

Ausführliche Erläuterung

der

B 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,

R. R. 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 zweite Lieferung.

E r l a n g e n ,

B e r l a g v o n P a l m & E n t e .

(Adolph Ente.)

1878.

Diq. 115868

V o r w o r t.

Am 1. März 1878 ist v. Arndts der Wissenschaft durch den Tod entrissen worden. Auch dieses Unternehmen wird davon in schwerer Weise betroffen. Hat auch der Verewigte in den letzten Jahren in Folge seiner Kränklichkeit diese Arbeit nur langsam und mit großen Unterbrechungen fortführen können, so verlängnen doch selbst die letzten Theile derselben — dies ist allgemein und von den competentesten Beurtheilern anerkannt — nirgends seine Meisterschaft.

Im Berichte der k. k. Akademie der Wissenschaften in Wien, deren Mitglied der Verstorbene war, sagt der Berichterstatter: „In der Fortsetzung des Commentars hat Arndts ein Denkmal sich gesetzt, das bestehen und den Meister loben dürfte, so lange die Welt den Rechtsbüchern Roms Beachtung schenken wird.“

Um so mehr glaubte sich die unterzeichnete Buchhandlung verpflichtet, ein Stück Fortsetzung, das im Nachlasse des Verstorbenen gefunden wurde, dem Publikum nicht vorzuenthalten. Das Manuscript erschien in allem Wesentlichen als druckfertig. Was noch an letzter Feile fehlte, war durchaus nur solcher Art, wie es selbst noch während der Drucklegung nachgeholt werden kann. Hier und da war ein Citat richtig zu stellen oder nachzutragen, waren Rückver-

IV

weisungen auszufüllen, stylistische Unebenheiten zu beseitigen. Daß dies eine würdige Drucklegung des posthumen Hefes nicht gehindert hat, verdanken wir der Güte der Herren Professoren A. v. Brinz in München und F. Hofmann in Wien.

Unser Bestreben wird nun darauf gerichtet sein, die „Lehre von den Vermächtnissen“ einem würdigen Abschlusse aus kompetenter Feder in thunlichster Bälde entgegenzuführen, und auch mit der serienweise begommenen weiteren Fortsetzung der Glück'schen Bandecten so bald als möglich fortzufahren.

Erlangen, Juli 1878.

Die Verlagsbuchhandlung.

Inhaltsverzeichnis zum 48. Theile.

§. 1524. Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen. S. 1—101.

Unrichtiger Ausgangspunkt Hellfeld's S. 1. fg. Verhältniß des §. 1524. zum §. 1521 c. Die L. un. Cod. de caduc. toll. ist Quelle des geltenden Rechts S. 4. fg. Gleichstellung der Vermächtnißarten durch dieselbe S. 5. fg. Erklärung von L. un. §. 11. cit., Widerlegung von Schneider's Ansicht; Unterschied zwischen den Fällen, wo coniunctim, und denen, wo disiunctim Mehreren dasselbe vermacht ist, S. 7—20. Regel des Justinianischen Rechts S. 20. — Einzelne Fragen: 1) Was ist als Gegenstand des Vermächtnisses zu denken, damit Anwachsungsrecht Statt finden kann? S. 20. fg. L. 11. 12. D. de usufr. acor. VII. 2. S. 22 fg. L. 20. D. de leg. II. S. 24. fg. L. 89. D. de leg. III. S. 26. fg. Steht den bloß *verbis coniuncti* legatarii nach Justinian's L. un. Cod. cit. ein Anwachsungsrecht zu? Sind die in einem Satze mit Angabe von Theilen zu einer Sache berufenen Vermächtnißnehmer bloß *verbis* oder *re et verbis coniuncti*? (insbes. gegen Burchardi) S. 30. fg. Neuere Gesetzgebungen S. 48. fg. — 2) Ueber den Fall, wo mit einem Vermächtniß Mehrere als *re et verbis coniuncti* bedacht sind, und daneben noch ein Anderer als *re coniunctus*, S. 51. fg. — 3) Ueber den Fall, wo von Mehreren jedem ein bestimmter Theil eines Gegenstandes, daneben aber noch einem Andern derselbe Gegenstand schlechthin oder ganz vermacht ist (L. 41. pr. D. de leg. II.), S. 53—65. — 4) Wie? wenn das Mehreren hinter-

