß doch in einem Falle schon nach classischem Recht Anwachsungsrecht angenommen worden, obgleich das Legat zunächst nur eine Forderung erzeugte, in dem Falle nemlich, wenn Mehreren in Form des Vindicationslegates der Nießbrauch an einer fremden Sache vermacht war ⁶⁵). Auch diesen §. haben die Compileren nicht aufgenommen, weil er wegen seiner Beziehung auf die alte Verschiedenheit der Legate und das Sc. Neronianum ohne starke Interpolation in das Justinianische Recht nicht hineinpafste. Der Gedanke aber, der darin sich ausspricht, ist für das Justinianische Recht noch wohl verwendbar, sogar in weiterem Umfang, als es nach älterem Recht der Fall war. Nach L. un. §. 11. findet unzweifelhaft überall, wenn Mehreren der Nießbrauch an einer fremden oder des Erben Sache gültig vermacht ist ⁶⁶), Anwachsungsrecht statt. Hier wird nun die legati cedente den Legatarien zunächst nur eine persönliche Klage auf Bestellung

65) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 494. Anm. 6.

66) Gültig — daher an einer fremden Sache mit Kenntniß des fremden Eigenthums. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 152. fg.

des Nießbrauchs erworben, aber nothwendig jedem nur auf Bestellung pro parte, wenn alle Coniuncti das Legat erwerben. Es kann aber das Anwachsungsrecht auch post diem legati cedentem bis zur wirklichen Bestellung des Nießbrauchs noch eintreten, wenn einer der Collegatäre inzwischen stirbt oder auch nur eine Capitisdeminutio erleidet; denn dadurch wird nicht bloß der schon erworbene Nießbrauch zerstört, sondern auch die persönliche Klage auf Bestellung desselben⁶⁷⁾. Kraft des Anwachsungsrechts hat nun der übrigbleibende die Forderung auf Bestellung des ganzen Nießbrauchs; „erit danda totius (usufructus) petitio“, wie es in §. 85. cit. heißt, in Beziehung auf den Fall, wenn das Vindicationslegat ex Scto Neroniano als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde. Falls aber erst, nachdem beiden Collegatären der Nießbrauch wirklich bestellt war, der eine dessen verlustig wird, dann, heißt es daselbst, sine dubio dicendum est, ius accrescendi cessare. Das war nach classischem Recht vollkommen richtig. Der Ususfructus wurde durch in iure cessio bestellt; jedem Legatär aber nur pro parte; es konnte nicht beiden zusammen der ganze Ususfructus bestellt werden; das Recht beider Legatäre, als Ususfructus pro parte dimidia, bestand gesondert für sich, und die Endigung des einen berührte nicht das Recht

67) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. (Ulpian. lib. XVII. ad Sab.): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. In den Vat. fragm. §. 61. wird nach wahrscheinlicher Restitution der unleserlichen Worte als Beispiel angefügt: *velut si is ex stipulatu debeatur vel per fideicommissum legatumve per damnationem datus sit.* Vgl. auch L. 1 §. 1. D. l. c. mit fragm. Vat. §. 62. „si ante aditam hereditatem aut ante diem cedentem quis capite minutus est, constat non amitti“.

des andern ⁶⁸⁾. Indessen wurde doch in jenem Falle, quoniam exemplum vindicationis sequimur, nach der Meinung des Neratius billig gefunden, daß, nachdem der eine den erworbenen Theilnießbrauch verloren, dem andern eine utilis actio gegeben werde, um, dem Willen des Erblassers entsprechend, jetzt den ganzen Nießbrauch zu erlangen, sowie er diesen in Folge des Wegfallens seines Collegatars iure accrescendi haben würde, wenn das Vermächtniß ein wahres gültiges Vindicationslegat wäre ⁶⁹⁾.

68) Vgl. Baron a. a. O. S. 192.

69) An tamen in Neroniano . . . debeat dici utilem actionem amisso usufructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum“. Schneider a. a. O. beachtet diesen Satz des §. 85. cit. gar nicht, und versucht den vorhergehenden Satz: „ius accrescendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus“ auf gänzlich verfehlte Weise ohne Rücksicht auf das Folgende als „in dem innersten Wesen der Fiction begründet“ zu erklären. Die sogenannte Fiction besteht in nichts anderem, als darin, daß das in Form des Vindicationslegats angeordnete, als solches aber ungültige Legat gültig sein soll, als wäre es optimo iure, d. i. per damnationem relictum; wenn dies wirklich der Fall wäre, so würde die legati cedente die Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs (nur davon kann hier die Rede sein) definitiv unter die beiden getheilt sein; wenn gleichwohl bis zur wirklichen Bestellung des Nießbrauchs noch ein Anwachsungsrecht zugelassen wird, so ist dies nicht aus dem Wesen der Fiction zu erklären, der es vielmehr widerstreitet, sondern nur daraus, daß wegen des Gebrauchs der Vindicationsformel als Wille des Testators anzunehmen sei, es solle wie bei diesem, wenn einer wegfällt, der andere den ganzen Nießbrauch haben. Daß dennoch post constitutum usum fructum das Anwachsungsrecht nicht mehr stattfinden solle, ist nur daraus zu erklären, daß hier der Nießbrauch nicht, wie bei dem wahren Vindicationslegat, die legati cedente

Man hat diese utilis actio für eine utilis confessoria in rem actio gehalten ⁷⁰⁾. Mir scheint das nicht richtig. Ich halte dafür, daß unter der utilis actio eine utilis in personam actio gegen den onerirten Erben zu denken sei, darauf gerichtet, daß derselbe dem Legatar nach dem Wegfall des Collegatars nun auch den Theil des Ususfructus, den er diesem in iure cedirt hatte, verschaffe, als welcher ihm, wenn das Legat ein wahres Vindicationslegat wäre, nun iure accrescendi von selbst zugefallen sein würde. Hatte der Erbe, nachdem er sich, um seiner Verbindlichkeit zu genügen, das Eigenthum verschafft, oder auch durch ihn veranlaßt der Eigenthümer der Sache jedem der Collegatare partis usumfructum in iure cedirt, so konnte unmöglich, wenn der eine von diesen starb oder Capitisdeminutio erlitt, jenes ius accrescendi zu Gunsten des anderen eintreten; es konnte diesem auch nicht einmal utilis confessoria actio ohneweiters eingeräumt werden, gegen den Proprietar, der ja ein Anderer sein konnte als der onerirte Erbe. An diesen mußte er sich halten, um den Vortheil des Anwachsungsrechts zu erlangen. Nach Analogie des Sc. Neronianum eine utilis in rem actio zu construiren, das läßt sich etwa denken, wenn der Nießbrauch per damnationem an einer Sache des Erblassers, die er nicht iure Quiritium im Eigenthum hatte, vermacht war, indem umgekehrt das per damnationem legatum

ipso iure, sondern erst durch in iure cessio constituirt wurde.

- 70) So Buchholz zu §. 85. cit., so, wie es scheint, auch Baron S. 191. und wohl auch Heimsoeth S. 33., der aber die utilis actio eigenthümlicher Weise erklärt als „secundum analogiam Soti Neroniani formata actio“. Mayer Recht der Anwachung S. 140. fg. charakterisirt die utilis actio: „wie wenn per vindicationem wirksam legirt worden wäre“.

behandelt wurde, als wäre es per vindicationem legirt; aber wie in dem Fall, wenn der Nießbrauch an einer fremden Sache vermacht war, dieselbe zu construiren, ist schwer zu erfinden. Nur auf dem Wege, scheint es, konnte man hier zu einer utilis confessoria gelangen, daß der Eigenthümer den beiden Legataren gemeinschaftlich per traditionem oder wie bei Provincialgrundstücken pactis et stipulationibus den Nießbrauch überließ, mit der Bestimmung, daß er so lange, als einer von ihnen übrig bleibe, ganz bestehen bleibe. Nach Justinianischem Rechte kann nun überall schon durch bloßen Vertrag (nach der strengeren Meinung wenigstens, wenn noch Quasitraditio hinzukommt) von Seiten des Eigenthümers das dingliche Recht des Nießbrauchs vollkommen bestellt werden, und dabei hat es gar kein Bedenken, das Anwachsungsrecht vorzubehalten; es kann auch jedem Collegatar vorerst für seinen Theil der Nießbrauch definitiv eingeräumt werden, für den Theil des andern Legatars in Voraus von der Zeit an, daß der andere wegfallt, da durch Vertrag die Bestellung des Nießbrauchs ex die unbedenklich zulässig ist, oder es kann auch dem Collegatar, der zuerst sich meldet, der Nießbrauch schlechthin eingeräumt werden, aber mit der Beschränkung, daß er sich die Concurrrenz des andern müsse gefallen lassen, wenn und so lange auch dieser kraft des Vermächtnisses zum Nießbrauch berechtigt sein werde ⁷¹⁾.

So ist die Behandlung dieses Falles im Justinianischen Rechte sehr erleichtert. Es kann aber der Fall sein, daß der Vermächtnispflichtige das Eigenthum der Sache, um selbst den Nießbrauch zu bestellen, oder die Bestellung des Nießbrauches von Seiten des fremden Eigenthümers nicht oder nur gegen unverhältnißmäßig hohen Preis zu erkaufen im Stande ist ⁷²⁾. Alsdann bleibt nichts anderes

71) Vgl. oben S. 83.

72) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 159. fg.

übrig, als den Collegataren eine entsprechende Entschädigungssumme zu zahlen, nach Analogie des Falles, wenn der Erblasser wissentlich Jemanden das Eigenthum einer fremden Sache vermacht hat. Diese Entschädigungssumme kann für jeden der Collegatave besonders festgestellt werden, mit Rücksicht nicht nur auf seinen Theil des Nießbrauchs, sondern auch auf die wahrscheinliche Dauer desselben in seiner Person, und dann kann von einem Anwachsungsrechte weiter keine Rede sein. Man könnte aber etwa auch eine bestimmte Summe nach dem wirklichen Werthe der Sache, an welcher der Nießbrauch vermacht ist, festsetzen und an dieser nun den Collegataren den Quasiusufructus zuschreiben. Dies führt uns zu der Frage, wie denn auch bei einem Mehreren vermachten Quasiusufructus ein Anwachsungsrecht praktisch sich erweise?

Kein Zweifel, daß auch darauf L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. anwendbar ist. Wenn dem A und dem B zusammen eine Summe Geldes zum Nießbrauch vermacht ist, so kann ohne Zweifel A gegen entsprechende Cautionsleistung die Auszahlung der ganzen Summe begehren, falls B schon ante diem legati cedentem oder auch erst später, aber vor Geltendmachung seines Rechts, gestorben ist oder das Vermächtniß ablehnt. Concurriren beide, so hat jeder nur auf den Nießbrauch der Hälfte jener Summe Anspruch. Wie nun, wenn, nachdem jedem zur Hälfte die Summe wirklich zum Nießbrauch ausgezahlt ist, B vor dem A mit Tod abgeht oder eine Capitisdeminutio erleidet? In Consequenz des oben Ausgeführten muß behauptet werden, daß nun A iure accrescendi auch den Nießbrauch der anderen Hälfte in Anspruch nehmen könne. Hat der mit dem Vermächtniß beschwerte Erbe vermöge der Caution des B dessen Hälfte bereits zurückempfangen, so kann nun A mit der Vermächtnißklage denselben zwingen, daß er ihm jetzt gegen verstärkte Caution die fragliche

Summe herausbezahle; sonst muß der Erbe dem A wenigstens die Klage aus der Caution gegen B oder dessen Erben abtreten, die aber, wenn sie rückzahlen, von ihrer Cautionverbindlichkeit natürlich befreit werden müssen. In dessen kann wohl auch die Cautionleistung von vornherein so eingerichtet werden, daß jeder Legatar sich verpflichtet, zunächst dem überlebenden Collegatar die Hälfte des Kapitals und dieser dann nach völliger Endigung des Nießbrauchs dem Erben das ganze Kapital zurückzuzahlen habe. Ist eine verzinsliche Kapitalforderung Gegenstand des dem A und B vermachten Nießbrauchs, so realisirt sich, so lange das Kapital nicht abgetragen wird, das Anwartschaftsrecht des A nach dem Tode des B einfach dadurch, daß er nun den Zinsgenuß, den er bisher mit B theilen mußte, allein hat. Nachdem die Hauptschuld bezahlt worden, stellt sich die Sache so, als wie in dem Fall, wenn ursprünglich die Kapitalsumme zum Nießbrauch beiden vermacht war; es kann aber auch dieselbe auf's Neue verzinslich angelegt werden, etwa im Einverständnis mit dem Vermächtnisträger, dem jedenfalls der Rückfall des Kapitals nach Beendigung des ganzen Nießbrauchs gesichert werden muß⁷³⁾.

73) Ob derjenige, dem der Nießbrauch an einer Forderung vermacht ist, das Recht habe, die Forderung einzuklagen, ist bekanntlich streitig. Vgl. Glück im Comment. Th. 9 S. 404. fg. und die neuere Literatur bei Windscheid Band. I. §. 209. Anm. 9. Wo es anzunehmen, wie bei unverzinslicher Forderung nicht zu bezweifeln ist, kann dann jedem Collegatar die Klage nur pro parte eingeräumt werden, und ist das von dem einen Empfangene nach Endigung des Nießbrauchs dem anderen zum Nießbrauch zuzuwenden. Jedemfalls kann aber der Schuldner freiwillig die Schuld abtragen, auch die unkündbare Rente durch Rückzahlung des Kapitals ablösen; dann ist es mit dem Nießbrauch zu halten, wie wenn an der Summe der Nießbrauch vermacht wäre. Falls aber den Legataren nicht die Befugniß zustand, das

3) Eine andere Eigenthümlichkeit des Anwachsungsrechts bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs ist die, daß selbst dem Collegatar, der zu seinem Theil des Nießbrauches verlustig geworden ist, doch noch durch späteres Wegfallen des anderen Collegatars anwachsen kann. Auch dieses ist schon von Glück a. a. O. S. 286. fg. ausführlich besprochen und daselbst die betreffende Hauptstelle, L. 10. D. h. t., die mit dem Satze schließt: „ususfructus enim personae aderescit, etsi fuerit amissus“⁷⁴⁾, in Uebereinstimmung mit H. v. Suerin⁷⁵⁾ erklärt worden, unter Berufung zugleich auf die Autorität der Basiliken⁷⁶⁾, die sie im Wesentlichen allerdings bestätigen. Und diese Er-

kapital zu fordern, so wird man billig dem Proprietar einräumen, daß auf seinen Namen das Kapital anderweitig verzinslich sicher anzulegen und den Legataren nur die Klage auf die Zinsen abzutreten sei, so lange der Nießbrauch beider oder eines von ihnen besteht. Bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs an einer verzinslichen Hypothekarforderung wird dies wohl meistens dem Willen des Vermächtnißgebers entsprechend gefunden werden. Und das Vermächtniß des Nießbrauchs an einem Ewiggelbkapital ist gewiß in der Regel nicht so auszulegen, daß dem Legatar freistehen solle, durch Verkauf der Ewiggelbbriefe sich die Hauptsumme zu verschaffen.

74) Vgl. L. 14. §. I. D. de exc. rei iud. XLIV. 2. „ususfructus non portioni, sed homini aderescit“. L. 33. §. 1. D. de usufr. VII. 1.

75) Quaest. de usufructu accrescendo in Otto's thesaur. IV. col. 101 — 128., col. 116 — 120. Nach der Angabe von R. Witte in Weiske's Rechtslexikon I. S. 324. Anm. 256. soll dieselbe Erklärung außer den Basiliken auch schon in einer ungedruckten Glosse des Hugolinus enthalten sein.

76) Basil. XVI. 2. cap. 10. (ed. Heimb. vol. II. pag. 192. vgl. das supplementum von Zachariä S. 97. fg.).

Klärung hat denn auch sonst Beifall gefunden⁷⁷⁾. In einem Punkte jedoch bedarf dieselbe einer Berichtigung. Suerin nehmlich, indem er, eben so wie die Basiliken, richtig annimmt, daß der erste Collegatar während des Rechtstreites mit demjenigen, qui liti se obtulit, non utendo sein Recht des Nießbrauches verloren habe, setzt zugleich voraus, daß in der Person des anderen Legatars der Nießbrauch nicht aus demselben Grunde, sondern durch den Tod oder durch Capitisdeminutio geendigt sei, behauptend, daß, wenn der eine Collegatar durch Nichtgebrauch sein Recht verloren habe, dessen Theil nicht dem anderen anwachse, sondern dem Proprietar zufalle, und auch darin stimmt Glück ihm bei. Diese Behauptung aber ist unhaltbar und hat Suerin mit allem Aufwand von Scharfsinn nicht sie zu begründen vermocht. Die L. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4., die auch Glück a. a. O. S. 292. Ann. 58. dafür anführt, beweiset sie durchaus nicht. Sie sagt nichts anderes, als daß durch Nichtgebrauch der Nießbrauch wohl auch nur zum Theil verloren werden könne (vel certae partis vel pro indiviso usumfructum amitti posse), so daß also z. B., wenn der Nießbrauch an einem ganzen Grundstück zusteht, durch Nichtausübung seines Rechts bezüglich eines locus certus oder Beschränkung seiner Ausübung auf eine pars pro indiviso zum Theil des Nießbrauchrechtes verlustig werde; sie gibt aber nicht im Mindesten das Recht, auch nur zu vermuthen, daß in solchem Fall, wenn ein Collegatar zu seinem Theil non utendo den Nießbrauch verliert, nicht Anwendung finde, was L. 1. §. 3. D. h. t. sagt: quum primum itaque non inve-

77) Lebhaft angefochten wurde dieselbe zwar von R. Witte, Abhandlungen aus dem Gebiete des R. R. Berlin 1817. Nr. I. Aber dieser hat im Rechtslexikon a. a. O. seine abweichende Erklärung selbst zurückgenommen.

niet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum. Und eben so wenig beweist L. 14. D. eod., welche nur sagt: *Excepta capitis minutione vel morte reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt*: durch den Tod oder *Capitisdeminutio* des Usufructuars, natürlich, wird der Nießbrauch ganz beendet; auf andere Weise, vorzüglich gerade durch Verjährung, kann er wohl auch nur zum Theil endigen; was aber die Endigung des Nießbrauchs in der Person dessen, der nur zum Theil den Nießbrauch hat, für Folgen habe, darüber sagt die Stelle nichts. Vollends verwegen endlich ist es, wenn Suerin aus L. 34. pr. D. de legat. I. den Satz herbeizieht, daß *coniuncti* (dort nehmlich *re et verbis coniuncti* gegenüber anderen *re coniuncti*) als eine Person zu betrachten seien⁷⁸⁾, daher, wenn einer von ihnen *non utendo* den Nießbrauch verliere, dies eben so zum Vortheil des Proprietars gereichen müsse, als wenn der einzige Usufructuar *pro parte non utendo* des Nießbrauchs verlustig werde. Mit Recht haben daher die neueren Bearbeiter dieser Lehre jene Meinung des Suerin verworfen⁷⁹⁾. Die L. 10. cit. erklärt sich auch ohnedies vollkommen befriedigend, wie Keller zuerst angedeutet hat⁸⁰⁾, wenn man nur die Worte „*a possessore*“ übersetzt: „von dem Beklagten“, und nicht, wie Suerin von einem anderen Beklagten, als demjenigen, *qui liti se obtulit*, sondern eben von diesem selbst versteht. Wenn ein Collegatar mit einem, *qui liti se obtulit*, *litem contestat*, dann während des Rechtsstreites *non utendo* sein

78) Vgl. den Commentar Th. 46. S. 508. fg.

79) Lelièvre l. c. pag. 51. sq. Heimsoeth l. c. pag. 25. sq.

80) Ueber Litiscontestation und Urtheil nach classischem R. R. (1827) S. 177. fg.

Recht verliert, dann aber auch der andere Collegatar wegfällt, so ist die Verurtheilung jenes Beklagten nur mit Rücksicht auf die *Restimatio* desjenigen Theils des Nießbrauches, den der Kläger *post litem contestatam non utendo* verloren hat, zu bestimmen; der Theil des nachher wegfallenden Collegatars kommt bei jener Verurtheilung nicht in Betracht, da dieser Theil dem Kläger *iure accrescendi* zufällt, ungeachtet er zu seinem ursprünglichen Theil sein Recht verloren hatte ⁸¹⁾. So ist der Fall der L. 10. cit. zu denken und dessen Entscheidung zu erklären, und damit stimmen auch die Basiliken überein.

Der Satz übrigens, daß *homini, non portioni accrescit*, daß also auch demjenigen, der zu seinem Theil den Nießbrauch verloren, doch noch der Theil des später wegfallenden Collegatars zuwachsen kann, erklärt sich aus demselben Gesichtspunkte, wie die oben unter Nr. 1 besprochene Eigenthümlichkeit ⁸²⁾. Das Vermächtnisrecht jedes einzelnen Collegatars ist an sich auf den ganzen Nießbrauch gerichtet, und das macht sich immer noch geltend, wenn der eine durch Wegfall des anderen von dessen Concurrency befreit ist; und dies wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß jener vorher zu seinem Theil den Nießbrauch verloren hat, da das Recht an seine Person geknüpft ist und ein nur auf seinen bisher durch die Concurrency des anderen bestimmten Antheil bezüglicher Verlustgrund nicht die Kraft haben kann, ihm den ganzen Nießbrauch, auf den er kraft

81) So auch Heimsoeth l. c. pag. 25. Rosshirt I. S. 620. Schneider a. a. D. S. 295. Witte im Rechtslexikon a. a. D. Bangerow Band. §. 554. Anm. I. Nr. III.

82) Vgl. Bangerow a. a. D. — Baron S. 182. glaubt, auch dieses sei nicht anders, als aus der von ihm construirten Gesamtberechtigung zu erklären. Vgl. oben S. 121.

seines Vermächtnisrechtes nach Wegfall des Concurrenten Anspruch hat, definitiv zu entziehen, so wie er, wenn er als alleiniger Usufructuar z. B. *non utendo pro parte* den Nießbrauch verloren hat, nichtsdestoweniger noch zu dem übrigen Theil sein ursprünglich auf das Ganze gerichtetes Recht behauptet. So lange aber der Legatar durch die Concurrenz des Collegatars auf einen Theil eingeschränkt war, konnte er *non utendo* auch nur zu diesem Theil sein Recht auf den Nießbrauch verlieren; es kann ihm nicht als *non uti* zugerechnet werden, daß er nicht eine Fruchtung ausübte, wozu er einstweilen nicht berechtigt war.

Damit aber der obige Satz Anwendung finde, muß vorausgesetzt werden, daß die Endigung des Usufructus in der Person des ersten Collegatars nicht durch ein die Person betreffendes Ereigniß herbeigeführt worden sei, durch welches dessen Recht total zerstört würde, wenn er allein den ganzen Nießbrauch hätte, und darum auch sein Vermächtnisrecht, insofern es eventuell noch auf den ganzen Nießbrauch geht, total zerstört werden muß. Von selbst versteht es sich, daß von dem *homini accrescere* keine Rede sein kann, wenn der eine Collegatar durch den Tod weggefallen war und dann der andere aus irgend welchem Grunde ebenfalls den Nießbrauch verliert oder auch mit Tod abgeht; hier ist kein *homo* mehr vorhanden, dem *accresciren* könnte. Aber mit dem Tode muß in dieser Beziehung auch die *Capitisdemutatio* gleichgestellt werden. Der Collegatar, der durch diesen Nießbrauch verloren hat, kann nicht mehr *iure accrescendi* den Nießbrauchs-Antheil des Mitberechtigten erwerben, wenngleich er den Wegfall desselben erlebt. Das, oft übersehen oder wenigstens nicht genugsam betont, ist von Schneider a. a. D. S. 291. mit Recht hervorgehoben und damit stimmt auch Schlayer a. a. D. S. 346. fg. überein. Zwar scheint mir die L. 6. §. 2. D. h. t., die der letzte vor allem als beweisend anführt, nicht entscheidend

dafür zu sprechen. Wenn dem einen unbedingt, dem andern bedingt der Nießbrauch vermacht ist, so steht *pendente conditione* einstweilen dem ersten der ganze Nießbrauch zu, und wenn derselbe nun eine *Capitisdeminutio* erleidet, so verliert er auch den ganzen Nießbrauch, so daß dieser *existente conditione* dem anderen zukommt. Das sagt L. 6. §. 2. cit.⁸³⁾. Schlayer meint nun, das könne nicht gesagt werden, wenn der Verlust durch *Capitisdeminutio* noch ein eventuelles Anwachsungsrecht übrig lasse; denn dann müßte jener im Fall späterer Defizienz der Bedingung im Nießbrauch der einen Hälfte belassen werden. Dies aber scheint mir unrichtig. *Deficiente conditione* ist es so gut, als wäre dem zweiten der Nießbrauch nicht vermacht und nun entschieden, daß dem ersten allein der ganze Nießbrauch ohne Concurrrenz mit einem Collegatar erworben war, den er nun unwiederbringlich verloren hat, eben so wohl, wenn er vor als wenn er nach der Defizienz der Bedingung *Capitisdeminutio* erlitten hat. Man könnte etwa sagen, wenn durch Erfüllung der Bedingung der zweite den Nießbrauch erworben habe, so könne er diesen verlieren und so dann für den ersten ungeachtet seiner *Capitisdeminutio* noch das Anwachsungsrecht sich eröffnen, und das hätte ihm vorbehalten werden müssen, wenn nicht durch den Verlust aus diesem Grunde überhaupt jedes eventuelle Anwachsungsrecht ausgeschlossen würde. Aber wenn dies auch nicht Rechtens wäre, so ist es doch begreiflich, daß man denjenigen, der zu einer Zeit, da er allein Nießbraucher war, den ganzen Nießbrauch verloren hat, nicht wieder *iure accrescendi* zu demselben zuließ, in Folge des Wegfallens des anderen, mit dem er zu keiner Zeit concurrirte.

83) „*totius fundi usumfructum ad me pertinere interim et, si capite minutus fuero, totum amittere*“. Vgl. oben S. 82.

Auch L. 14. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. ⁸⁴⁾, die Schlayer S. 348. anführt, gibt nicht stringenten Beweis für dessen Ansicht; daraus, daß der capite minutus den Ususfructus, den er hat, nicht pro parte verlieren kann, folgt nicht nothwendig, daß derjenige, welcher nur pro parte den Ususfructus hat und diesen wegen Capitisdeminutio verliert, nicht mehr iure accrescendi einen Theil des Ususfructus, den er bisher noch nicht hatte, erlangen könne, wenn dieses sonst doch nach Verlust seines Theils für den Collegatar noch möglich ist. Allerdings aber entspricht es dem Wesen der Capitisdeminutio, daß nach Endigung des Nießbrauchs durch dieselbe, eben so wie nach Endigung durch den Tod des Usufructuars, jenes Anwachungsrecht nicht mehr statt habe. Mit Recht bemerkt Schneider a. a. O.: da jene die Persönlichkeit in der Totalität ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen zu Andern ergreife, so erscheine der Deminuirte nicht mehr als diejenige Person, die durch die einmalige Wirksamkeit des Legates als die honorirte festgestellt worden war, und könne daher aus diesem Legate nimmermehr noch Rechte für sich ableiten. Die Capitisdeminutio wird ja überhaupt dem Tode verglichen ⁸⁵⁾, und mit diesem oft, namentlich auch beim Ususfructus, zusammengestellt ⁸⁶⁾. Sie war gleichsam ein Entfallen der Person, welcher der Nießbrauch vermacht war, und, wenngleich sie sich ereignete zu einer Zeit, da der Legatar nicht den ganzen ihm vermachten Nießbrauch thatsächlich schon erworben hatte, weil ein Collegatar ihn durch seine Concurrrenz auf einen Theil einschränkte, so

84) Vgl. oben S. 133.

85) Gai. III. §. 153. „civili ratione capitis diminutio mortis fere dicitur“.

86) L. 14. D. cit. Gai. III. §. 101. I. §. 170. Ulpiani fragm. XI. §. 7.

mußte darum dieselbe doch das an sich auf den ganzen Nießbrauch gerichtete Vermächtnisrecht vollständig und somit auch die darin enthaltene rechtliche Aussicht auf die Accrescenz im Fall der Beseitigung des bisher ihn einschränkenden concursus zerstören, so wie schon die durch Damnationslegat begründete persönliche Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs durch die Capitisdeminutio zerstört wurde⁸⁷⁾. Insofern könnte man etwa, L. 14. cit. herbeiziehend, sagen: durch capitis deminutio könne der Ususfructus nicht pro parte verloren werden, daher auch der vermachte ganze Nießbrauch nur ganz, d. i. mit Einschluß derjenigen pars, die dem Legatar zur Zeit noch nur concursu collegatarii vorenthalten wird. Uebrigens ist diese Frage nach Justinianischem Rechte nur mehr von geringem Gewicht, weil darnach die minima capitis deminutio, die schon zur Zeit der classischen Juristen ein abgeschwächtes Wesen war, den Nießbrauch nicht mehr vernichtet, nach heutigem Recht ganz ohne Bedeutung, weil es darnach überall keine Capitisdeminutio mehr gibt⁸⁸⁾.

Das Anwachsungsrecht, das einem Collegatar auch nach dem Verlust seines Antheils am Nießbrauch noch beigelegt wird, soll jedoch nach der bis zur neuesten Zeit herrschenden Meinung einer wichtigen Beschränkung unterliegen: durch dasselbe soll der Legatar nie mehr den Theil, den er früher verloren hat, wieder gewinnen können⁸⁹⁾.

87) Vgl. oben S. 125 und überhaupt noch v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des R. R. I. S. 237. fg. 257. E. Kunze, Institutionen und Geschichte des R. R. II. S. 367.

88) Arnolds Pandekten §. 28.

89) Vgl. Glück a. a. D. S. 294. fg. Lelièvre l. c. pag. 53. Heimsoeth l. c. pag. 46. Schneider a. a. D. S. 295. fg. Baron a. a. D. S. 183 fg. Wangerow a. a. D. 7. Aufl. II. S. 538. fg.

Daher, z. B., wenn dem A und dem B der Nießbrauch vermacht ist, dann der erste durch Nichtausübung seines Rechts verlustig wird und somit der zweite den ganzen Nießbrauch erhält, darauf aber auch dieser wegfällt, soll der erste zwar kraft des ihm zukommenden Anwachsungsrechts den Nießbrauch zur Hälfte wiedererlangen, nicht aber den ganzen Nießbrauch und somit auch die vorher ihm verlorene Hälfte. Diese Regel ist aber neuestens von Schlayer a. a. O. unter Benutzung der Vaticanischen Fragmente scharf angefochten worden und damit hat auch Windscheid (Pand. §. 645. Anm. 3.) sich einverstanden erklärt. Es ist daher eine Erörterung dieser Streitfrage hier am Platze. Pelièvre a. a. O. findet eine Anwendung der fraglichen Regel in der oben S. 131 fg. besprochenen L. 10. D. h. t. Er nimmt an, derjenige, qui liti se obtulit, werde absolvirt, nachdem der Kläger non utendo den Nießbrauch verloren (re, de qua litigatur, interempta absolvitur); dann aber könne dieser gegen den wahren Besitzer immerhin die Hälfte des inzwischen weggefallenen Collegatars vindiciren, nur diese Hälfte, weil er die früher ihm selbst verlorene Hälfte nicht iure accrescendi wieder gewinnen könne, obgleich diese dem jetzt weggefallenen Collegatar accrescirt war. Darin ist nun wohl das erste jedenfalls unrichtig: wenn das Recht des Klägers zur Zeit der Litiscontestatio bestand und erst in Folge dieser non utendo erloschen ist, so muß der Beklagte, qui liti se obtulit, jedenfalls dem Kläger das ganze Interesse zu prästiren verurtheilt werden⁹⁰); sonst würde, wenn man unter dem possessor einen Dritten versteht, die Beschränkung der Klage gegen diesen allerdings wohl auf jene Weise sich erklären. Aber auch, wenn man mit Keller bei den Worten

90) L. 13. §. 13. L. 45. D. de hered. pet. V. 3.

„a possessore“ an denselben Beklagten denkt, qui liti se obtulit, kann man in dieser Stelle eine Anwendung jenes streitigen Satzes finden. Wenn nemlich dieser Satz nicht im Wege stände, so würde ja der Kläger nach Wegfallen des Collegatars, dem inzwischen der jenem verlorene Theil des Nießbrauchs accrescirt war, von selbst den ganzen Nießbrauch bekommen, also auch den ihm früher non utendo verlorenen Theil desselben; dann aber wäre nicht einmal Anlaß, den Beklagten auch nur zum Ersatz der verlorenen Hälfte des Nießbrauchs zu verurtheilen. Dagegen möchte man zwar einwenden: derjenige, qui dolo malo liti si obtulit oder possidere desiit, werde betrachtet ac si possideret ⁹¹⁾, und könne demnach zum Ersatz verurtheilt werden, und dieser bleibe dem siegreichen Kläger, obgleich er die vindicirte Sache selbst anderweitig wieder erlangt ⁹²⁾; wenn man nun dies auf den vorliegenden Fall analog anwende, so folge, daß es jenem Beklagten nicht zu Gute komme, wenn der Kläger auf anderem Wege den ihm während des Rechtsstreites verlorenen Theil des Nießbrauchs wieder gewinnt. Aber in L. 10. cit. wird offenbar vorausgesetzt, daß der Collegatar, welcher nicht litem contestirt hatte, auch schon vor dem Urtheil gegen den Beklagten, welcher liti se obtulit, den Nießbrauch verloren hat, also das Anwachsungsrecht des Klägers schon eingetreten ist, und wenn nun dadurch derselbe mittelbar zugleich seinen früher verlorenen Nießbrauchtheil schon wiedererlangt hätte, so könnte der Beklagte gewiß nicht noch zum Werthersatz dafür verurtheilt werden ⁹³⁾. Somit gibt L. 10. cit.

91) L. 131. 157. §. 1. D. de R. J. L. 17. L. 13. §. 13. D. de hered. pet. V. 3.

92) L. 7. D. de rei vind. VI. 1. L. 95. §. 9. D. de solut. XLVI. 3.

93) Vgl. Arndts' Pandekten §. 167. a. C.

allerdings ein nicht unbedeutendes Argument für den von der gemeinen Meinung bisher behaupteten Rechtsatz.

Die Hauptstelle aber, die man als Beleg für diese Regel anführt und auf die auch *Deliévre a. a. O.* sich beruft, ist *L. 3. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4.* (*Ulpian. lib. XVII. ad Sabinum*), deren Schlußsatz also lautet:

neque enim potest dici eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrecere; placet enim nobis ei qui amittit usumfructum ex eo quod amittit nihil adcrecere.

Auf den ersten Blick scheint hierdurch die fragliche Regel un widersprechlich bestätigt. Die ganze Stelle bezieht sich aber auf den Fall einer *repetitio* oder *relegatio* des *Ususfructus*, d. h. wenn der Testator demselben Legatar für den Fall, daß er durch *Capitisdeminutio* oder sonstwie des *Ususfructus* verlustig sein werde, denselben aufs Neue wiederum vermacht⁹⁴). In *L. 3. §. 1. cit.* wird nun die Frage aufgeworfen, ob unter den Collegataren, von denen der eine kraft solcher *Repetitio* den verlorenen Nießbrauch fortsetze oder wiedererhalte, auch das Anwachsungsrecht fortbestehe (an *inter eos ius adcrecendi salvum esset*)? und diese Frage wird unter Berufung auf *Papinian* bejaht, indem der Fall eben so zu beurtheilen sei, als wenn jenem Collegatar ein Anderer substituirt sei; diese seien, wenn auch nicht *verbis*, doch jedenfalls *re coniuncti*, und das war bei dem *Vindicationslegate* für das *ius adcrecendi* allein entscheidend. In *L. 3. §. 2. cit.* wird sodann ebenfalls nach *Papinian* der Fall besprochen,

94) „ut adiiciatur ‚quotiensque capite minutus erit, ei lego‘, vel sic ‚quotiens amissus erit‘; et tunc, si capitis minutione amittatur, videbitur repetitus“.

wenn dem Titius und Maevius der Ususfructus vermacht, in der Repetitio zu Gunsten des Titius aber diesem nicht der ganze Ususfructus, sondern nur ein Theil wieder vermacht war, und gefragt: an viderentur coniuncti? und Papinian's Entscheidung lautet: „si quidem Titius amiserit, totum socio adcrecere; quodsi Maevius amisisset, non totum adcrecere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire“. Diese Entscheidung nun ist es, die Ulpian billigt und durch den oben angeführten Schluß des §. 2. rechtfertigt. Nun aber besteht eine große Meinungsverschiedenheit darüber, wie eigentlich der von Papinian gesetzte Fall zu denken und dessen Entscheidung zu erklären sei, und davon hängt es ab, ob in dem obigen Schlußsatz Ulpian's wirklich eine Bestätigung der fraglichen Regel zu finden ist.

Keine Schwierigkeit macht es, daß, wenn Titius definitiv wegfällt, dem überlebenden Maevius durch Anwachsungsrecht der ganze Nießbrauch zukommen soll, da ihm ursprünglich dieser ganz vermacht war und er nunmehr darin durch keine Concurrnz beschränkt ist; schwierig aber ist die Erklärung des anderen Falles „quodsi Maevius amisisset“. Vangerow a. a. O. stellt folgende Erklärung auf: War dem Titius z. B. die Hälfte des Ususfructus relegirt, so concurrirt er im Falle des Relegats mit Maevius zu $\frac{1}{3}$, so wie wenn von Anfang an diesem der ganze Nießbrauch, jenem $\frac{1}{2}$ vermacht wäre, dem Maevius zu $\frac{2}{3}$, dem Titius zu $\frac{1}{3}$ der Nießbrauch zukommen würde. Titius hat also kraft des Relegats um $\frac{1}{6}$ weniger als er ursprünglich hatte, bevor er die Capitisdeminutio erlitten, nemlich $\frac{1}{3} = \frac{2}{6}$ statt $\frac{1}{2} = \frac{3}{6}$. Wenn nun nachher Maevius wegfällt, so erlangt Titius zwar kraft seines ursprünglichen auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Legats durch Anwachsung die Hälfte des Nießbrauchs, die ihm durch die Concurrnz des Maevius entzogen war, hat also jetzt $\frac{1}{3} + \frac{1}{2} = \frac{5}{6}$; das

$\frac{1}{6}$ aber, das er in Folge seiner Capitisdeminutio ungeachtet der Relegation von $\frac{1}{2}$ verloren hatte, kann er nicht durch Anwachsung wiedergewinnen, und fällt daher dieses $\frac{1}{6}$ an den Eigenthümer zurück. Dieser Auslegung treten aber zwei entscheidende Einwendungen entgegen: vorerst die, daß sie das ursprüngliche Legat des Titius rücksichtlich des Anwachsungsrechts noch fortwirken läßt, ungeachtet dieser durch Capitisdeminutio des erstvermachten Nießbrauchs verlustig geworden war⁹⁵); sodann, daß sie den Titius das $\frac{1}{6}$, das ihm von der relegirten Hälfte des Nießbrauchs durch die Concurrenz des Maevius entzogen worden, nicht beim Wegfallen des Letzten durch Anwachsung wieder erlangen läßt; dafür fehlt es an jedem Grunde, wenn man's auch als ausgemachte Regel voraussetzt, daß der Collegatar, der zu seinem Theil den Nießbrauch verloren hat, kraft des ihm noch bleibenden Anwachsungsrechts nicht auch den früher verlorenen Theil wiedergewinnen könne; denn in obigem Fall ist es ja nicht das ursprüngliche Legat, worauf Titius das Anwachsungsrecht gründet, sondern das Relegat als ganz neues Vermächtniß des Nießbrauchs zu $\frac{1}{2}$, das nur durch die Concurrenz des Maevius auf $\frac{1}{3}$ herabgedrückt wird, durch Wegfallen dieser Concurrenz dann von selbst wieder auf das wirklich vermachte $\frac{1}{2}$ sich steigert. Dem Resultat nach erscheint daher richtiger die von Bangerow verworfene Erklärung von Chesius und Heimsoeth; aber dabei ist freilich schwer begreiflich, wie Ulpian's Rechtsfertigung der Entscheidung Papinian's darauf paßt⁹⁶).