lassene Vermächtniß hinsichtlich Eines von ihnen ungültig angeordnet ist? (L. 16. pr. D. de leg. I.; L. 34. §. 9. D. eod.; L. 84. §. 8. D. eod.; L. 7. D. de leg. II.; L. un. §. 11. Cod. de caduc. toll.) §. 66–75. — 5) Wie? wenn einem der Collegatäre bedingt vermacht ist und die Bedingung nicht in Erfüllung geht? (L. 26. §. 1. D. de cond. et demonstr. XXXV. 1; l. 30. D. eod.; L. 54. §. 1. D. eod.; L. 34. §. 10. D. de leg. I.; L. 6. §. 2. D. de usufr. accr. VII. 2.) §. 75–83. — 6) Wie? wenn das Vermächtniß hinsichtlich eines der Collegatäre widerrufen, oder aber einem derselben ein Dritter substituirt ist? §. 83–86. — 7) Die Anwachsung kann auch noch nach dem Tode des Accessenzberechtigten erfolgen. §. 86–89. — 8) Ueber die mit dem freigewordenen Vermächtnißtheil zu übernehmenden Lasten. §. 89–92. — 9) Erklärung einiger Stellen: a) L. 10. de leg. III. §. 92. fg. b) L. 99. D. de leg. I. §. 93. fg. c) L. 13. §. 1. D. de leg. II. §. 94. fg. d) L. 38. §. 2. D. de leg. III. e) L. 89. §. 2. D. de leg. II. §. 97. fg. f) L. 41. §. 9. D. de leg. III. §. 98. fg. g) L. 55. pr. D. de leg. II. §. 100. fg.

§. 1524. a. Anwachsungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs einer Sache. §. 101–198.

Verhältniß zu der im 9. Theil zum Titel de usufr. adresec. (VII. 2.) enthaltenen Darstellung §. 101. fg. Die Vaticanischen Fragmente, §. 102. fg. Die L. un. Cod. de caduc. toll. §. 104. fg. — Erörterung einzelner Punkte: 1) Auch der schon erworbene Nießbrauchtheil kann noch anwachsen, §. 107. fg. Abweichende Erklärungen dieser Eigenthümlichkeit: die von Heimsoeth §. 112. fg., die von Schneider §. 117. fg., die von Baron §. 121. fg. — 2) Ueber den Fall, wenn Mehreren zunächst nur eine Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs erworben wurde, §. 124. fg. — 3) Selbst dem Collegatar, der seinen eigenen Nießbrauchtheil verloren hat, kann noch ein anderer anwachsen (§. 131–167); Einschränkungen: hinsichtlich der Verlustgründe, §. 135. fg. (mit Rücksicht auf die Ausführungen von Schlayer und Schneider); kann der Legatar den früher verlorenen Theil nie wieder gewinnen? (Ansicht von Deliévre); L. 10. D. VII. 2. §. 139. fg. (vgl. §. 131. fg.); die L. 3. §. 2. D. VII. 4. vgl. mit Vat. fragm. §. 75. §. 76.; die verschiedenen

Erklärungsversuche von Bangerow, Baron, Schlayer, Windscheid u. A., S. 141—167. — 4) Wie? wenn ein Collegatar das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt? L. 3. §. 2. D. VII. 2. (fr. Vat. §. 83.) S. 167. fg. — 5) Wie? wenn Einem schlechthin eine Sache, Anderen der Nießbrauch an ihr vermacht ist? S. 171. fg. Die L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. vgl. mit L. 9. D. VII. 2. S. 175. fg. Widerlegung von Schneider's Ansicht über diesen Punct, S. 178. fg. — 6) Ueber L. 3. §. 1. D. VII. 2. (fr. Vat. §. 80.) S. 192. fg. — 7) Ueber L. 8. D. VII. 2. vgl. mit Vat. fr. §. 86—88. S. 194. fg.

§. 1525. Erwerb der Vermächtnisse. S. 199—254.

Ueber den Satz: Dies legatorum vel fideicommissorum a morte defuncti cedit, S. 199. fg. Ueber die Bedeutung des dies cedens, S. 202. fg. Gegen Heineccius und über Consult. vet. Icti. VI. §. 9. und Paul. sent. III. 6. §. 7. S. 203. fg. Bedeutung des dies cedens für die Erben des Vermächtnißnehmers, ebd. und bes. S. 213. fg. Bedeutung des dies cedens bei Vermächtnissen an personae alieni iuris, S. 216. fg. (L. 18. D. de R. J., L. 55. §. 1. D. de leg. II., L. 91. §. 6. D. de leg. I., L. 16. §. 1. 2. D. XXXVI. 2.); Aenderungen im Justinianischen Recht, S. 229. fg. Verhältniß des Substituten zu den Erben des Bedachten, S. 231. fg. Ueber L. 3. §. 1. D. XXXIV. 4. S. 233. fg., L. 3. §. 2. cit. S. 238. fg., über L. 25. pr. D. ad Se. Treb. XXXVI. 1. S. 241. fg. Gegen Zimmern, S. 243. fg. Ueber L. 30. §. 4. D. XXXIV. 4. S. 245. fg. — Aeltere unrichtige Vorstellungen über die Wirkung des dies cedens, S. 247. fg. Ueber die Terminologie, namentlich die Ausdrücke „Recht auf das Vermächtniß“, „Anfall des Vermächtnisses“, S. 248. fg.