95) Vgl. oben S. 135 fg.

96) Chesius (interpr. iur. II. cap. 14. in Heineccii Jurispr. rom. et att. II. p. 420 sq.) nimmt an, daß Titius und Maevius in Ansehung der relegirten Hälfte zu gleichen Theilen concurriren, also M. im Ganzen $\frac{3}{4}$, T. $\frac{1}{4}$ erhalte, diesem aber durch Wegfall des ersten $\frac{1}{4}$ accrescere. Heimsoeth dagegen behandelt den

Auf andere Weise hat dann Baron a. a. O. die Schwierigkeit zu lösen versucht. Er nimmt an, daß Papinian nicht erörtere, welche Folgen der Wegfall des Titius und Maevius nach eingetretenem Relegatsfall äußere, sondern vielmehr die Rechtsverhältnisse bei Eintritt des Relegatsfalles behandle. Wenn nemlich zuerst Maevius wegfalle, so accrescere dessen Hälfte dem Titius; wenn alsdann Titius die Capitisdeminutio erleide, so erwerbe dieser nur die ihm relegirte Hälfte des Nießbrauchs, nicht aber auch die ihm früher durch Anwachsung zugekommene Hälfte des Maevius, die vielmehr an den Eigenthümer zurückfalle. Um aber dies in der Stelle zu finden, sieht er sich zu einer Correctur derselben genöthigt, nemlich anstatt „si quidem Titius amiserit quodsi Maevius amisisset“ zu lesen „si quidem Maevius amiserit quodsi Titius amisisset“ etc. Diese Umstellung der beiden Eigennamen scheint ihm sogar geboten durch den folgenden Satz „sed partem ad eum redire“, weil das *eum* sprachlich auf Maevius zu beziehen wäre, während doch sachlich hier nur an Titius gedacht werden könne. Aber diesem Mangel wäre durch eine leichtere Emendation abzuhelfen; man brauchte nur statt *eum* zu lesen *Titium*, oder vorher, wie auch Vulgatausgaben haben, „non totum *Titio* adcrecere“, wo dann das folgende „ad *eum*“ von selbst auf Titius deuten würde.jene Baron'sche Correctur erscheint dagegen sehr gewagt. Zudem aber entspricht sie durchaus nicht dem Zusammenhang

Fall so, als wenn von Anfang an dem Maevius der ganze Nießbrauch, dem Titius die Hälfte vermacht wäre, wo dann beide im Verhältniß von $\frac{2}{2}$ zu $\frac{1}{2}$ concurriren würden, also dem M. $\frac{2}{3}$, dem T. $\frac{1}{3}$ zukäme, dem letzten von der ihm vermachten Hälfte nur $\frac{1}{6}$ entzogen und durch dessen Wegfall accresciren würde. Vgl. Bangerow a. a. O. S. 540.

der Stelle. Papinian fragt, nachdem er den Fall bezeichnet hat, ob Titius und Maevius *coniuncti* seien? Er antwortet darauf nicht buchstäblich, sondern indirect, indem er sofort die Folge der (*re*) *coniunctio* bestimmt. Jene Frage kann aber gar nicht auf das ursprüngliche dem Titius und Maevius gemeinschaftliche Legat bezogen werden, bei welchem nicht der mindeste Anlaß zu solcher *quaestio* geboten war, sondern nur auf den Fall, wenn Titius kraft der Relegatio wiederum zu einem Theil neben Maevius zum Nießbrauch berufen war. In §. 1. a. E. ist gesagt, daß Titius und Maevius *re coniuncti* seien, wenn dem ersten der ganze *ususfructus* relegirt ist; daran schließt sich unmittelbar die Frage in §. 2., ob sie auch *coniuncti* seien, wenn dem Titius nur ein Theil relegirt worden ist, und diese Frage setzt offenbar wie die in §. 1. voraus, daß der Fall des Relegats eingetreten sei.

Einen neuen Erklärungsversuch hat nun wiederum Schlayer a. a. O. ausgeführt. Er zieht zu diesem Zweck die §§. 75. 76. der Vaticanischen Fragmente herbei, in welchen uns eine Stelle aus Ulpian's lib. XVII. ad Sabin., die in den Digesten als L. 1. §. 1. 2. D. h. t. excerptirt ist, vollständiger und genauer, als sie hier vorliegt, überliefert ist. Sie betreffen den Fall, wenn einem Sklaven, der zwei Herren gehörte, der Nießbrauch vermacht war, der dann diesen Herren nach Verhältniß ihrer Eigenthumsantheile an dem Sklaven zufiel. Julian war der Meinung, die beiden Herren seien hier zu behandeln gleichwie *collegatarii re et verbis coniuncti*; er sprach, wenn einer von ihnen das Legat ablehnte oder den Nießbrauch verlor, dessen Antheil dem anderen zu, mit Ausschließung des Eigenthümers, wenn dem Sklaven allein, mit Vorzug vor dem Collegatar, welchem neben dem Sklaven (*separatim*) derselbe Nießbrauch vermacht war. Damit war auch Ulpian einverstanden, von dem Gesichtspunkt aus, daß

der dem Sklaven, also mit Rücksicht auf dessen Person, vermachte Nießbrauch noch in suo statu bestehe, so lange auch nur ein Herr des Sklaven ihn behaupte, und in diesem Sinn ist denn auch der Auszug aus Ulpian in L. 1. §. 1. D. h. t. von den Compilatoren zugerichtet⁹⁷⁾. In §. 75. der Vat. fragm. aber finden wir, daß Ulpian nach Anführung der Meinung Julian's zuerst einige Juristen, darunter Papinian, namhaft macht, welche jene Meinung verwerfen, und dagegen dann seine Billigung derselben rechtfertigt⁹⁸⁾. Sodann führt Ulpian noch den Pomponius als Zeugen an, daß manche anderer Meinung seien als Julian, und zwar mit dem Bemerkten: dem Mitherrn des Sklaven könne in dem fraglichen Falle so wenig accresciren, wie dem Usufructuar, welcher pro

97) L. 1. §. 1. cit. Denique apud Julianum libro trigesimo quinto Digestorum quaeritur, si communi servo ususfructus sit relictus et utrique domino acquisitus, an altero repudiante vel amittente usumfructum alter totum habeat: et putat ad alterum pertinere, et licet dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis adquiratur, tamen persona ipsius, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere. §. 2. Idem ait, et si communi servo et separatim Titio ususfructum legatus sit, amissum ab altero ex sociis usumfructum non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum coniunctum: quae sententia vera est; nam quamdiu vel unus utitur, potest dici, usumfructum in suo statu esse.

98) Die Worte „quae sententia vera est“ in L. 1. §. 2. cit. sind interpolirt; in §. 75. cit. lesen wir dafür: „quam sententiam neque Marcellus neque Mauricianus probant; Papinianus quoque lib. XVII. Quaestionum ab ea recedit; quae sententia Neratii fuit (ut) est libro I. Responsorum relatam“; und dann folgt: „Sed puto esse veram Juliani sententiam; nam quamdiu vel unus utitur, potest dici, usumfructum in suo esse statu“.

parte den *Ususfructus* dem *Proprietar in iure* cedire oder *non utendo* verliere⁹⁹). Doch aber hält *Ulpian* die Entscheidung des *Julianus* aufrecht, nicht als begründet nach den Regeln vom *Urwachungsrecht*, also nicht, wie *Julian* sich ausgedrückt hatte, weil der *Mitherr solus coniunctus* des wegfallenden anderen Herren des *Slaven* sei, sondern aus dem Grunde, weil, so lange der *Slave* existirt, dessen *Person* als *Subject* des *Legats* erscheint, nicht ein *Theil* desselben zu Grund gehen könne¹⁰⁰). In dessen gibt *Ulpian* doch zu, daß des *Pomponius* Argument gegen *Julian's* Meinung sehr gewichtig sei: „*Urgetur tamen Juliani sententia argumentis Pomponii*“; mit Recht; denn, wenn die *Person* des *Slaven* als des unmittelbaren *Subjects* des *Legats* in's Auge gefaßt wird, an dessen Statt nur die Herren das Recht des *Nießbrauchs* erwerben, und wenn nun der von dem einen der beiden Herren verlorene *Theil* des *Nießbrauchs* nicht dem anderen Herren als *coniunctus* des wegfallenden *acresciren*, sondern nur in Rücksicht auf die *Person* des *Slaven* fort dauern und so nur mittelbar dem andern Herren zu Gute kommen soll, so ist dieser Fall allerdings ganz vergleichbar dem Falle, wenn der einzige *Usufructuar* den *Ususfructus* zu einem *Theil* aufgibt oder verliert. Der dem *Slaven* vermachte *Nießbrauch* ist in Rücksicht auf die *Person* als ein *Ususfructus* aufzufassen, der durch den

99) *Pomponius ait libro VII. ex Plautio, relata Juliani sententia, quosdam esse in diversam opinionem; nec enim magis socio debere aderescere, quam debere ei, qui fundi habens usumfructum partem ususfructus proprietario cessit vel non utendo amisit.*

100) *Ego autem Juliani sententiam non ratione aderescendi probandam puto, sed eo, quod, quamdiu servus est, cuius persona in legato spectatur, non debet perire portio.* — *Huschke's* Ergänzung „*servus eius est*“ scheint mir unberechtigt.

Verlust des einen Herren pro parte aufgehoben wird, wie der einem Freien vermachte Nießbrauch pro parte durch in iure cessio an den dominus proprietatis oder non utendo aufgehoben werden kann; und wie nun in diesem Fall der verlorene Theil nicht wieder dem verlierenden Usufructuar anwächst, so kann man auch in jenem Fall nicht sagen, daß der verlorene Theil doch noch in der Person des Slaven (persona eius inspecta) fortbestehe oder aufrecht erhalten werde. In einem Nachsatz aber erwähnt Ulpian dann noch ein Responsum des Sabinus, wonach der Usufructuar, welcher einen Theil des Ususfructus in iure cedirte, diesen Theil zwar verlieren, aber sofort wiedergewinnen sollte, wodurch denn freilich das Argumentum des Pomponius beseitigt würde; aber diese Meinung, die Celsus, vielleicht selbst Julianus, als stolidam verworfen hat, scheint doch auch Ulpian, der diesen Tadel ohne Gegenbemerkung referirt, nicht gebilligt zu haben ¹⁾, und in den Digesten ist sie entschieden verworfen ²⁾.

1) ... „quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus lib. XVIII. (et Julianus lib. XXXV.) Dig. refert, eum, qui partem ususfructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere: quam sententiam ipse ut stolidam reprehendit; etenim esse incogitabile, eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi“. — In der Vaticanischen Handschrift liest man: „ut et celsus iulianus lib. XVIII. dig. refert“. Huschke aber vermuthet, daß der Abschreiber hier einmal das Citat aus den Digesten ausgelassen habe und ergänzt daher den Text, wie oben in Paranthese angedeutet wird. Ist dies, wie wahrscheinlich, richtig, so würde das nachfolgende ipse auf Julian zu beziehen sein. Daß „Celsus lib. XVIII.“, nicht XVIII., zu lesen ist, ergibt die Vergleichung mit §. 77.

2) L. 14. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. Vgl. oben S. 133.

In §. 76. der Vat. fragm. wird dann noch Julian's Entscheidung angeführt betreffend den Fall, wenn dem Sklaven zweier Herren und einem Dritten als *re et verbis coniunctis* der Nießbrauch vermacht ist; wenn hier einer der Herren den Nießbrauch verliert, soll dessen Theil allein dem anderen Herren *accrescere*, so als wenn den beiden Herren *coniunctim* und dem Dritten *separatim* derselbe Nießbrauch vermacht wäre³⁾. Nach §. 75. wird Ulpian auch dieser Entscheidung Julian's im Resultat beigegeben haben, obwohl nicht *ratione adcrendi*; er spricht sich aber nicht ausdrücklich zustimmend darüber aus, sondern fragt nur, wie diejenigen, welche überhaupt nicht der Meinung Julian's beistimmen, über diesen Fall urtheilten? *Sed qui diversam sententiam probant, quid dicerent? utrum extraneo soli an etiam socio adcrecere?* Und darauf bemerkt er: *Et qui Julianum consuluit, ita consuluit, an ad utrum pertineat, quasi possit et ipsi socio adcrecere. Atquin quod quis amittit, secundum Pomponii sententiam ipsi non accedit.* Pomponius betrachtete den Verlust des einen Herrn als theilweise dem Sklaven selbst widerfahrenen Verlust des Nießbrauchs, welchem daher dieser durch

- 3) *Julianus scribit, si servo communi et Titio ususfructus legetur, et unus ex dominis amiserit usumfructum, non adcrecere Titio, sed soli socio: quemodmodum fieret, si duobus coniunctim et alteri separatim esset relictus.* Der Unterschied dieses Falles von dem schon in §. 75. (L. 1. §. 2. D. h. t.) besprochenen besteht darin, daß dort ein Legat desselben Nießbrauchs für den Sklaven und für Titius in getrennten Sätzen, in §. 76. aber in einem Satze vorausgesetzt wird, z. B.: *Sticho servo et Titio usumfructum fundi do lego.*

jeuen Herrn ihm verlorene Theil des Nießbrauchs nicht accresciren könne; er mußte daher entscheiden, daß dieser Theil nur allein dem collegatarius coniunctus des Sklaven accresciren ⁴⁾).

Diese Ansicht des Pomponius nun und im Gegensatz davon die oben erwähnte Ansicht des Sabinus ist es, welche von Schläyer a. a. D. benutzt wird zur Erklärung der oben S. 141 angeführten L. 3. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. Er findet in §. 75. der Vat. fr. „als wirkliche Ansicht des Sabinus aufgeführt, daß der seine Quote des Nießbrauchs durch in iure cessio aufgebende usufructuarius coniunctus im gleichen Augenblick einen Theil der von ihm aufgegebenen Quote verliere und einen anderen Theil zurücknehme, d. i. zur entsprechenden Rate an dem durch sein eigenes Wegfallen begründeten Anwachungsrechte Theil nehme!“ Diese Ansicht, meint er, möge Sabinus „mit nicht abzuleugendem Scharfsinn“ aus dem Satz: „ususfructus non portioni, sed personae accrescit“ abgeleitet haben, da ungeachtet des durch seine eigene Handlung oder Unterlassung herbeigeführten theilweisen Verlustes das persönliche Legatrecht des verlierenden collegatarius coniunctus fortbauere und da überdieß der Nießbrauch in jedem Augenblick in Bezug auf seinen Gegenstand neu bestellt werde. Diese Ansicht sei jedoch („wie es scheint“) von der überwiegenden Mehrzahl Römischer Juristen „mit gesundem praktischen Sinn“ zurückgewiesen. Es erhalte aber dadurch die L. 3. §. 2. D. cit. ihre nähere Beleuchtung. Es sei hier nehmlich nur ein Fall vorauszusetzen, wo schon vor der Capitisdeminutio des Relegatars der Mitvermächtnißnehmer seinen Nieß-

4) Gutschke in der iurisprud. anteius. ad h. l. nota 4.: „Ergo Pomponius dicere debebat, soli extraneo accrescere“.

brauch verloren hatte, worauf auch das „quodsi Maevius amisisset“ deutet. Dann habe Titius durch den Wegfall des Maevius iure accrescendi der Regel gemäß den ganzen Ususfructus erworben. Nun erleide er die Capitisdeminutio; da frage sich denn, ob er nun nur den relegirten Theil wieder erwerbe, nicht auch kraft Anwachsungsrechts, „und zwar kraft Anwachsungsrechts von sich selbst“, die schon früher durch Wegfallen des Maevius frei gewordene weitere Quote? Diese Frage, meint Schlayer, nur diese beantworte Ulpian in Uebereinstimmung mit Papinian verneinend: „non totum accrescere“, d. h. Titius erhalte nicht (wieder) das Ganze kraft Anwachsungsrechts, „sed partem (d. i. der relegirte Theil) ad eum, partem ad proprietatem redire“; nur das Verlieren und, gleichsam in einem Athem (eodem momento), Wiedergewinnen kraft Anwachsung verwerfe Ulpian, nicht aber behaupte er, daß überall nie ein einmal verlorener Theil des Nießbrauchs durch Anwachsung wieder erlangt werden könne.

Diese Erklärung unterliegt aber wohl noch einigen Einwendungen.

Vorerst scheint es mir unberechtigt, dem Sabinus den Satz „quotidie constitui usumfructum“, und zwar in strengstem Sinne, beizulegen, ja, die in Vat. fr. §. 75. beiläufig erwähnte Meinung dieses Juristen als ein Sublimat rücksichtsloser Ausbeutung jenes Satzes hervorzuheben, wie es bei Windscheid geschieht. Als Urheber desselben werden Julian und Celsus genannt, und diese haben ihn sicher nicht in so strengem Sinn verstanden⁵⁾. Von Sabinus wissen wir nur, daß er der Meinung war: wenn der Usufructuar (d. i. der einzige, der Inhaber des ganzen Ususfructus) diesen pro parte dem Proprietar in

5) Vgl. oben S. 108 fg. 120.

iure cedire, so verliere jener und gewinne wieder im selben Momente den in *iure cedirten* Theil; das aber beweist nicht, daß Sabinus jenem Satz mit rücksichtsloser Ausbeutung huldigte; es könnte sogar eher zum Gegenbeweise dienen; denn von diesem Gesichtspunkte aus hätte Sabinus behaupten müssen, daß auch der *Usufructuar*, der den ganzen *Usufructus* dem *Proprietar* in *iure cedirte*, sein Recht zugleich verliere und wieder gewinne; indem er nur der in *iure cessio partis usufructus* solche Folge gibt, scheint er anzudeuten, daß die in *iure cessio* des ganzen *Usufructus* nicht dieselbe Wirkung habe⁶⁾. Diese Verschiedenheit der beiden Fälle aber könnte man etwa daraus erklären, daß Sabinus der in *iure cessio* des *Usufructus* an den *Proprietar* nicht die Wirkung eines Erwerbs für diesen, sondern nur die des Verlustes für den *Usufructuar* beilegte; demnach dem *Usufructuar* selbst, der nur einen Theil cedirte, diesen als vacant wieder anwachsen ließ, während die in *iure cessio* des ganzen *Usufructus* diesen ganz vernichtete und somit das *Eigenthum* ganz davon befreit wurde.

Hiernach scheint es nun auch bedenklich, dem Sabinus die Meinung beizulegen, daß der *Theilnießbraucher*, welcher zu seinem Theil den *Nießbrauch* durch in *iure cessio* aufgibt, an dem durch sein eigenes Wegfallen begründeten *Anwachsungsrechte* zu einer Rate Theil nehme. Es ist unberechtigt, wenn Schlayer S. 338. dies als

6) Daß der *Usufructus* durch in *iure cessio* an den *dominus proprietatis* aufgehoben werde, wird von den Sabinianern Pomponius und Gaius wie von Paulus als ganz unzweifelhaft angeführt — L. 66. D. de iuro dot. XXIII. 3. Gai. II. §. 30. Pauli sent. III. 6. §. 32. —; nirgendwo sonst, außer obigem §. 75. Vat. fr., findet sich auch nur eine Spur, daß Sabinus darüber anderer Meinung gewesen sei.

wirkliche Ansicht des Sabinus in Vat. fr. §. 75. ausgesprochen findet. Die dort von Ulpian angeführte Meinung betrifft gar nicht einen usufructuarius coniunctus, sondern den Usufructuar, der von dem ganzen ihm zustehenden Nießbrauch einen Theil dem Proprietar in iure cedirt. Man könnte nur allenfalls daraus, daß Sabinus in diesem Falle den Usufructuar wieder gewinnen läßt, folgern, derselbe müsse consequent dann auch dem usufructuarius collegatarius, der seinen Theil, d. i. einen Theil des ihm eigentlich auch vermachten ganzen Ususfructus, dem Proprietar in iure cedirte, die Theilnahme an dem Anwachsungsrechte bezüglich dieses Theiles zugesprochen haben. Aber mit sicherer Entschiedenheit läßt sich darüber nichts behaupten, und an sich ist es höchst unwahrscheinlich, daß ein so ausgezeichneteter Jurist, wie Massurius Sabinus war, jemals die Meinung vertheidigt habe, den ihm vermachten Nießbrauch könne der Legatar, der ihn doch ganz ablehnen konnte, einmal erworben, weder ganz noch zum Theil durch seinen Willen zu Gunsten des Eigenthümers verlieren; denn nach der Grundansicht, aus welcher jene absonderliche Meinung des Sabinus abgeleitet wird, würde der Legatar auch durch fortgesetzte Nichtausübung seines Rechts nach der erfolglosen in iure cessio desselben an den Proprietar immer noch nicht das Recht verloren haben.

Der Erklärung Schlayer's steht aber ferner noch entscheidend entgegen der schon oben S. 145. gegen Baron vorgebrachte Einwand. Wenn nemlich Maevius schon vor Eintritt des Relegatfalles seines Rechtes definitiv verlustig und so Titius kraft seines ersten Legats alleiniger Nutznießer geworden war, so konnte gar nicht die Frage entstehen, ob nach Eintritt des Relegatfalles Maevius und Titius noch re coniuncti seien und daher ein Anwachsungsrecht unter ihnen stattfinden. Allerdings, wenn man

die ganze Vermächtniß-Anordnung, das gemeinschaftliche Vermächtniß für Maevius und Titius nebst der Repetitio für den letzten, in Erwägung zieht, so ist als möglicher auch der Fall zu berücksichtigen, daß Maevius zuerst wegfällt, dann Titius den ursprünglich vermachten Nießbrauch verliert und nur kraft der Repetitio weiterhin Anspruch darauf hat. Aber auf diesen Fall ist die Frage „an viderentur coniuncti“ offenbar nicht zu beziehen, sondern nur auf den Fall, wenn zur Zeit, da die Repetitio in Wirksamkeit tritt, auch Maevius noch berechtigt ist. Da sind denn, um die Wirkung der re coniunctio zu bestimmen, die zwei Fälle zu unterscheiden: a) Titius fällt zuerst weg, b) Maevius verliert den Nießbrauch, während Titius kraft des wiederholten Vermächtnisses noch im Genuß des Rechts ist. Nach Schlayer's Erklärung hätte Papinian für diesen letzten Fall nichts entschieden, also die gestellte Frage ganz unvollständig beantwortet, ja gerade für den zweifelhafteren Fall deren Beantwortung ganz unterlassen, dagegen einen Fall entschieden, in welchem von zweifelhafter re coniunctio und darauf beruhendem Aufwachsungsrechte gar nicht die Rede sein konnte, sondern einzig davon, ob zufolge der Relegatio der Legatar in jenem günstigen Fall mehr als ihm relegirt worden erhalte. Hiernach kann ich Schlayer's Erklärung nicht einmal als wahrscheinlich richtige erkennen. Das Plusquamperfectum „amisisset“, worauf er Gewicht legt, gibt nur ein schwaches Argument dafür, daß dabei an die Zeit vor Eintritt des Relegatfalles gedacht sei, da es an jeder Bestimmung des Zeitpunktes fehlt, in dem vorhergehenden §. 1. aber offenbar die Zeit nach Eintritt des Relegatfalles in's Auge gefaßt und die Frage beantwortet wird, wie sich alsdann der Relegatar Titius zu dem ursprünglich ihm re et verbis verbundenen Maevius stelle.

Uebrigens ist es nach Vergleichung der L. 1. D. de

usufr. accresc. mit Vat. fr. §. 75. allerdings wahrscheinlich, daß auch L. 3. §. 2. cit. von den Compilatoren bedeutend abgekürzt und interpolirt worden sei, und vielleicht ist etwas ausgelassen, wodurch sich der sonst immer etwas räthselhafte Schlußsatz Ulpian's besser erklärte. Wie man aber auch darüber denken mag und wenn man auch auf die Beweisraft der L. 3. §. 2. cit. und eben so der L. 10. cit. gänzlich verzichtet, so ist, wie mir scheint, die nach der herrschenden Meinung angenommene Beschränkung des Anwachsungsrechts desjenigen, der zu seinem Theil den Nießbrauch schon verloren hatte, dennoch festzuhalten. Der Grund dafür ist von Schneider a. a. O. S. 296. und Bangerow a. a. O. S. 598. richtig angegeben. Er liegt in der Natur und wesentlichen Voraussetzung des Anwachsungsrechts. Nur wo concursu partes fiunt, soll dieses stattfinden; es soll dem Legatar, welchem durch die Concurrenz eines Collegatars ein Theil des ihm vermachten Gegenstandes entzogen werden könnte oder, wie beim Nießbrauch möglich ist, einstweilen wirklich entzogen wird, auch diesen Theil gewähren, falls jene Concurrenz ganz ausbleibt oder (beim Nießbrauch) später aufhört. Jener Theil des Nießbrauchs aber, welchen einer der Legatäre schon während der Concurrenz mit dem andern wirklich hatte und nun aus irgend welchem Grunde verloren hat, ist ihm ja nicht durch jene Concurrenz entzogen; er kann ihm daher auch nicht durch deren Wegfallen wieder anwachsen, wenngleich er inzwischen dem jetzt wegfallenden Collegatar durch Anwachsung erworben war. Das ist ganz folgerichtig und der Natur des Verhältnisses entsprechend. Wäre jedem der beiden Legatäre von vorneherein nur ein Theil des Nießbrauches vermacht worden, so würde die Endigung des Nießbrauches in der Person des einen nur dem Proprietar zu Gute kommen; ist beiden zusammen der ganze Nießbrauch vermacht, so wird, falls einer von ihnen zu seinem

Theil den Nießbrauch verliert, dieser Vortheil des Proprietars durch das Anwachsungsrecht des Collegatars ausgeschlossen; daß aber auch dann noch, wenn dieser ihm nicht mehr im Wege steht, dem Proprietar jener Vortheil nicht zukommen solle, daß der erstverlierende Collegatar, indem er kraft seines ursprünglichen (eventuell) auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Vermächtnißrechts nunmehr den früher durch die Concurrenz des jetzt ausscheidenden anderen Collegatars ihm vorenthaltenen Theil des Nießbrauchs für sich begehrt, als Anhängsel desselben auch den früher schon ihm selbst verlorenen Theil wiedergewinne, das wäre in der That ein verwunderlicher Erfolg; begreifen ließe er sich nur, wenn als Regel feststände, daß der alleinige Nießbraucher, wie Sabinus bezüglich der in iure cessio an den Proprietar behauptet hatte, überall nicht pro parte den Nießbrauch zu Gunsten des Proprietars definitiv verlieren könne; da nach L. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. vgl. mit Vat. fr. §. 76. diese Meinung des Sabinus verworfen ist, so ist nicht einzusehen, warum nicht der Collegatar, dem virtuell auch der ganze Nießbrauch vermacht ist, einstweilen, so lange ihn der Mitbedachte noch durch seine Concurrenz auf einen Theil einschränkt, diesen ihm actuell schon jetzt zustehenden Theil definitiv sollte verlieren können.

Unhaltbar ist meines Erachtens die von Schlayer a. a. D. S. 350. fg. versuchte Widerlegung der betreffenden Ausführung Schneider's. Au den Satz „quotidie constituitur ususfructus“ sich anlehnd findet er in dem Anwachsen eines bisher durch den einen Mitvermächtnißnehmer dem anderen entzogenen Theils des Nießbrauchs immer eine neue Delation des Vermächtnisses. Wo eine solche neue Delation eintrete, da sei es durch nichts gerechtfertigt, den Umfang des zufolge des neuen Rechtsgrundes zu erwerbenden Rechts wegen eines früheren hievon

ganz unabhängigen Vorgangs zu begränzen. „Oder wer möchte behaupten“, sagt der Vf., „daß eine von einem Testamentserben geschehene Ausschlagung des ihm angefallenen Theils einer Erbschaft seinem späteren Erwerb dieser ganzen Erbschaft ab intestato, falls sie nach Intestatgrundsätzen begründet wäre, entgegenstände?“ So kann er sich nicht davon überzeugen, daß in obigem Fall der Umfang des zufolge der neuen Delation begründeten Rechts dadurch eine Begrenzung erhalte, daß der Berechtigte bei einer früheren Delation, vielleicht aus humaner Rücksicht auf einen Mitberechtigten, von der ihm zugestandenem Befugniß der Ausschlagung Gebrauch gemacht hatte; die neue Delation müsse die volle ihr inhärirende Rechtswirkung äußern. Hierin scheint mir aber vorerst ganz verfehlt die Ansicht des Verfassers in Betreff des zuletzt angeführten speciellen Falles. Das Vermächtniß des ganzen Nießbrauchs für jeden einzelnen Collegatar ist nur eines, mit einem dies legati cedens; jeder kann dasselbe nur ganz annehmen oder ablehnen, nicht theilen, obgleich er, wenn und so lange ein Collegatar mit ihm wirklich concurrirt, auf einen Theil eingeschränkt wird. Lehnt er das Vermächtniß ab, so ist er ganz davon ausgeschlossen und kann auch nicht mehr nach späterem Wegfallen des anderen Collegatars ein Anwachsungsrecht in Anspruch nehmen als ein Collegatar, der nur seinen durch die Concurrenz eines anderen bestimmten Theil verloren hat; er hat nicht einen Theil verloren, sondern keinen Theil erworben. Das scheint mir eben so gewiß, als daß jenes Recht nicht Demjenigen zusteht, der durch Capitisdeminutio den Nießbrauch verloren hat. Unhaltbar ist denn auch die Theorie von der „neuen Delation“. Es ist nicht ein neuer Rechtsgrund, kraft dessen der Collegatar den Theil des wegfallenden erwirbt; es ist das ursprüngliche auf den ganzen Nießbrauch gerichtete Vermächtnißrecht desselben, das sich von

selbst sofort geltend macht, wie die beschränkende Concurrenz eines Mitberechtigten wegfällt. Würde des letzten Vermächtniß=Antheil jetzt erst dem noch berechtigten Mitvermächtnißnehmer deferirt, so könnte dieser denselben auch jetzt erst und noch ablehnen; unstreitig aber accrescirte nach dem Recht des Vindicationslegats der erledigte Theil dem Collegatar, der das Vermächtniß angenommen, von selbst und nothwendig, und so verhält es sich nach L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. bei allen Vermächtnissen, wenn disjunctim Mehreren dasselbe vermacht ist. Vollends unzulässig ist die Idee, daß jetzt das ganze Nießbrauchs=Vermächtniß in seinem ursprünglichen Umfange dem übrigbleibenden Collegatar neu deferirt werde, mit Inbegriff auch desjenigen Theils, den dieser früher schon erworben, dann verloren hatte, und der ihm niemals durch die Concurrenz des jetzt wegfallenden Mitberechtigten entzogen worden ist. Von dem Sage, daß quotidie constituitur ususfructus, kann man überall nicht solche Nutzenanwendung machen, wie Schlayer S. 352. thut, ohne in einen gleichen Fehler zu verfallen, wie der von diesem selbst S. 338. als Auswuchs römischer Rechtsgelehrsamkeit gerügte; denn in strenger Consequenz jenes Satzes müßte behauptet werden, daß der vermachte Nießbrauch eigentlich gar nicht, weder ganz noch zum Theil, verloren werden könne, so lange der Nießbraucher am Leben bleibt, und hätte somit die Controverse, die uns beschäftigt, gar nicht einmal entstehen können.

Wesentlich anders verhält es sich bei der Repetitio oder Relegatio des vermachten Nießbrauchs für den Fall des Verlustes. Da liegt wirklich, nachdem der kraft des ersten Vermächtnisses erworbene Ususfructus verloren worden, ein neuer Rechtsgrund vor, ein neues Vermächtniß als Rechtsgrund des Wiedererwerbs des verlorenen Rechts. Es kommt nun auf den Umfang und Inhalt dieses neuen Vermächtnisses an. Ist dem Legatar wiederum schlechthin

der Nießbrauch, der ganze Nießbrauch, vermacht, so geht auch sein neues Vermächtnisrecht auf den ganzen Nießbrauch; hatte er also bisher einen Collegatar, so concurrirt er mit diesem nun auch wieder in dem ganzen Nießbrauch, und regelrecht erwirbt er dann durch dessen Wegfallen den ganzen Nießbrauch, ohne Rücksicht darauf, daß er vorher einen Theil desselben verloren hatte; er verhält sich als *re coniunctus* kraft des neuen Vermächtnisses zu dem früheren Mitvermächtnisnehmer eben so, wie ein Dritter, welchem für den Fall seines Ausscheidens, auch etwa nach seinem Absterben, natürlich nur von da an derselbe Nießbrauch wie ihm vermacht wäre. Das ist es, was L. 3. §. 1. cit. sagt. Ist ihm aber nur ein Theil, z. B. die Hälfte des Nießbrauchs wieder vermacht, etwa derselbe Theil, den er bisher kraft des ersten Vermächtnisses in Concurrenz mit dem Collegatar schon wirklich hatte, so concurrirt er nun kraft des neuen Vermächtnisses mit diesem auch nur zur Hälfte, als *pro parte re coniunctus* desselben, und kann kraft dessen durch Wegfallen desselben auch nur um so viel gewinnen, als ihm durch dessen Concurrenz zunächst entzogen ist. Das ist es, was L. 3. §. 2. ausspricht. Aber diese Stelle bespricht zunächst auch nur den Einfluß der Relegatio des Nießbrauchstheiles auf das Anwartschaftsrecht. Dabei ist nun wohl noch in Betracht zu ziehen, wie es sich mit dem Theile verhalte, der bisher dem Relegatar zufolge des ersten Vermächtnisses durch den Collegatar entzogen war, und in dieser Beziehung kann gefragt werden, aus welchem Grunde jenem der Nießbrauch zu dessen ursprünglichem Theil verloren worden ist. Hat er denselben z. B. durch Nichtausübung seines Rechts verloren, so würde er, ganz abgesehen von der Relegatio, nach Wegfall des Collegatars, immer noch dessen ursprünglichen Antheil kraft seines ersten Vermächtnisrechts erwerben können; es liegt kein Grund vor, ihm dieses Recht nun darum

abzusprechen, weil ihm der von ihm verlorene Theil des Nießbrauchs für den Fall dieses Verlustes abermals vermacht ist; es scheint nichts im Wege zu stehen, daß ihm kraft des ersten Vermächtnisses jetzt noch die ursprüngliche Hälfte des jetzt erst wegfallenden Mitberechtigten zukomme, kraft des Relegats der durch den Collegatar ihm vorenthaltene Theil der anderen relegirten Hälfte anwachse, und somit auch in diesem Falle nun ihm der ganze Nießbrauch zufalle. Wäre ihm der ganze Nießbrauch wiederholt vermacht worden, so würde es von keinem Interesse sein, noch auf das erste Vermächtniß als Grund des Anwachsungsrechts zurückzugreifen, weil ihm dann jedenfalls vermöge des zweiten Vermächtnisses das Anwachsungsrecht bis zum Ganzen zustehen würde. Daher halte auch ich für richtig, was Schlayer annimmt, daß in L. 3. §. 2. cit. darum nicht Anwachung zum Ganzen angenommen sei, weil Verlust durch *Capitisdeminutio* vorausgesetzt ist, welche das erste Vermächtnisrecht ganz zerstört und kein darauf sich gründendes Anwachsungsrecht übrig läßt. Aber ich kann nicht zugeben, daß in anderem Falle der Legatar vermöge solchen Anwachsungsrechts auch einen früher verlorenen Theil wieder gewonnen haben würde; den Theil, den er kraft dessen erwirbt, hatte er nicht verloren; den Theil aber, der ihm von der verlorenen und relegirten Hälfte noch *accrescirt*, erlangt er nicht durch Anwachsungsrecht auf Grund des ersten Vermächtnisses, sondern lediglich auf Grund des zweiten, ganz entsprechend den allgemeinen Regeln vom Anwachsungsrecht.

Auch der Art, wie Windscheid a. a. O. die Entscheidung der L. 3. §. 2. cit. erklärt, kann ich im Wesentlichen zustimmen. „Derjenige,“ sagt er, „welchem ein Nießbrauch mit einem Andern zusammen, und dem zugleich für den Fall des Verlustes seines Theils dieser Theil wiederholt vermacht ist, concurrirt nach dem Verlust

mit dem Mitvermächtnißnehmer für einen Theil (den ihm durch das zweite Vermächtniß zurückgegebenen Theil), und nicht für das Ganze, und danach bemißt sich auch das Anwachsungsrecht; denn das darf nicht gesagt werden, daß der Verlust des Nießbrauchs gar keine Aenderung hervorbringe, als wenn der Nießbraucher im Momente des Verlustes in seine frühere Stellung wieder einträte.“ Warum aber die Stelle nicht aus dem ersten Vermächtniß Anwachsung auf das Ganze eintreten lasse, das, glaubt er, lasse sich erklären entweder daraus, daß durch das zweite Vermächtniß das erste entkräftet sei, oder daraus, daß die Stelle von Verlust des Nießbrauchs durch Capitisdeminutio handelt und von dieser angenommen wurde, sie zerstöre, wie der Tod, das Nießbrauchsvermächtniß selbst („die in dem Vermächtniß des Nießbrauchs fortwirkende Kraft“). Daß das erste Vermächtniß durch das zweite ganz entkräftet sei, daß jenem durch das Wiedervermächtniß des verlorenen Theils auch die Kraft benommen sei, die demselben sonst ungeachtet jenes Verlustes noch verblieben wäre, läßt sich wohl nicht begründen. Wenn z. B. der eine Collegatar durch Nichtausübung seinen ursprünglichen Theilnießbrauch verloren hat, für diesen Fall aber ihm der Theil wieder vermacht ist, so scheint mir nichts entgegenzustehen, daß er nun, wenn er auch den wiedervermachten Theilnießbrauch verliert, ja selbst wenn er das zweite Vermächtniß ablehnt, doch noch bei völligem Wegfall des anderen Collegatars kraft des ersten auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Vermächtnisses den durch die Concurrenz des wegfallenden früher vorenthaltenen Theil des Nießbrauchs nach L. 10. D. h. t. in Anspruch nehmen könnte. Dagegen bin ich ganz einverstanden mit der zweiten Erklärung, und halte diese für eben so ausreichend als wohl begründet (vgl. oben S. 135.), und kann ich darnach den Hauptsatz der oben angeführten Erklärung Windscheid's

als übereinstimmend mit meiner obigen Ausführung gegen Schlayer unterschreiben.