§. 1525. a. Erwerb des Eigenthums einer vermachten Sache und anderer dinglichen Rechte, S. 254—352.

Voraussetzungen im älteren Recht, S. 254. fg., im Justinianischen, S. 255. fg. Wann und wie vollendet sich der unmittelbare Eigenthumserwerb? S. 258. fg. Zulässigkeit des Vindicationslegats ex die certo, S. 261. fg. Regel über den Zeitpunkt des Eigenthumserwerbs, S. 264. Geschichte dieser ipso

iure oder bedarf es einer Annahme des Vermächtnisses? S. 264. fg. Ansicht des Cujacius, S. 265. Ueber Gaius II. §. 195. S. 266. fg. Ablehnung der Behauptungen Pöschmann's, S. 270. fg. — Widerlegung der Theorie Köppen's (unter Berücksichtigung der Arbeiten von Fitting und Crafft v. Trailsheim) S. 274. fg. I) Gegen Köppen's älteren Aufsatz (im V. Bd. der dogm. Jahrb.) S. 276—315. A) Widerlegung der von Köppen angeführten Beweise, S. 277—308. — L. 5. §. 8. D. XXVII. 9. S. 280. fg. — L. 33. D. IV. 4. S. 283. fg. — L. 92. pr. D. XXXV. 1. und L. 44. §. 1. D. de leg. I. S. 284. fg. — L. 81. §. 6. D. de leg. I. S. 287. fg. — L. 59. D. de leg. II. S. 288. fg. — L. 86. §. 2. D. de leg. I. S. 294. — L. 80. D. de leg. II. S. 294. fg. — L. 38. §. 1. D. de leg. I. S. 295. fg. — L. 13. D. de cond. inst. XXVIII. 7. S. 297. fg. — L. 3. D. de servit. leg. XXXIII. 3. S. 298. fg. — L. 7. §. 8. §. 9. Cod. de curat. fur. V. 70. S. 301. fg. — L. 16. §. 1. D. qui test. fac. XXVIII. 1. und L. 24. pr. D. de O. et A. XLIV. 7. S. 305. fg. — L. 3. Cod. VI. 53. S. 306. fg. Note 86. — B) Positive Beweisführung gegen Köppen, S. 309—315. L. 19. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. VIII. 6. S. 309. fg. — L. 1. §. 1. D. de usufr. aderesc. VII. 2. S. 312. — L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. IX. 2. S. 312. fg. Gegen Jhering, S. 315. fg.; gegen Köppen's Anm. 178, S. 316. fg. — II) Gegen Köppen's neueren Aufsatz (im XI. Bd. der dogm. Jahrb.) S. 317. fg. Referat über denselben, S. 317—324. — L. 19. §. 1. D. quemadm. serv. am. VIII. 6. S. 324—328. — L. 3. §. 2. Cod. commun. de leg. et fid. VI. 43. S. 329—333. — — Ueber das bedingte Vindicationslegat und den Streit der Schulen hierüber (Gaius II. §. 200) S. 333. fg.; über das Vindicationslegat ex die certo S. 337; Justinianisches Recht (L. 1—3. Cod. VI. 43.) S. 337. fg. — Was ist Rechtens hinsichtlich der vor Geltendmachung des Vermächtnisses von der Hauptsache getrennten Früchte? S. 341 fg. L. 120. §. 2. D. de leg. I. (Vat. fragm. §. 44.) S. 344. fg. — L. 42. D. de usur. et fruct. XXII. 1. S. 345. fg. — L. 4. Cod. de usur. et fr. leg. v. fid. VI. 47. S. 347. fg. — L. 51. pr. D. fam. cre. X. 2. S. 351. fg.

Erwerb der Vermächtnisse.

Zur Lehre vom Vermächtniß-Erwerb ist vor allem erforderlich, einen Moment in's Auge zu fassen, den die römische Rechtsprache bezeichnete durch den Ausdruck: *dies legati vel fideicommissi cedit*. Es bezieht sich darauf ein eigener Titel der Digesten¹⁾; dem Commentar zu diesem Titel ist daher die ausführliche Erörterung darüber vorzubehalten.

Unumgänglich aber ist es, schon an diesem Ort zunächst die Bedeutung jenes Momentes klar zu stellen und die betreffenden Hauptsätze vorzulegen, da ohnedies die Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse nicht zu verstehen ist, und sich daran erhebliche Mißverständnisse angeknüpft haben²⁾. Die in der Ueberschrift des angeführten Digestentitels liegende Frage wird regelmäßig beantwortet durch den Satz:

Dies legatorum vel fideicommissorum a morte defuncti cedit.