Allein Windscheid steht uns gleichwohl als Gegner in Genossenschaft mit Schlayer gegenüber. Er erklärt sich zwar nicht ausdrücklich einverstanden mit der von diesem aufgestellten Construction des Falles der L. 3. §. 2. cit.; vielmehr spricht er von Concurrrenz mit dem Collegatar auch noch nach dem Verlust und dem Eintritt des Relegatfalles und bemißt das Anwachsungsrecht schlechthin nach der durch das Relegat bewirkten Concurrrenz, ohne zu unterscheiden, ob Maevius oder Titius zuerst weg falle, oder gar insbesondere den Fall, daß Maevius schon vor dem ersten Verlust des Titius weggefallen war, zu betonen. Aber er stimmt doch im Ganzen der Ausführung Schlayer's bei und verwirft daher mit ihm die von der gemeinen Meinung behauptete Beschränkung des Anwachsungsrechts. Die Vergleichung der L. 3. §. 2. cit. mit Vat. fr. §. 74. 76. läßt ihm kaum einen Zweifel übrig, daß die Schlußworte jener Stelle („neque enim“ etc.) „den Rückerverb des Nießbrauchs leugnen wollen nicht für den Fall des Wegfalls des Mitvermächtnißnehmers, sondern eben für den Fall des Verlustes durch den Vermächtnißnehmer selbst“, entgegen der *stolidia sententia* des Sabinus. Er scheint sich darnach den Fall „quodsi Maevius amisisset“ eben so zu denken, wie Schlayer, obwohl sein Hauptsatz eben so auf den Fall paßt, wenn Maevius erst nach Eintritt des Relegatfalles ausscheidet. Die Schlußworte erklärt er sodann durch eine sehr freie Uebersetzung, vermuthet aber, daß die Worte „etiam ipsi quidquam ex usufructu ad crescere“ ein aus dem Folgenden entlehntes Glossen seien und statt „resumit“ zu lesen sei „resumere“, somit die ganze Schlußbemerkung laute: „neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum, et resumere; placet enim

nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo quod amittit nihil adcrecere," und erklärt die Worte „ex eo quod amittit“ durch: „auf Grund davon, daß er verliert“. Dieser Emendation und Erklärung kann ich aber nicht meinen Beifall geben. Die Emendation „et resumere“ scheint mir schon aus grammatischen Gründen bedenklich; dieser Infinitiv mit zwei zu supplirenden Accusativen will mir nicht munden. Und die Erklärung scheint mir gezwungen und künstlich; die Ulpianische Rechtfertigung der Papinianischen Entscheidung erscheint darnach immer noch räthselhafter wie diese selbst. Mir ist es wahrscheinlicher, daß Ulpian's Stelle von den Compilatoren unvollständig excerpirt worden ist und daß sich aus der vollständigen Stelle das Räthsel vollkommen lösen würde. Für das Justinianische Recht aber ist immerhin bedeutend, daß sich nun darin der Satz findet, der nach der einfachsten Erklärung aussagt: von dem Theil, den der Vermächtnisnehmer einmal verloren hat, kann ihm nichts wieder durch Anwachsung zukommen; wobei nur hinzudenken ist: durch Anwachsung, die sich nur auf das erste zum Theil verlorene Vermächtniß gründet. Auch Windscheid's Erklärung erreicht jedenfalls nicht mehr, als daß sie die Beweiskraft der L. 3. §. 2. cit. für die gemeine Meinung abschwächt; diese aber ist ohnehin als wohlbegründet festzuhalten und zu behaupten: der Collegatar, der zu seiner Hälfte den Nießbrauch verloren hat, so daß dem anderen iure accrescendi der ganze Nießbrauch zugefallen ist, kann zwar nach dessen Wegfallen immer noch die durch diesen früher ihm entzogene Hälfte in Anspruch nehmen, vorausgesetzt, daß der Verlustgrund nicht ein solcher war, der sein Vermächtnisrecht ganz zerstört hat, nicht aber den ganzen Nießbrauch, d. i. auch die ihm früher verlorene und dem Collegatar zugewachsene Hälfte.

Was übrigens den Fall der Relegatio des verlorenen

Nießbrauchtheiles betrifft, der in L. 3. §. 2. cit. vorkommt, so scheint es mir zu römisch=strenge, hier überall den Collegatar bezüglich dieses Theiles wieder concurriren zu lassen und darnach, wie oben mit Windscheid angenommen wurde, dann auch das Anwachsungsrecht zu bemessen. Wenn der Erblasser einem Collegatar den zunächst für ihn sich ergebenden Theil des Nießbrauches für den Fall des Verlustes wieder vermacht, so ist in der Regel seine Willensmeinung gewiß die, daß der verlorene Theil demselben unverkürzt wiedergegeben sein solle, und dieser Willensmeinung ist dann unbedenklich Folge zu geben, so daß der andere Collegatar denselben bezüglich des wiedervermachten Theils nicht durch seine Concurrenz beschränkt. Auf diese Weise trifft man im Resultat mit der von Glück a. a. O. S. 297. fg. gebilligten Erklärung Suerin's zusammen. Zwar ist die Behauptung, daß durch das Relegat im Falle der L. 3. §. 2. cit. keine neue Conjunction zwischen Maevius und Titius entstanden sei, weil diesem nur eine bestimmter Theil des Nießbrauchs wieder vermacht sei, mit Recht getadelt worden; unzweifelhaft entsteht auch dann eine *re coniunctio* (*pro parte*), wenn dem einen ein bestimmter Theil des Nießbrauchs, dem anderen der Nießbrauch schlechthin (der ganze Nießbrauch) vermacht ist; ist aber der Wille des Vermächtnißgebers so auszulegen, daß dem ersten der bestimmte Theil, unverkürzt durch Concurrenz des anderen, zukommen soll, so ist der erste (Titius) in Rücksicht dieses Theiles wirklich nicht *re coniunctus* des anderen (Maevius), und kann ihm daher, da ihm von dem ihm relegirten Theile durch den letzten nichts entzogen war, beim Wegfall desselben nicht ein Theil des relegirten Theiles erst anwachsen. Wird nun angenommen, daß Titius durch die *Capitisdeminutio* den ihm ursprünglich vermachten ganzen Nießbrauch ganz verloren habe, so ergibt sich: dem Titius *accrescirt*

nichts kraft des Relegats, weil er ohnehin schon den ganzen relegirten Theil hat; es kann ihm auch nicht kraft des ersten Vermächtnisses der Theil des Maevius accresciren, weil er durch die Capitisdeminutio den ganzen Nießbrauch, auch den ihm noch in Aussicht gestandenen Theil des Maevius, verloren hat und das Verlorene nicht durch Anwachsung wiedergewonnen werden kann ⁷⁾).

Noch in einem anderen Punkte müssen wir meines Erachtens für das heutige Recht eine Abweichung vom classischen Rechte behaupten. Nach diesem, so scheint mir, ließ man auch dann, wenn der eine Collegatar zu seinem Theil den Ususfructus dem Proprietar in iure cedirte, das Anwachsungsrecht des anderen Platz greifen ⁸⁾. Dies ist auch ganz erklärlich. Diese in iure cessio war ihrer Form nach nur ein Ergeben des Usufructuars in die Ver-

7) Glück a. a. D. S. 297. Anm. 82. zieht zur Bestärkung der Suerin'schen Erklärung noch die Basiliken herbei (XVI. 4. cap. 3. §. 2.). Diese sprechen unsere streitige Regel allerdings noch bestimmter aus als L. 3. §. 2. D. cit. *Ουδεις γαρ ὄπερ ἀπώλεσεν ἀναλαμβάνει δικαίω πνοσανξήσεως* („Nemo enim quod amisit iure accrescendi resumit“); sie widersprechen auch sowohl Schlayer's als Windscheid's Erklärung, nicht minder wie der von Baron, indem sie in gleicher Ausdrucksweise die beiden Fälle „si Titius amiserit“ und „quodsi Maevius amisisset“ als zukünftige setzen: *ἀπόλλονται μὲν τοῦ Πέτρου* (statt si Titius amiserit) *τὸ πᾶν προσάψει τῷ Παυλῷ* (d. i. Maevio), *εἰ δὲ ὁ Παῦλος ἀπόλεση, μέρος προσάψει Πέτρω, καὶ μέρος ὑποστρέφει πρὸς τὴν δεσποτείαν*; sie widersprechen aber auch der Erklärung Suerin's, indem sie auch dem Petrus (Titius) anwachsen lassen, während nach jener diesem nichts anwächst, sondern nur die wieder vermachte Hälfte bleibt.

8) Vgl. oben S. 148. 152 fg.

neinung seines Rechts von Seiten des Eigenthümers, der scheinbar die Freiheit seines Eigenthums von der Servitut vindicirte. Nun möchte wohl Jemand einwenden, auf Grund des gerichtlichen Zugeständnisses eines Collegatars, daß er nicht das *ius utendi fruendi* habe, und die darauf erfolgte prätorische Abdiction der Servitutfreiheit des Eigenthums könne der Mitberechtigte nicht, so wenig wie sonst ein Dritter, behaupten, daß jener wirklich kein Recht habe, ihm also nun *iure accrescendi* der Nießbrauch ohne Concurrenten allein zustehet⁹⁾; allein, wenn jener in Folge der *in iure cessio* an den Proprietar den Nießbrauch nicht mehr ausübte, so verlor er dann doch in kurzer Zeit den Nießbrauch *non utendo*, und daß alsdann das Anwachsungsrecht des Collegatars eintrete, konnte nicht beanstandet werden. Im neueren Recht ist nun an die Stelle jener *in iure cessio* ein einfacher Vertrag getreten, wodurch der Nießbraucher zu Gunsten des Eigenthümers auf sein Recht verzichtet. Es ist ohne Grund, diesem Vertrag gegen die Absicht der Vertragsschließer die Folge zu geben, daß er zunächst dem unbetheiligten Collegatar Vortheil bringe, und auch damit, daß der Verzichtende nun seinen Nießbrauch nicht mehr selbst ausübt, die Folge zu verbinden, daß dieser dann zum Vortheil des Collegatars als *non utendo* erledigt betrachtet werde, wäre nicht gerechtfertigt. Der Nutznießer kann wie jedem Anderen so auch dem Eigenthümer die Ausübung seines Rechts überlassen und dadurch den Verlust durch Nichtgebrauch abwenden. Es kommt nun wesentlich nur auf den Inhalt des Vertrags und die Intention der Vertragsschließer an, wie die Wirkungen desselben zu bestimmen. Es kann wohl die Absicht sein, daß der Verzichtende einfach jetzt schon den Nießbrauch aufgebe, zum Vortheil nicht

9) Vgl. Arnolds' gesammelte civ. Schriften I. S. 192. fg.

blos des Eigenthümers, sondern auch der Mitvermächtnißnehmer¹⁰⁾; der Vertrag mit dem Eigenthümer allein wird aber in der Regel gewiß vielmehr darauf gerichtet sein, daß nur dieser den Vortheil von dem Verzicht habe, die Mitvermächtnißnehmer wie bisher auf ihren Theilnießbrauch beschränkt bleiben. Aber das Recht der letzten kann auch in keiner Weise durch jenen Vertrag geschmälert werden. Wenn der Verzichtende stirbt oder sonst in seiner Person ein Ereigniß eintritt, durch welches auch, wenn er nicht verzichtet hätte, sein Recht geendigt worden wäre, so muß jenen das Anwachsungsrecht, wie es ihnen der Regel nach in diesem Falle zusteht, unzweifelhaft noch zuerkannt werden.

4) Als ein Recht an fremder Sache kann der Nießbrauch in der Person eines der Mitvermächtnißnehmer auch

- 10) Bekanntlich wurde nach Gaius II. §. 30. die *in iure cessio* des *Ususfructus* an einen Fremden als eine nichtige wirkungslose Handlung angesehen, und ist nur fraglich, ob etwa Pomponius anderer Meinung gewesen sei. Arnolds a. a. O. S. 187. fg. 191. Doch aber ist wohl anzunehmen, daß die *in iure cessio* des *Ususfructus* von Seiten eines Vermächtnißnehmers an den Mitvermächtnißnehmer nicht ohne Wirkung war. Sie läßt sich hier so denken, daß der letzte gegen den ersten scheinbar den ganzen *Ususfructus* vindicirte, und dieser darein sich ergab, wornach er dann gegen jenen sein Mitgenußrecht nicht mehr geltend machen konnte, ohne daß daraus dem Eigenthümer, der nicht die *Servitut*sfreiheit vindicirt hatte, ein Recht erwuchs. Bei der Formfreiheit des neueren Rechts hat es kein Bedenken, daß der *Colligatar* sowohl nur zu Gunsten des Mitberechtigten als zu Gunsten des Eigenthümers auf sein Recht wirksam verzichten kann, und dem letzten gegenüber sowohl auf sein ganzes Vermächtnißrecht, auch auf sein eventuelles Anwachsungsrecht, als nur auf sein gegenwärtiges actuelles Mitgenußrecht.

dadurch ein Ende nehmen, daß dieser das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt, z. B. durch Beerbung des Erben oder durch Kauf oder Schenkung von demselben. Tritt in diesem Fall für die übrigen Anwachsungsrecht ein, so daß jener nun durchaus nur nudam proprietatem hat? Billig wäre das nicht; denn bisher beschränkte er die Mitvermächtnißnehmer auf einen Theil des Nießbrauchs und diese werden in ihrem Rechte nicht beeinträchtigt, wenn demselben auch fernerhin als Eigenthümer zu demselben Theile der Fruchtgenuß (materiell) mit ihnen wie bisher verbleibt; unbillig wäre es, daß sie von dem ihnen fremden Eigenthumserwerb des Mitgenossen den Vortheil der Erweiterung ihres actualen Genußrechts ziehen sollten. Eine wirkliche Beeinträchtigung ihres Vermächtnißrechts aber würden sie erleiden, wenn ihnen nun bezüglich des mit dem Eigenthum vereinigten Theils des Nießbrauchs ihr Anwachsungsrecht für alle Fälle abgeschnitten wäre. Billiges Recht für beide Parteien ist: daß einerseits dem das Eigenthum erwerbenden Vermächtnißnehmer sein bisheriges auf das Vermächtniß sich gründendes Mitgenußrecht erhalten werde, andererseits auch den Mitvermächtnißnehmern ihr Anwachsungsrecht, falls in der Person des Eigenthumserwerbers sich ereignet, was ihm, wenn er noch Nutznießer wäre, den Verlust des Nießbrauchs verursacht haben würde, dagegen aber auch diesem die Anwachsung zu Gute kommt, wenn einer der übrigen Vermächtnißnehmer später wegfällt ¹¹⁾. So wird denn auch dieser Fall beurtheilt in L.

11) Das letzte ist erheblich, wenn er mehrere Mitvermächtnißnehmer hatte und von diesen zunächst nur einer wegfällt, indem er alsdann mit dem übrig bleibenden auch in Ansehung des anwachsenden Theiles concurrirt; hatte er nur einen Collegatar, so erlangt er durch dessen Wegfall ohnehin plenam proprietatem.

3. §. 2. D. h. t. VII. 2. vgl. L. 6. pr. eod.¹²⁾. Auch diese Stelle aus Ulpian's lib. XVII. ad Sab. ist uns nun vollständiger überliefert durch Vat. fr. §. 83. Nach den Worten „Nec novum“ in L. 3. §. 2. cit. lesen wir hier:

nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit, nec ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo; et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor, subsecutus exemplum iuris civilis, utilem actionem dabit fructuario; et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat: quamquam Julianus lib. XXXV. Dig. scribat, ipsi quidem ius aderescendi *competere, non vero fructuario ab eo*¹³⁾.

Schon Julian war demnach der Meinung, welche als dem klaren Texte der Digesten widerstrebende Ansicht des H. v. Suerin von Glück a. a. O. S. 280. Anm. 34. scharf zurückgewiesen wird. Aber auch Ulpian hat nicht kurzweg das behauptet, was ihm die Digesten in den Mund legen und auch Neratius und Aristo und Pomponius gebilligt haben sollen. Diese Juristen waren ebenso wie Julian der Meinung, daß der Mitnießbraucher, der das Eigenthum der Sache erworben und so pro sua parte plenam proprietatem erlangt hatte, iure civili nicht mehr als Nießbraucher, also z. B. durch Tod

12) Glück a. a. O. S. 289. fg.

13) Die cursiv gedruckten Worte sind (gewiß richtige) Ergänzung von Bethmann-Hollweg. — In den Digesten ist statt der Worte „iisdem et nunc . . . fructuario“ nur gesetzt „iisdem et nunc amittet“, und die Worte „quamquam Julianus“ etc. sind ganz ausgelassen.

oder *Capitisdeminutio*, den mit dem Eigenthum wiedervereinigten Theil des Nießbrauchs wieder verlieren könne, da er nicht mehr Servitutberechtigter, sondern *pro parte* unbeschränkter Eigenthümer der Sache sei. Aber sie erkannten es als eine Forderung der Billigkeit, welcher der Prätor durch Gewährung von *utiles actiones* entsprechen müsse, daß den Mitvermächtnißnehmern des Eigenthums-erwerbers ihr bisheriges Anwachsungsrecht auch jetzt noch eben so erhalten werde, als wenn derselbe noch immer kraft des gemeinschaftlichen Vermächtnisses des Nießbrauches nur als Collegatar ihnen einstweilen einen Theil des Nießbrauches entziehe. Die Verfasser der *Digesten* aber haben jene Verweisung auf prätorische Hülfe für überflüssig gehalten, und dafür einfach gesagt, daß der Collegatar, der Eigenthümer geworden, auch nachher noch den *Ususfructus* aus denselben Gründen, wie vorher, zu Gunsten des Anwachsungsrechts der Mitvermächtnißnehmer verliere¹⁴⁾. Hieraus erhellt denn noch einleuchtender, daß *Suerin's* Meinung gegen die Absicht der *L. 3. §. 2. cit.* grell verstößt.

Daß andererseits auch der das Eigenthum erwerbende Vermächtnißnehmer ungeachtet der *Consolidation* noch das Anwachsungsrecht behalte, dagegen scheinen die genannten römischen Juristen auch vom Standpunkt des strengen Civilrechts kein Bedenken gehabt zu haben. Das erklärt sich aus folgender Erwägung: Das Anwachsungsrecht ist eine auch nach Verlust des zunächst erworbenen Theils des Nießbrauches noch fortwirkende Kraft des ursprünglichen Vermächtnißrechts, die auch dadurch nicht leiden kann, daß ein Collegatar das Eigenthum erwirbt und zu seinem Vermächtnißtheil das Nutzungsrecht nicht mehr als Servitut (sog. *ususfructus formalis*) hat, sondern als in so weit

14) *Heimsoeth l. c. pag. 44.*

servituttfreier Eigenthümer. Wenn Einem mit Anderen zusammen der Nießbrauch einer Sache vermacht war, und jener vor Erwerb des Vermächtnisses aus anderem Rechtsgrunde die *nuda proprietas* erworben hatte, so konnte nur ein sophistischer Jurist behaupten, daß nun jenes Legat für ihn unwirksam sei, weil er an seiner Sache auch nicht zu einem Theile die Servitut des Nießbrauchs erwerben könne, daß also nun kraft Anwachsungsrechts den Mitvermächtnißnehmern allein der ganze Nießbrauch zufalle. Wenn aber jener, ungeachtet er schon Eigenthümer ist, zu Anfang kraft des Legats die Collegatäre auf einen Theil des Nießbrauchs einschränkt, so muß consequent ihm auch, wenn später einer der Collegatäre wegfällt, vermöge derselben Vermächtnißkraft ein Anwachsungsrecht zuerkannt werden.

5) Mit dem unter Nr. 4. besprochenen Punkte steht in nahem Zusammenhange ein anderer Satz des römischen Rechts: Wenn Einem schlechtthin eine Sache, das Eigenthum derselben (*dominium, proprietas*), Anderen der Nießbrauch an dieser Sache vermacht ist, so soll jener mit diesen doch auch im Nießbrauch concurriren, d. i. sie auf einen Theil des Nießbrauchs einschränken, wenn ihm nicht ausdrücklich das Eigenthum nur mit Ausschließung des Nießbrauchs (*deducto usufructu*), also die *nuda proprietas*, vermacht ist; eben so wie, wenn demselben das Eigenthum (die *proprietas*) und zudem mit Anderen gemeinschaftlich auch der Nießbrauch ausdrücklich vermacht ist¹⁵⁾. So wird denn auch in Ansehung des Anwachsungsrechts der Eigenthumslegatar als Collegatar derjenigen, denen der Nießbrauch vermacht ist, behandelt. Das ist

15) L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. VII. 5. L. 19. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. L. 4. 6. pr. L. 9. D. h. t. VII. 2.

es, was die unter Nr. 4. besprochene Stelle Ulpian's zuerst als Hauptsatz ausspricht:

Non solum autem, si duobus ususfructus legatur, est ius adcresecendi, verum et si alteri ususfructus, alteri fundus legatus est; nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis iure adcresecendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem ¹⁶⁾.

Darauf folgt dann erst mit den Worten: „*Nec novum*“ etc. die unter Nr. 4. erklärte Regel, die Ulpian nur zur Bestärkung des vorangehenden Hauptsatzes herbeizieht, um den Einwurf abzuwehren, daß er etwas ganz Neues vorbringe. Er scheint demnach jene Regel als ausgemachter angesehen zu haben wie den Hauptsatz, zu dessen Unterstützung er sie als Parallele anführt. Jedoch ist nicht ganz klar, ob Ulpian diese Parallele durchgreifend gelten lasse, auch in so fern, daß der Eigenthumslegatar seinen Antheil am Nießbrauch nach den von diesem geltenden Regeln verlieren könne und dadurch das Anwachsungsrecht des Collegatars in Wirksamkeit trete. In dem Hauptsatz sagt er nur, daß, wenn derjenige, dem der Nießbrauch vermacht ist, diesen verliere, dessen Antheil am Nießbrauch dem Eigenthumslegatar magis iure accrescendi zufalle, quam redit ad proprietatem. Und in L. 4. D. h. t. wird selbst in dem Falle, wenn dem Eigenthumslegatar zugleich ausdrücklich neben zwei Andern der Nießbrauch vermacht ist, der dann zunächst jedem zu $\frac{1}{3}$

16) Vat. fr. §. 83. weicht vom Text der L. 3. §. 2. cit. ab, indem man dort liest: „si duobus do lego ususfructus legatur . . . verum (et) si alteri ususfructus, alteri proprietas, nam“ etc. Das *et* nach *verum* hat der Schreiber ohne Zweifel aus Versehen ausgelassen; die anderen Abweichungen des Digestentextes sind durch Interpolation bewirkt.

zukommt, nur für den Fall, wenn einer von den beiden letzten Capitisdeminutio erleidet, dessen $\frac{1}{3}$ dem anderen und dem Eigenthumslegatar iure accrescendi zugetheilt, nicht aber auch den beiden Collegataren ein Anwachsungsrecht beigelegt, wenn der Eigenthumslegatar Capitisdeminutio erleidet¹⁷⁾. Aber dies erklärt sich daraus, daß diese Stelle von Julian herrührt, der, wie wir jetzt aus Vat. fr. §. 83. wissen, den Collegataren im Nießbrauch auch gegenüber demjenigen, der das Eigenthum der Sache erworben hatte, das Anwachsungsrecht absprach, wenn in dessen Person später ein Grund des Nießbrauchverlustes eintrat. Dagegen Ulpian fand dies unbillig und wollte eben so den Collegataren gegen den Eigenthumserberber wie diesem gegen jene ein Anwachsungsrecht gewährt wissen. Wenn er nun damit den Fall, da Einem das Eigenthum, Anderen der Nießbrauch vermacht ist, zusammenstellt und davon sagt, auch in diesem Fall „est ius adcrecendi“, so muß man annehmen, daß er auch dieses in gleicher Weise der Billigkeit gemäß als gegenseitiges geachtet wissen wollte, wie in dem zur Vergleichung herbeigezogenen Fall; wäre er anderer Meinung, so müßte man erwarten, daß er dies ausdrücklich bemerkt hätte. Dazu ist noch Folgen-

- 17) L. 4. D. h. t. (Julian. lib. XXXV. Dig.): Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi eiusdem fundi ususfructus, habebimus ego et Maevius trientes in usufructu, unus triens proprietati miscebitur. Sive autem ego sive Maevius capite minuti fuerimus, triens inter te et alterutrum nostrum dividetur, ita ut semissem in usufructu habeat is, qui ex nobis capite minutus non fuerat, ad te proprietates cum parte dimidia ususfructus pertineat. — Von dem Fall, si tu (der Eigenthumslegatar) capite minutus fueris, ist keine Rede.

des zu beachten: in dem Fall, den Ulpian zu Anfang der Stelle speciell hervorhebt, wenn nemlich nur Einem das Eigenthum, nur Einem der Nießbrauch vermacht worden, ist es ganz gleichgültig, ob dem ersten beim Wegfall des letzten dessen Antheil am Nießbrauch iure adcrescendi zugesprochen wird oder als *rediens ad proprietatem* (vgl. oben S. 168. Num. 11.). Zwar legt Glück a. a. D. S. 168. 279. großes Gewicht darauf, vermeinend, daß durch Anwachsung der Nießbrauchtheil nur mit allen vom Testator darauf gelegten Lasten erworben werde, die bei einer Consolidation wegfallen würden. Allein daran kann Ulpian nicht gedacht haben, da hier überall ein *Vindicationslegat* vorausgesetzt wird, bei dem die Anwachsung *ipso iure sine onere* stattfand; und nach L. un. §. 11. *Cod. de cad. toll.* verhält es sich noch eben so, wenn die Vermächtnisnehmer nur *re coniuncti* sind; wie aber die beiden, deren einem das Eigenthum, dem anderen der Nießbrauch derselben Sache vermacht wird, *re et verbis coniuncti* sein sollen, ist nicht wohl zu erfinden. Wenn also Ulpian nicht mehr hätte sagen wollen, als was in dem angeführten Beispiel liegt („*nam amittente*“ etc.) so hätten wir es nur mit einer leeren Spitzfindigkeit der Auffassung zu thun, die durch das „*nec novum*“ etc. zu rechtfertigen nicht der Mühe lohete. Aber er wollte überhaupt dem Eigenthumslegatar neben den Nießbrauchslegataren ein Anwachsungsrecht beilegen, das sich als praktisch sehr bedeutend erweist, wenn neben ihm Mehreren der Nießbrauch vermacht ist und von diesen einer wegfällt, dessen Nießbrauchtheil wegen des Anwachsungsrechts der anderen noch nicht an das Eigenthum zurückfällt. Wenn nun in diesem Fall ihm doch, als wäre auch er Collegatar bezüglich des Nießbrauchs, mit den anderen Collegataren ein Theil des erledigten Theils zukommt, so spricht auch hier wie in dem Fall Nr. 4. die gleiche Bil-

ligkeit dafür, daß auch den Nießbrauchslegataren gegen den Eigenthumslegatar gleiches Recht gewährt werde.

Einer besonderen Beachtung bedarf aber noch L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. (Paul. lib. V. quaest.):

Si fundus duobus, alii ususfructus legatus sit, non trientes in usufructu, sed semisses constituentur; idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii et alii proprietas legata est. Et inter eos tantum ius adcrendi est.

Wenn zweien das Eigenthum, einem der Nießbrauch, oder umgekehrt zweien der Nießbrauch, einem das Eigenthum vermacht ist, so soll der Nießbrauch sich in zwei Hälften theilen, deren eine dort den beiden Eigenthumslegataren, hier den beiden Nießbrauchslegataren zusammen, die andere dort dem einen Nießbrauchs-, hier dem einen Eigenthums-Legatar zukommt. Das sagt auch Africanus in L. 9. D. h. t. VII. 2. Paulus aber setzt noch hinzu: „Et inter eos tantum ius adcrendi est“. Das kann grammatisch nur auf den zweiten Fall „si duo sint fructuarii et alii proprietas legata est“ bezogen werden, und scheint zu sagen, daß nur unter diesen beiden Usufructuaren, die mit einander in der einen Hälfte des Nießbrauchs concurriren, ein Anwachsungsrecht stattfindet, wenn nehmlich einer von ihnen den Nießbrauch verliert. Demnach würde Paulus in diesem zweiten Falle weder dem einen Eigenthümer gegenüber den beiden Nießbrauchern, noch diesen gegenüber jenem ein Anwachsungsrecht beilegen; vollends aber davon, daß auch im ersten Falle unter den beiden Eigenthümern ein Anwachsungsrecht stattfindet, ist in der Stelle nichts gesagt. Es ist hiernach nicht unwahrscheinlich, wie Heimsoeth a. a. D. S. 44. annimmt, daß Paulus in diesem Punkte überhaupt anderer Meinung war als Ulpian, und die Compileren nur aus

Versehen den obigen Satz der L. 26. §. 1. cit. aufgenommen haben, ohne den Widerspruch mit der in L. 3. §. 2. cit. gebilligten Ansicht Ulpian's zu bemerken. Indessen ist dieser Widerspruch auch noch auf andere Weise zu lösen: wenn man nehmlich annimmt, daß Paulus vorausgesetzt habe, den beiden Usufructuaren sei der Nießbrauch *coniunctim*, d. i. in einem Redesatze, vermacht worden, sie seien also *re et verbis coniuncti*. Nur unter dieser Voraussetzung scheint es auch gerechtfertigt, ihnen nur die Hälfte des Nießbrauchs, dem Eigenthumslegatar die andere Hälfte beizulegen. Gewiß machte die strenge Interpretation der römischen Juristen einen Unterschied zwischen folgenden beiden Fällen: a) „Maevio fundum do lego“; „Titio usumfructum fundi do lego“, dann „Seio quoque usumfructum fundi do lego“, b) „Maevio fundum do lego“, „Titio et Seio usumfructum fundi do lego“. Wenn angenommen wurde, dem Maevius sei *implicite* mit der *Proprietas* auch der *Ususfructus* vermacht, weil nicht ausdrücklich gesagt war „fundum deducto“ oder „detracto usufructu do lego“, so war doch im Fall a) durchaus kein Grund, die Theilung des Nießbrauchs unter die drei Personen anders zu bestimmen, als wenn verfügt wäre: „Titio usumfructum do lego, Seio usumfructum do lego, Maevio quoque usumfructum do lego“, in welchem Fall unzweifelhaft der Eigenthumslegatar Maevius nur zu $\frac{1}{3}$ mit den beiden anderen im Nießbrauch concurrirt, dann aber auch, wenn Titius oder Seius wegfällt, der Antheil des Maevius sich auf $\frac{1}{2}$ steigert¹⁸⁾. In dem Falle b) dagegen sind Titius

18) L. 4. D. h. t. Vgl. oben S. 173. Anm. 17. In dem Fall dieser Stelle können die Vermächtnisnehmer bezüglich des Nießbrauchs auch als *re et verbis coniuncti* gedacht werden, es macht aber keinen Unterschied, wenn sie auch nur *re coniuncti* waren.

und Seius als *re et verbis coniuncti* zusammen auf eine Hälfte beschränkt, haben aber auch, wenn einer von ihnen wegfällt, mit Ausschluß des Maevius das Anwachsungsrecht zu $\frac{1}{2}$; Maevius erlangt eine Erweiterung seines Nutzungsrechts erst, wenn beide wegfallen, und zwar den ganzen Nießbrauch oder *plenam proprietatem*, wie überall, wenn der *Ususfructus* endigt. Wird nun angenommen, Paulus habe in L. 26. §. 1. cit. den Fall b vor Augen gehabt, so konnte er wohl mit Beschränkung auf die beiden Fructuarien sagen: *et inter eos tantum est ius accrescendi*, mit Rücksicht auf den Wegfall des einen oder anderen von ihnen¹⁹⁾, ohne deshalb auch im Falle a ein Anwachsungsrecht des Maevius beim Wegfall des Titius oder Seius zu läugnen, weil dort derselbe ohnehin wegen vollständiger Erlöschung der *Servitut plenam proprietatem* erlangte und es nur subtil war, zu sagen, das geschehe *magis iure accrescendi*. Jedoch ist in L. 26. §. 1. cit. nicht ausgesprochen, daß in dem Fall a auch Maevius ein wirksames Anwachsungsrecht gegenüber den beiden anderen Legataren habe, und ebensowenig, daß diesen gegenüber jenem ein solches zustehet, und es ist wohl möglich, daß in Betreff des letzten Paulus mit Julian einer strengeren Ansicht huldigte als Ulpian. Das aber ist weder in L. 26. §. 1. cit. noch meines Wissens sonstwo ausgesprochen, daß auch unter zwei Eigenthumslegataren, neben welchem einem Dritten der *Ususfructus* vermacht ist, ein Anwachsungsrecht stattfinde. In dem ersten Fall der L. 26. §. 1. cit. wird entschieden, daß die beiden Eigenthumslegatäre zusammen nur zu $\frac{1}{2}$ den Nießbrauch haben, zu $\frac{1}{2}$ der Dritte. Da kann nicht daran gedacht

19) So deutet auch Heimsoeth an: nisi Papinianum (wofür zu setzen Paulum) unam tantum speciem: ex fructuariis aliquem defecisse, in mente habuisse statuamus.

werden, daß diesem anwachse, wenn einer der beiden ersten stirbt oder *Capitisdeminutio* erleidet. Aber auch daß in diesem Fall dem anderen Eigenthumslegatar der Nießbrauch des wegfallenden anwachse, ist nicht nur nicht gesagt, sondern auch völlig grundlos; es könnte nur behauptet werden, wenn durchgreifend überall anzunehmen wäre, daß das Vermächtniß des Eigenthums ohne Beschränkung ein Vermächtniß des Nießbrauchs in sich schließe; dann aber müßte auch, wenn nur zweien das Eigenthum, nicht neben ihnen einem Andern der Nießbrauch vermacht ist, consequent behauptet werden, daß unter jenen, nachdem beide das Eigenthum, jeder zu $\frac{1}{2}$, erworben haben, doch noch rücksichtlich des Nießbrauches ein Anwachsungsrecht fortbestehe, falls der eine vor dem anderen stirbt oder *Capitisdeminutio* erleidet oder gar *non utendo* den Nießbrauch verliert, und das wird doch Niemand vertheidigen. Nur, wenn der Fall gesetzt wird, daß zwei Eigenthumslegatäre mit einem *Usufructuar* zu gleichen Theilen im Nießbrauch concurriren, wie in L. 4. D. h. t. ein Eigenthümer mit zwei *Usufructuaren*, und nun mit *Ulpian* angenommen wird, daß, wenn einer der beiden ersten den Nießbrauch verliert, dem letzten *Anwachsung* gebühre, könnte man folgern, daß er darin durch den anderen Eigenthumslegatar beschränkt werde.

Hiernach bedarf das, was Glück a. a. D. S. 278. fg. über diese Fälle lehrt, einer erheblichen Berichtigung, und unhaltbar ist die Doktrin, die auf Grund der L. 26. §. 1. cit. in Vergleichung mit L. 3. §. 2. und L. 4. 9. D. h. t. übereinstimmend mit *Rosshirt's* Erklärung (I. S. 622.) aufgestellt wird von *Schneider* a. a. D. S. 300. fg. unter Nr. 5. 6. 7. Er stellt zuerst unter Nr. 5. als durchgreifende allgemeine Regel auf: Mehrere, denen bloß unbeschränkt Eigenthum hinterlassen ist, empfangen in der Concurrrenz mit Einem, dem der *Usufructus*

vermacht worden, zusammen immer nur die Hälfte des *Ususfructus*; eben so umgekehrt mehrere *Usufructuare* in der *Concurrenz* mit Einem *Eigenthumslegatar*. Das scheint durch *L. 9. D. h. t.* bewiesen. Aber ich beanstande das immer. Ich kann nicht glauben, daß die römischen Juristen diese Vertheilung ohne alle Rücksicht darauf, ob *coniunctim* oder *disiunctim* den Mehreren vermacht worden, behaupten wollten. Sie ist mir unbegreiflich in dem Fall, wenn den Mehreren das *Eigenthum* oder der *Ususfructus* *disiunctim* vermacht war. Zwar findet *Schneider S. 301.* darin nur die strengste und sumreichste Festhaltung eines vorher von ihm entwickelten Prinzips; aber wir werden unten sehen, daß dessen unter *Nr. 4.* versuchte Rechtfertigung der römischen Annahme einer *Concurrenz* des *Eigenthumslegatars* mit dem *Nießbrauchslegatar*, worin er dieses angebliche Prinzip entwickelt, durchaus nicht befriedigt, und dieses selbst auch nicht die obige Vertheilung befriedigend erklärt. Es ist nicht zu denken, daß durch den einfachen Satz der *L. 9. cit.* alle möglichen Verschiedenheiten in der Art und Weise des Bedenkens Mehrerer mit dem Vermächtniß des *Eigenthums* und des *Nießbrauches* derselben Sache gleichmäßig entschieden sein sollten; z. B. wenn Mehreren das *Eigenthum* oder der *Nießbrauch* theils *coniunctim* theils *disiunctim* vermacht war, und wie vollends, wenn die mehreren Legatäre nicht einmal *re coniuncti* waren? z. B. „*Titio et Seio aequis partibus*“ oder „*Titio pro parte dimidia fundum do lego, Seio et Maevio cuique partem quartam fundi do lego, Gaio et Sempronio aequis partibus usumfructum fundi do lego*“. Einfach lassen sich alle Fälle entscheiden, wenn man von der Annahme ausgeht, daß die römischen Juristen das Legat der Sache oder des *Eigenthums* ohne den ausdrücklichen Zusatz „*de-tracto usufructu*“ eben so ausgelegt haben, als wenn

ausdrücklich neben den Legataren des Nießbrauchs auch noch dem Eigenthumslegatar der Nießbrauch vermacht, also dieser jenen bezüglich des Nießbrauchs gleichsam als Collegatar zugesellt wäre, obgleich die Servitut des Nießbrauchs dem Eigenthümer an der eigenen Sache auch nicht pro parte zustehen kann.

Aber Schneider findet zwischen diesen beiden Fällen einen scharfen Gegensatz gemacht. Unter Nr. 6. sagt er: „Ist der Eigenthumslegatar speciell zum Ususfructus berufen, so theilt er mit den concurrirenden Ususfructuaren im gleichen Verhältniß der Zuweisungen des Ususfructus“. Wenn dem Titius das Eigenthum, dann dem Seius, Maevius und Titius der Nießbrauch vermacht ist, so concurriren nach L. 4. D. h. t. alle drei zu gleichen Theilen, jeder zu $\frac{1}{3}$. Aber das beweist nicht, daß in allen solchen Fällen der Eigenthumslegatar mit den Ususfructlegataren zu gleichem Theile im Nießbrauch concurrirt. Hat der Testator gesagt: „Titio fundum do lego, Seio et Maevio usumfructum do lego, Titio quoque usumfructum do lego“, so ist dem letzten unzweifelhaft der Nießbrauch zu $\frac{1}{2}$ zu erhalten, dem Seius und Maevius zusammen nur $\frac{1}{2}$ zuzusprechen; hat er gesagt: „Titio proprietatem do lego, Titio et Seio usumfructum do lego, Maevio quoque usumfructum do lego“, so wird, glaub' ich, dem Eigenthumslegatar Titius Jeder nur in Gemeinschaft mit Seius zu $\frac{1}{2}$ den Nießbrauch zuerkennen, jenem allein also zunächst nur zu $\frac{1}{4}$. Wenn nun hier unzweifelhaft ungeachtet der L. 4. cit. die Art und Weise der Conjunctio für die Bestimmung der Theile von entscheidendem Einfluß ist, so ist man wohl berechtigt anzunehmen, daß sie auch in dem Falle, wenn den Eigenthumslegataren nicht ausdrücklich noch der Nießbrauch vermacht ist, nicht ohne Einfluß sei, daß es nicht einerlei sei, ob das Eigenthum oder der Nießbrauch zweien oder mehreren

coniunctim oder disiunctim vermacht ist, und so geben L. 4. und L. 9. citt. keineswegs genügenden Beweis für die Richtigkeit der von Schneider beliebten scharfen Entgegensetzung der beiden Fälle, und das um so weniger, da sich diese an sich gar nicht empfiehlt; denn wenn die römischen Juristen den Eigenthumslegatar im Nießbrauch concurriren ließen, obgleich an eigener Sache Niemand eine Servitut haben kann, so läßt sich dieses allenfalls rechtfertigen durch die Annahme, daß in dem unbeschränkten Eigenthumsvermächtniß stillschweigend enthalten sei, was in dem Falle der L. 4. cit. ausdrücklich als des Testators Wille sich kund gibt; darnach aber wäre vielmehr eine gleichartige Beurtheilung der beiden Fälle angezeigt. In L. 4. cit. kann man sogar geradezu ein Argument gegen Schneider's Folgerungen aus dem begriffmäßigen Wesen des Eigenthumslegates finden; denn darnach müßte dem Eigenthumslegatar als solchem in dem Falle dieser Stelle zunächst schon auch Nießbrauch (zu $\frac{1}{2}$) zuerkannt werden und dann derselbe noch mit den beiden anderen (zu $\frac{1}{3}$ von $\frac{1}{2}$) concurriren; nur eine Willensauslegung beruhend auf der Erwägung der ganzen Anordnung, des Eigenthumslegates und der Verfügung über den Nießbrauch zusammengenommen, nicht sich bindend an jenen Begriff des Eigenthumslegates, konnte zu dem Resultate kommen, daß den drei Concurrenten der Nießbrauch jedem zu $\frac{1}{3}$ zukomme.

Hiernach nun kann ich auch zu dem Rechtsatz, den Schneider S. 302. unter Nr. 7. aufstellt, mich nicht bekennen:

„Concurriren unbeschränkte Eigenthumslegatäre mit Usufructlegatären im Nießbrauche, so steht beiden Gattungen von Legatären zwar überhaupt das Anwachsungsrecht gegen einander zu; aber beim Wegfallen eines Legatars kommen zunächst die Legatäre derselben Gattung,

zu welchen der Ausfallende gehörte, zum Anwachungsrecht im *Ususfructus*; die Legatäre der anderen Gattung sind so lange davon ausgeschlossen, als noch einer von jenen übrig bleibt.“

Ein wunderlicher Rechtsatz! Die Eigenthumslegatäre sollen gegen einander bezüglich des Nießbrauchs ein Anwachungsrecht haben; gegen die Legatäre, die allein „eigentliche *Ususfructlegatäre*“ sind, soll der Eigenthumslegatär ein Anwachungsrecht bezüglich des Nießbrauchs erst dann erlangen, wenn dasselbe für ihn werthlos ist, nehmlich wenn kein eigentlicher *Ususfructuar* mehr da ist, der sein Eigenthum beschränkt!

Uebrigens ist der Satz des römischen Rechts, daß derjenige, welchem schlechtlin das Eigenthum einer Sache vermacht ist, mit demjenigen, dem an derselben Sache schlechtlin der Nießbrauch vermacht ist, im Nießbrauch concurrirre, vom Standpunkt des neueren Rechts mit gutem Fug beanstandet worden²⁰). Dagegen wird er zwar von Schneider a. a. O. S. 296. fg. lebhaft vertheidigt als einer der scharfsinnigsten Sätze, der „unmittelbar hervorgeht aus dem substantiellen Gedanken, den das Römische Recht im *Ususfructus* überhaupt anerkennt“. Aber ich begreife es, daß Brinz und Windscheid sich dadurch nicht abhalten ließen, den Satz als unpraktisch anzutasten²¹). Allerdings,

20) Vgl. namentlich W. Francke *obss. de iure legatorum et fideicommissorum*. Jenae 1832. cap. II. „de dominio rei et eiusdem rei usufructu legato“. Brinz *Pand.* erste Aufl. I. S. 901. Unger *Erbrecht* §. 71. Anm. 5. Windscheid *Pand.* III. §. 656. Anm. 6.

21) In meinem *Lehrb. der Pand.* §. 575. nota I (vgl. auch die *civilist. Schriften* II. S. 477.) ist er noch ohne Beanstandung aufgenommen unter Verweisung auf L. 19. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2., übereinstimmend mit Bangerow *Pand.* II. §. 554. S. 534. (7. Aufl.). Genauere Prüfung überzeugt mich, daß dies nicht zu loben ist.

wer sich verpflichtet, eine Sache zu geben, das Eigenthum einer Sache (*dominium rei, proprietatem*), ohne Beschränkung oder Vorbehalt, der genügt seiner Verpflichtung nicht, wenn er das Eigenthum belastet mit dem Nießbrauchsrechte eines Dritten überträgt; es wird als selbstverständlich angenommen, daß er Eigenthum nicht ohne das wichtigste Recht des Eigenthümers, die Befugniß zum Nutzgenuß der Sache, zu gewähren verpflichtet sei²²⁾; der Käufer der Sache kann auf Evictionsleistung klagen, wenn ein Dritter gegen ihn das Recht des Nießbrauchs erstreitet, von dem beim Kaufe keine Rede war²³⁾. So ist auch an anderem Orte schon ausgeführt, daß derjenige, welchem eine Sache vermacht ist, an der einem Dritten der Nießbrauch zusteht, wenn der Testator davon Kenntniß hat, vom Vermächtnißträger verlangen kann, daß er ihm das unbeschränkte Eigenthum der Sache gewähre²⁴⁾. Unrichtig aber ist es gleichwohl, zu sagen, Fruchtgenuß und Gebrauch sei etwas so Wesentliches im Eigenthumsrechte, daß die Gesetze jenen in diesem niemals übersehen; zu sagen, mit dem Eigenthum verbinde sich immer „das bestimmte juristische Bewußtsein, daß das Eigenthum den usus und die fructus gibt, eben so gut und so sehr, wie sich damit die Vorstellung der Verfügungs-Befugniß über die Substanz der Sache verknüpft“. Es ist charakteristisch im Begriff des Eigenthums, daß er durch die mannichfaltigsten Beschränkungen der Eigenthumsbefugnisse nicht aufgezehrt wird; der Rechtsbegriff des Eigenthums besteht fort, wenn auch der Nießbrauch einem Anderen zusteht; es kann also nicht heißen, dem Rechtsbegriff als solchem

22) L. 126. §. 1. D. de V. O. XLV. 1.

23) L. 66. pr. D. de contrah. emt. XVIII. 1. L. 49. D. de evict. XXI. 2.

24) Vgl. den Commentar Th. 46. S. 127—131.

von seinem Wesen etwas entziehen, ein Rechtsverhältniß unjuristisch auffassen, kann nicht uncivilistisch genannt werden, wenn man unter Umständen in einer Willenserklärung Eigenthum als Eigenthum ohne Nießbrauch, als *nuda proprietas*, auslegt; es kommt nur darauf an, ob im gegebenen Fall solche Auslegung durch genügenden Grund gerechtfertigt erscheint. Wenn der Eigenthümer einer Sache in einem Geschäft dem A das Eigenthum, dem B den Nießbrauch verkauft, indem beide für den Gesamtpreis solidarisch sich verpflichten, so wird gewiß Niemand dem A einen Anspruch auf das volle Eigenthum beilegen; hat doch der Käufer der Sache keinen Anspruch darauf, wenn ihn beim Verkaufe nur kundgethan ist, daß einem Dritten der Nießbrauch daran zustehe²⁵⁾. Wenn der Testator per *damnationem* in einem Saze dem A das Eigenthum, dem B den Nießbrauch derselben Sache vermachte, konnte man es dem Willen des Testators entsprechend finden, daß der Erbe dem A die Sache zu vollem Eigenthum zu verschaffen habe und daneben dem B den Nießbrauch gewähren oder ihn dafür entschädigen müsse? Wenn verfügt war: „dem A vermache ich eine Summe von 10,000, jedoch dem B den Nießbrauch dieser Summe“, müßte man dem ersten 5000 sofort zu vollem Eigenthum zusprechen, dem andern nur zu 5000 den *Quasiusufructus*? Ja wohl! sagt man: Julian hat das klar und deutlich ausgesprochen²⁶⁾.

25) L. 39. §. 5. D. de evict. XXI. 2.

26) In L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. VII. 5. (Julian. lib. XXXV. Dig.): Si tibi decem milia legata fuerint, mihi eorundem decem milium usufructus, fient quidem tua tota decem milia, sed mihi quinque numerari debent ita, ut tibi caveam tempore mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri; nam et si fundus tibi legatus fuisset et mihi eiusdem fundi usufructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem

Und *Modestinus* sagt: wer des Willens sei, dem einen nur die *nuda proprietas*, dem anderen den ganzen Nießbrauch einer Sache zu vermachen, der müsse jenes ausdrücklich aussprechen; sonst werde der Nießbrauch unter beide sich theilen²⁷⁾. Aber darin kann man nur eine Wortstrenge der Auslegung erkennen, die sich nach dem alten Recht der Legate wohl begreift, die aber schon mit der freien Entwicklung des neueren römischen Rechts der Vermächtnisse nicht harmonirt und für die heutige Auslegung vollends nicht bindend erachtet werden kann. *Julian* hat ein *Vindicationslegat* vor Augen; denn, wäre *per damnationem* Einem das Grundstück schlechtweg, dem *Seius* der Nießbrauch desselben vermacht worden, und unter dem Grundstück das volle Eigenthum zu verstehen, so hätte nach der Regel des *Damnationislegates* der erste eine Forderung auf das volle Eigenthum, der andere auf den ganzen Nießbrauch gehabt, keiner hätte *'unmittelbar proprietatem oder usumfructum'* erworben. Bei dem *Vindicationslegato* konnte, wenn Mehreren dasselbe Grundstück vermacht war, jeder behaupten, es sei ihm das ganze Grundstück vermacht, mußte sich aber durch die *Concurrenz* des gleichberechtigten Legatars die Beschränkung auf einen Theil gefallen lassen; so mochte derjenige, dem das Grundstück ohne Beschränkung vermacht

cum usufructu, partem sine usufructu, et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitrato.

- 27) *L. 19. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. (Modestini libro sing. de heurmat.): Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: 'Titio fundum detracto usufructu lego, (vel) Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato'. quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum (quam quod actum?) sit.*

war, gegenüber demjenigen, dem der Nießbrauch daran vermacht war, einfach das Eigenthum vindiciren, mußte sich aber im Nießbrauch durch die Concurrrenz des Nießbrauchlegatars beschränken lassen. Betrachtet man den Nießbrauch gleichsam als *pars dominii*, so war nur der Fall, wenn ausdrücklich dem einen die *nuda proprietas*, dem anderen der *Ususfructus* vermacht war, dem Fall zu vergleichen, wenn zweien dieselbe Sache ausdrücklich zu gleichen oder ungleichen Theilen *per vindicationem* vermacht war, der Fall der *L. 6. pr. cit.* aber vergleichbar dem Falle, wenn einem ein Theil, einem anderen aber das ganze Grundstück vermacht war. Auch *Modestinus* muß a. a. D. ein *Vindicationslegat* im Sinn gehabt haben. Zwar erscheint in dem in *L. 19. cit.* angeführten Beispiel das Legat des *Ususfructus* als *Damnationislegat* „*usumfructum heres dato*“. Aber diese Stelle ist ohne Zweifel durch *Interpolation* verderbt worden. Das handschriftliche *vel* paßt nicht in den Zusammenhang; wird es aber nach *P. Faber* einfach gestrichen, wie es auch *Schneider S. 297.* ohneweiters ausläßt, so stellt sich das Beispiel nach dem zu *Modestin's* Zeit geltenden Recht als unpassend heraus. Sicher zwar war hier, daß dem *Titius* nur *nuda proprietas* zukam, dem *Seius* der ganze *Ususfructus*; aber wenn der Zusatz „*detracto usumfructu*“ auch fehlte, konnte doch nicht richtig gesagt werden: „*ususfructus inter eos communicabitur*“; vielmehr erwarb dann *Titius ipso iure* das volle Eigenthum, dem *Seius* aber hatte der Erbe nichts desto weniger den ganzen *Ususfructus* oder dessen *Aestimatio* zu prästiren, so gewiß als er, wenn beiden *disiunctim* die ganze Sache *per damnationem* vermacht war, jedem das volle Eigenthum, beziehungsweise dessen Werth zu geben verpflichtet war. Vermuthlich hatte *Modestinus* diese Verschiedenheit der Legatsformen berücksichtigt und mag der Satz

„*vel Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato*“ daherrühren; die Compilatoren aber haben in Rücksicht auf das Justinianische Recht auch diese Stelle abgeändert. Ob etwa Modestinus auch angedeutet hatte, wie es sich verhalte, wenn auch dem Titius das Eigenthum ohne jenen Zusatz, wie dem Seius der *Ususfructus*, *per damnationem* legirt war, muß dahin gestellt bleiben; daß er aber hier dem Titius nur *pro parte* die Forderung auf volles Eigenthum, dem Seius nur *pro parte* die auf den Nießbrauch zugesprochen habe, kann höchstens in dem Falle mit einiger Wahrscheinlichkeit vermuthet werden, wenn in einem Satze dem Titius das Eigenthum, dem Seius der Nießbrauch *per damnationem* vermacht war, wosern man nehmlich daran festhält, daß das Vermächtniß der Sache zugleich das Vermächtniß des Nießbrauchs in sich schließe, rücksichtlich des Nießbrauchs also der Fall zu beurtheilen sei nach Analogie des Falles, wenn zweien *coniunctim* das Eigenthum oder der Nießbrauch einer Sache *per damnationem* vermacht war²⁸⁾, obgleich nach ungezwungener Auslegung gerade in diesem Fall am nächsten lag, als Willen des Testators anzunehmen, daß der eine nur die Proprietät, der andere den ganzen Nießbrauch bekommen solle.

Mag nun auch als ausgemacht anzusehen sein, daß bei dem *Vindicationslegat* nach classischem Recht die fragliche strenge Interpretationsregel befolgt wurde, so muß doch zugegeben werden, daß diese nach der vollen Entwicklung des Rechts der Fideicommissis und der späteren Verschmelzung der verschiedenen Arten der Vermächtnisse sehr verwunderlich erscheint, wenn erwogen wird, wie frei in der Auslegung letztwilliger Verfügungen sonst die *quaestio voluntatis* behandelt wurde, und wie frei man sich be-

28) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 450. fg.

wegte, wo es in Frage stand, ob und wie weit ein Vermächtniß durch eine spätere Verfügung zurückgenommen oder geändert sei ²⁹⁾. So glaubt man sich berechtigt, den Compilatoren einen Vorwurf daraus zu machen, daß sie die Stelle des *Modestinus* nicht lieber ganz beseitigt haben, anstatt sie, wie wahrscheinlich ist, durch Interpolation zu corrumpiren und so eine immerhin aufstößige Norm in ihr Rechtsbuch aufzunehmen. Daß dieser durch *L. 23. pr. Cod. de legatis. VI. 37.* vom Jahr 530. u. Chr., worauf sich *Francæ* beruft, derogirt sei, läßt sich freilich nicht behaupten, schon darum nicht, weil diese Constitution nur den Fall betrifft, wenn zuerst Einem ein Ganzes, dann einem Anderen ein Theil desselben vermacht ist, die fragliche Regel aber eben so anwendbar war, wenn zuerst dem einen der Nießbrauch, dann dem anderen das Eigenthum vermacht war ³⁰⁾. Mit besserem Grund läßt sich wohl die Ansicht vertheidigen, daß nach der überwiegenden Bedeutung, welche *Justinian* bei der Verschmelzung der Vermächtnißarten dem Recht der Fideicommissse, bei denen vor allem die *voluntas defuncti* zu beachten war ³¹⁾, beigelegt hat ³²⁾, es dem Geiste der Justinianischen Gesetzgebung widerstreite, noch an dem Ausspruch *Modestin's* festzuhalten, wenn in einzelnen Fälle wirklich als Wille des Erblassers erkannt wird, daß dem einen Legatar nur Eigenthum ohne Nießbrauch vermacht sein solle; doch kann man dagegen immerhin einwenden, daß jene Verschmelzung

29) *Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommiss. XXXIV. 4.*

30) Vgl. den *Comment. Th. 46. S. 517. fg. Schneider a. a. O. S. 300.*

31) *L. 127. D. de legat. I.*

32) *L. 2. Cod. de legat. VI. 37. §. 3. J. de legat. II. 20.*
Vgl. den *Comment. Th. 46. S. 72—75.*

der Vermächtnisse schon vor der Publication der Digesten vollzogen war, und in diesen doch noch der nackte Satz sich findet: plus valet scriptura quam quod actum est. Unerträglich aber ist es, daß heutzutage die Auslegung durch jene Erklärung Modestini's gebunden sein soll, da nach unserer Auffassung das „Eigenthum“ keineswegs so wesentlich als den Nießbrauch in sich schließend zu verstehen ist, daß das Legat des Eigenthums ohne alle Rücksicht auf den aus dem Zusammenhang erkennbaren Willen des Erblassers als den Legatar auch zum Nießbrauch berechtigend zu achten sei³³⁾. Unmöglich kann sich die heutige praktische Rechtswissenschaft mit dem Satze befreunden, mit welchem Schneider seine Erörterung unter Nr. 4. abschließt: „Steht es fest, daß der Testator dem Einen das hat geben wollen, was das Legat ausdrückt, so kann es nun unmöglich noch seiner Macht anheim gestellt bleiben, die Wirkung, die sich schon begriffsweise an dieses Legat knüpft, zu hemmen; dies aber würde hier geschehen, wenn man in der unbeschränkten Hinterlassung des Eigenthums nicht auch Hinterlassung des Ususfructus anerkennen wollte“ u. s. w. Das ist ja gerade fraglich, steht also nicht fest, daß der Testator dem Einen das hat geben wollen, was nach Schneider's Auffassung das Legat ausdrückt; es können sogar für das Gegentheil Beweisgründe vorliegen; wenn aber auch unter dem Vermächtniß der Sache oder des Eigenthums schlechtweg in der Regel das Vermächtniß unbeschränkten Eigenthums zu verstehen ist, wie kann man dem Testator die Macht absprechen, dessen Wirkung durch eine andere Verfügung zu hemmen, ihm, der die Macht hat, sogar jenes Vermächtniß ganz wieder zu vernichten? Von einem Mangel an Macht des Testators kann hier nicht die Rede sein; es fragt sich nur, was er

33) Windscheid a. a. O.

gewollt und als seinen Willen genügend erklärt hat. Wer aber mit Bewußtsein Einem das Eigenthum, einem Andern schlechthin den Nießbrauch, wohl gar ausdrücklich den ganzen Nießbrauch vermacht, als dessen Wille muß es in der Regel unbefangener Auslegung erscheinen, dem ersten zwar das Eigenthum zu hinterlassen, den Nießbrauch aber vorerst zu Gunsten des anderen zu entziehen.

Immerhin aber kann es auch wohl der Fall sein, daß man den Eigenthumslegatar mit dem Usfructuar im Nießbrauch mit Recht concurriren läßt. So würde z. B. gewiß zu entscheiden sein, wenn die letztwillige Verordnung lautet: „Mein Haus vermache ich dem A und B, dem letzten jedoch nur zum Nießbrauch“. Unzweifelhaft vollends ist dies nach L. 4. D. h. t., wenn einem das Eigenthum einer Sache und zugleich noch ausdrücklich mit anderen auch der Nießbrauch vermacht ist³⁴⁾. Wo nun solcherge-
stalt einer, dem Eigenthum vermacht ist, mit anderen, denen nur Nießbrauch vermacht ist, im Nießbrauch concurrirt, da kann denn auch, wie in dem Fall unter Nr. 4. von einem Anwachsungsrecht des Eigenthümers die Rede sein. In Beziehung auf diese Fälle ist aber noch L. 5. D. h. t. hervorzuheben, welche als Julian's Meinung anführt und stillschweigend billigt, daß dem Eigenthümer auch, wenn er das Eigenthum deducto usufructu einem Andern übertrage, jenes Anwachsungsrecht erhalten bleibe³⁵⁾. Der durch den Vorbehalt bei der Veräußerung ihm gesicherte Nießbrauch ist nicht als neuer jetzt erst ihm erworbener Nießbrauch zu betrachten, sondern nur als Fortsetzung des Rechts, das ihm durch das Legat erworben war, wenngleich

34) Vgl. oben S. 173. Anm. 17.

35) Vgl. Glück a. a. O. S. 280 fg. Anm. 36. Im Text der L. 4. cit. ist *traditoris* interpolirt für *mancipaveris*; vgl. Vat. fr. §. 47. 80. mit L. 3. §. 1. D. h. t.

es bisher nicht als sog. *usufructus formalis* bestand und jetzt erst, da er nicht mehr Eigenthümer ist, diesen Charakter einer wahren Servitut annimmt; so macht sich denn auch nun noch sein Vermächtnißrecht in der Accrescenz gegenüber den Mitvermächtnißnehmern geltend. Wie aber, wenn er die Sache *non deducto usufructu* veräußert (*mancipirt, tradirt*) hat? Cuiacius hat die Worte „*deducto usufructu*“ als ein unnützes Glossen verachtet. Mit Recht wird das von Glück a. a. D. getadelt, weil ohne jene Worte der Schlusssatz der L. 5. cit. „*nee videri novum tibi acquiri usumfructum*“ keinen vernünftigen Sinn hätte. Darin aber stimmt Glück doch mit Cuiacius überein, daß auch, wenn der Eigenthümer ohne Vorbehalt des Nießbrauchs die Sache veräußert hätte, dennoch das Accrescenzrecht statt haben würde. Daß aber auch Julian dieser Meinung war, ist wohl zu bezweifeln. Nach Vat. fr. §. 85. betrachtete er den Eigenthümer, der neben Andern zu einem Theil den Nießbrauch behauptete, in so weit einfach als *plenam proprietatem habens*. Wenn nun ein solcher ohne Vorbehalt sein Eigenthum veräußerte, so konnte dadurch zwar das Recht seiner Mitnutznieser nicht beeinträchtigt werden; aber sein Eigenthum mußte doch so wie er es hatte, also *pro parte cum usufructu* auf den neuen Eigenthümer übergehen, dem dann durch den Wegfall jener Mitnutznieser das ganze volle Eigenthum zufiel. Doch könnte man einwenden, der veräußernde Eigenthümer behalte nach Nr. 3. doch noch sein Anwachsungsrecht gegenüber den Collegatarien, obgleich er zu seinem Theil den Nießbrauch durch die Veräußerung an den neuen Eigenthümer verloren habe. Aber kann ihm wohl gestattet werden, daß er nun wieder als zu dem accrescirenden Theil Servitutberechtigter gegen denjenigen auftrete, dem er selbst die Sache ohne Vorbehalt des Nießbrauchs zu Eigenthum übertragen hat?

6) Eine andere Stelle, die sich auch in den Vaticanischen Fragmenten wieder findet (als §. 80), ist L. 3. §. 1. D. h. t. (Ulpian. lib. XVII. ad Sab.):

Unde Celsus libro decimo octavo scribit: si duo fundi domini deducto usufructu proprietatem tradiderint, uter eorum amiserit usumfructum, ad proprietatem redire; sed non ad totam; sed cuiusque usumfructum ei parti accedere, quam ipse tradiderit; ad eam enim partem redire debet, a qua initio divisus est ³⁶).

Die Stelle schließt sich unmittelbar an L. 3. pr. D. h. t. oder Vat. fr. §. 78. 79. an, worin erklärt wird, daß, wenn zwei zu Erben eingesetzt sind und einem Dritten das Eigenthum deducto usufructu vermacht ist, unter den Erben, denen der Nießbrauch vorbehalten ist, kein Anwachungsrecht stattfindet ³⁷). Mit diesem Fall hat der in L. 3. §. 1. cit. eine gewisse Verwandtschaft. Wie dort durch die letztwillige Anordnung die beiden Erben Nutznießer werden, jeder pro parte sua hereditaria, so werden hier die beiden bisherigen Miteigenthümer Nutznießer, jeder zu dem Theile, zu welchem ihm das Eigenthum zustand. Wenn nun einer der beiden Nutznießer wegfällt, so gereicht das nicht dem anderen zum Vortheil, sondern dem Eigenthümer; es besteht kein Anwachungsrecht unter jenen. Daß in L. 3. §. 1. noch besonders betont wird, daß der von Einem verlorene Nießbrauch nur dem von demselben veräußerten Eigenthumsantheil zufalle, war wichtig, wenn etwa jeder Miteigenthümer einem Andern sein Eigenthum mit Vorbehalt des Nießbrauchs veräußert hatte. Die

36) Vat. fr. §. 80. weicht von diesem Texte darin ab, daß wir statt *tradiderint*, *tradiderit* lesen *mancipaverint*, *mancipaverit*.

37) Vgl. Glück a. a. O. S. 267., oben S. 103.

mancipatio deducto usufructu konnte ohne Zweifel nur gesondert von jedem Miteigenthümer, nicht von beiden in einem Act geschehen, wenn sie auch beide demselben Dritten die Sache mancipiren wollten. Die Tradition mit solchem Vorbehalt kann aber unbedenklich auch in einem gemeinschaftlichen Act geschehen, und dabei kann denn auch der Nebenvertrag unbedenklich darauf gerichtet werden, daß den beiden Tradenten gemeinschaftlich der Nießbrauch vorbehalten sein solle, dergestalt, daß dieser nach dem Tode des einen ganz dem überlebenden verbleibe. Die Gültigkeit eines solchen Vertrages ist wohl nicht zu bestreiten; man braucht ihn nur so aufzufassen, daß der neue Eigenthümer, indem er das Eigenthum deducto usufructu durch Tradition der beiden Miteigenthümer erwirbt, zugleich jedem derselben von der Zeit des Wegfallens des einen von ihnen auch zu dessen Theil den Nießbrauch einräumt. Dasselbe kann in gleicher Weise auch bei direkter Bestellung des Nießbrauchs durch Vertrag an mehrere Personen erzielt werden. Aber es ist dazu überall klare Vertragsbestimmung erforderlich³⁸⁾.

Uebrigens enthält Vat. fr. §. 80. noch folgenden Zusatz:

Plane, inquit, si partem usufructus habeas, et ego totam proprietatem cum partis usufructu, non possum (*posse me*) eam partem tibi mancipare, quae est sine usufructu, quoniam nullam partem habeo, in qua non est tibi usufructus.

38) Hiernach ist die Bemerkung, mit welcher Glück a. a. D. S. 308. den Titel de usufructu accrescendo abschließt, zu modificiren. Nur wenn man, wie Glück Th. 9. S. 64. an der jetzt von den Meisten aufgegebenen Ansicht festhält, daß zur Bestellung des Nießbrauchs durch Vertrag noch quasitraditio erforderlich sei, kann man obige Sätze bestreiten.

Mit Recht haben die Compileren diesen Zusatz in L. 3. §. 1. cit. ausgelassen. Bei der Formlosigkeit der Tradition und der neueren Bestellung des Nießbrauchs ist wohl möglich, was Celsus bei der förmlichen Mancipatio beanstandete: daß nemlich der Eigenthümer demjenigen, dem zum Theil der Nießbrauch zusteht, zu eben demselben Theil auch das Eigenthum überträgt, so daß nun beiden das volle Eigenthum als Miteigenthümern zusteht nach demselben Verhältniß, wie bisher der Nießbrauch unter ihnen getheilt war. Es würde für das Justinianische Recht einen unpraktischen Satz leerer Subtilität ergeben haben, wenn die Compileren auch diese Bemerkung des Celsus, nur *tradere* für *mancipare* interpolirend, aufgenommen hätten.

7) Besonders bemerkenswerth ist noch L. 8. D. h. t. in Vergleichung mit Vat. fr. §. 86. 87. 88. Es gibt keine Stelle der Digesten, welche erweislich in dem Maße durch Interpolationen zugerichtet ist, wie die L. 8. cit., mit der Ueberschrift: „Ulpianus libro decimo septimo ad Sabinum“. Sie betrifft den Fall, wenn der Mutter mit ihren Kindern („*matri cum liberis suis*“) oder nach Vat. fr. §. 86. der Gattin mit den Kindern („*uxori cum liberis*“) der Nießbrauch vermacht ist. Nach den Vat. fr. l. c. hat nun Ulpian unterschieden, ob das Vermächtniß ein Vindications- oder ein Damnationslegat war, und dabei in Frage gestellt, ob die Kinder auch als Legatarien zu betrachten oder jenes Vermächtniß so auszulegen sei, daß der Gattin allein der Nießbrauch vermacht sein, diese aber denselben in Gemeinschaft mit den Kindern ausüben solle. War das Legat ein Vindicationslegat, so behalte, sagt er, die Gattin, wie Sabinus bemerke, nach dem Tode der Kinder jedenfalls den ganzen Nießbrauch, man möge die Kinder als Collegatarien der Gattin ansehen oder nicht; nach dem Tode der Mutter aber falle

den Kindern nur, wenn sie Legatäre waren, der ganze Nießbrauch zu iure accrescendi; wenn sie Erben und als solche Eigenthümer des Nießbrauchgegenstandes seien, iure dominii, sonst dem jetzigen Eigenthümer³⁹⁾.

Wenn aber, so fährt Ulpian fort, der Mutter per damnationem der Nießbrauch vermacht ist, so ist dieser, wofern auch die Kinder Legatarien sind, zwischen ihnen und der Mutter von Anfang an getheilt und versteht sich dann von selbst, daß von Anwachsungsrecht keine Rede sein kann; im andern Fall aber ist die Mutter allein Vermächtnißnehmerin des ganzen Nießbrauchs und das Sterben der Kinder ändert nichts in ihrem Recht⁴⁰⁾. Dabei erwähnt denn Ulpian der Ansicht Julian's, daß der Testator, der nur die Kinder zu Erben einsetzt, bei jenem Vermäch-

39) Vat. fr. §. 86. Novissime, quod ait Sabinus, si uxori cum liberis ususfructus legetur, amissis liberis eam habere, quale sit, videndum. Et si quidem, do lego' legetur, tametsi quis filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit propter ius adcrecendi; sed si legatarii non fuerunt, multo magis, quoniam partem ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur. Matre autem mortua, si quidem legatarii fuerunt, soli habebunt iure adcrecendi; si heredes, non iure adcrecendi, sed iure dominii, si fundus eorum est, ipsis adcrecitur. sed si nec heredes fuerunt, nec legatarii, nihil habebunt.

40) Vat. fr. §. 86. in fine oder §. 87. initio: Quodsi per damnationem fuerit ususfructus legatus matri, siquidem legatarii sunt filii, partes sunt (W o m m s e n: partes sumunt, H u s c h k e: partes factae sunt); si non sunt, sola mater legataria est, nec mortalitas liberorum partem ei facit. H u s c h k e liest hier „partem eius facit“, übersetzt also vermuthlich: „und das Sterben der Kinder macht nicht ihr einen Theil zu eigen“ (iure accrescendi), da sie ohnehin allein den ganzen Ususfructus hat.

nist diese nicht als Collegatarien der Mutter betrachtet wissen, sondern nur andeuten wolle, die Mutter solle den Nießbrauch in Gemeinschaft mit den Kindern ausüben; sonst würde bei dem Damnationsrecht ein Anwachsungsrecht nicht statthaben⁴¹⁾. Gerade beim Damnationslegat scheint Julian jene Willensauslegung treffend gefunden zu haben, weil dabei kein Anwachsungsrecht stattfand, also die Mutter, wenn die Kinder als Legatarien angesehen wurden, nur einen Theil des Nießbrauchs erhielt und, wenn die Kinder vor ihr starben, deren Theil an das Eigenthum zurückfiel. Bei dem *do lego legatum* galt zwar *ius accrescendi*, aber, so bemerkte Julian, wenn hier auch die Kinder Legatarien und die einzigen Erben seien, so bestche unter ihnen doch kein *ius accrescendi*, weil für jedes der (beiden) Kinder das Legat nur bestche, soweit es auf dem Erbtheil des anderen laste, im Nießbrauch also sie nicht miteinander, beide aber je nach Maßgabe des Erbtheils des anderen mit der Mutter concurriren, und nur rückichtlich dieses Theils beim Wegfall der Mutter ein Anwachsungsrecht haben, der Mutter allein beim Wegfall des einen oder anderen der Kinder ein solches zustche⁴²⁾.

41) Vat. fr. §. 87. Sabinus certe verbis istis non ostendit, utrum legatarii fuerint necne. sed Julianus lib. XXXV. Dig., relata Sabini scriptura, ait, intelligendum eum, qui solos liberos heredes scribit, non ut legatariorum fecisse mentionem, sed ut ostenderet magis, matrem ita se velle frui, ut liberos secum habeat; alioquin, inquit, in damnatione non permittebat *ius adcrecendi*.

42) Vat. fr. l. c. Proposuit autem Julianus vel *do lego legatum usumfructum vel per damnationem*, et sic sensit, *quomvis legatarii sint et heredes soli*, in *do lego legato non esse ius adcrecendi, perinde atque si alteri ab altero legetur* (quoniam a semet ipsis

Was dagegen das Damnationslegat jenes Inhalts betrifft, so hat Julian noch zur Bestärkung seiner Auslegung eine bei Pomponius gefundene Entscheidung angeführt, wonach jenes nur als ein Legat der Mutter angesehen werde, den Nießbrauch in Gemeinschaft mit den Kindern gewährend, und die letzten nach dem Tode der Mutter nicht als Legatarien, sondern als Erben den Fruchtgenuß erhalten, wozu aber Pomponius noch die Bemerkung macht, daß, wenn mit den Kindern auch fremde Personen zu Erben eingesetzt seien, die ersten auch Legatarien des Nießbrauchs seien und ein Aufwachsungsrecht überall nicht statthabe, nach der vom Damnationslegate geltenden Regel ⁴³).

inutiliter legatum est), sibi non concurrunt, matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione; et in eo dumtaxat ius adcrendi erit; mater tamen adversus utrumque ius adcrendi habet. — *quamvis* ist Ergänzung von Mommſen, *perinde atque* von H u ſ c h k e (iurisprud. anteius. ed. 3. pag. 706). Uebrigens vgl. dazu den Comment. Th. 47. S. 110. Num. 92. 94. S. 127. fg. Buchholz's Lehre v. den Praelegaten S. 419. fg.

- 43) Vat. fr. §. 88. Julianus subiicit, Sextum quoque (et) Pomponium praeferre, si per damnationem usufructus cum liberis uxori legetur, (*legatum*) singulare hoc esse, atque ideo filii personam matri accedere, nec esse legatarios, sed matre mortua liberos quasi heredes usumfructum habituros. Ego, inquit Pomponius, quaero, quid, si mixti fuerint liberis extranei heredes? (*Et*) ait, et filios pro legatariis habendos, et mortui partem interituram: Aristonem adnotare, haec vera esse. et sunt vera. — Das et nach quoque scheint überflüssig; H u ſ c h k e versteht es vor si per damn.; statt praeferre (pferre) liest M o m m ſ e n referre, H u ſ c h k e *responsum* referre (ursprünglich geschrieben: Rreferre); *legatum* supplirt H u ſ c h k e.

Aus diesen Stellen nun haben die Compilatoren die L. 8. D. h. t. geschmiedet, also lautend:

Si mulieri cum liberis suis ususfructus legetur, amissis liberis ea usumfructum habet, sed et matre mortua liberi eius nihilominus usumfructum habent iure adcrendi. Nam et Julianus libro trigesimo (quinto) Digestorum ait, idem intelligendum in eo, qui solos liberos heredes scripserit, licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet magis velle se matrem ita frui, ut liberos secum habeat fruente. Sed et Pomponius quaerit: quid, si mixti fuerint liberi et extranei heredes? et ait filios legatarios esse intelligendos, et per contrarium, si voluit eos liberos simul cum matre frui, debere dici matrem legatariam esse intelligendam et per omnia similem esse et in hoc casu iuris eventum.

Jede Erwähnung des alten Unterschiedes zwischen Vindications- und Damnationslegat ist hier vermieden. Dagegen wird schlechthin an die Spitze gestellt der Satz, daß die Kinder als Collegatarien anzusehen seien, übereinstimmend mit L. 7. D. h. t., wornach es gleichbedeutend zu halten ist, ob der Testator sagte: illi *cum* Maevio oder illi *et* Maevio, also auch ob matri *cum* liberis oder matri *et* liberis. Dann aber wird Julian's Meinung angeführt, als ob sie damit übereinstimme und so eigentlich in ihr Gegentheil verdreht und ebenfalls auch das Allegat aus Pomponius willkürlich zugestutzt, so daß das ganze Fragment, abgesehen von dem klaren ersten Satze, ein räthselhaftes Produkt geworden ist ⁴⁴).

44) Vgl. Lelièvre diss. cit. pag. 75—85. Heimsoeth l. c. pag. 47—50.