Diese Regel fand sich in dem alten Recht der Legate. Sie wurde dann zwar durch die fatale *lex Papia Poppaea*

1) Dig. Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. XXXVI. 2. Vgl. Cod. Quando dies legati vel fideicommissi cedit. VI. 53. Hellfeld §. 1595.

2) Hellfeld beginnt seinen §. 1525. mit dem Satze: „Acquiratur autem legatum, si pure relictum est, statim a momento mortis testatoris ignoranti etiam legatario . . . ita . . . ut dominium rei testatoris propriae pure legatae statim a momento mortis legatario acquiratur“. Es wird sich zeigen, daß dieser von Vielen gelehrte Satz wesentlicher Berichtigung bedarf.

verdrängt, als welche an die Stelle der Todeszeit des Erblassers den Zeitpunkt der gesetzlich vorgeschriebenen solennen Testamentsöffnung setzte, daher nun dies *legatorum ex apertis tabulis cedebat* ³⁾ und dies fand denn auch auf Fideicommissse Anwendung, nachdem diese als zwangsrrechtlich wirksame Vermächtnisse anerkannt worden, wobei die Gesetzgebung jedoch Bedacht nahm, daß die durch das Papische Gesetz eingeführten Beschränkungen letztwilliger Verfügungen nicht gerade durch Fideicommissse umgangen und vereitelt werden könnten ⁴⁾; bezüglich der Intestatfideicommissse, bei denen von Testamentsöffnung nicht die Rede war ⁵⁾, mußte der alte Zeitpunkt gelten. Justinian aber hat durch sein berühmtes Gesetz *de caducis tollendis* (§. 1. 5.) das alte Recht der Legate in diesem Punkte ganz allgemein wiederhergestellt und verordnet: *legatorum vel fideicommissorum (pure vel in diem certam relictorum) diem a morte testatoris (defuncti) cedere* ⁶⁾. Die Regel beschränkt sich jedoch, wie die in Parenthese eingeschlossenen Worte der L. un. §. 1. 5 cit.

3) Ulpiani Fragm. XXIV. 31. L. un. §. 1. Cod. de cad. VI. 51. Vgl. Heinecc. ad leg. Juliam et Pap. Poppaeam lib. III. cap. II. (ed. nov. Lipsiae 1778. pag. 288. sqq.).

4) Gai. II. 285—288. L. un. cit. §. 1. 5.

5) Vgl. L. 6. Cod. h. t. VI. 53.

6) Doch haben sich in den Digesten noch einzelne Spuren der Bestimmung der *lex Papia Poppaea* über diesen Punkt erhalten: L. 31. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (African.), L. 104. D. eod. L. 44. D. de m. c. donat. XXXIX. 6. (Paul.). Dagegen spricht eine dem Ulpian zugeschriebene Stelle, L. 5. §. 1. D. h. t. XXXVI. 2., schon genau die Regel des Justinianischen Rechts aus: „*si purum legatum sit, ex die mortis dies eius cedit*“, vermuthlich zufolge einer in Hinsicht auf die schon entworfenene *Lex de caducis tollendis* vorgenommenen Interpolation, die ohnehin nach dem ungesügigen Zusammenhang von L. 5. pr. und §. 1. cit. wahrscheinlich ist.

andeuten, auf unbedingte Vermächtnisse ⁷⁾). Ist das Vermächtniß an eine Bedingung geknüpft, so ist der entscheidende Zeitpunkt der ihrer Erfüllung ⁸⁾, es sei denn, daß die Erfüllung der Bedingung schon vor des Erblassers Tode entschieden ist oder gleichzeitig mit demselben sich entscheidet ⁹⁾). Vorausgesetzt ist dabei eine wahre gültige Bedingung, kraft welcher nach erfolgtem Tode des Erblassers noch ungewiß ist, ob das Vermächtniß Bestand haben werde ¹⁰⁾). Daß der mit dem Vermächtniß Beschwerte nur unter Bedingung bedacht, daß namentlich der beschwerte Erbe unter Bedingung eingesetzt ist, ändert nicht den dies legati cedens, und so hat es auch keinen Einfluß auf diesen, wenn das Vermächtniß ausdrücklich unter derselben Bedingung hinterlassen ist, an welche die Erbeinsetzung geknüpft ist, da es sich ohnehin von selbst versteht, daß die Wirksamkeit des Vermächtnisses, auch des unbedingten, von der Erbauftragung des Eingesezten abhängt ¹¹⁾). Daher ist auch für das einem Pupillarsubstituten auferlegte Legat die Todeszeit des Erblassers der entscheidende Zeitpunkt, wenngleich dasselbe ausdrücklich für den Fall, daß der Pupill in der Unmündigkeit versterbe, angeordnet ist ¹²⁾). Der wahren

7) So auch Ulpian. l. c. Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem iure ex mortis testatoris tempore, per legem autem Papiam Poppaeam ex apertis tabulis testamenti.

8) Ulp. l. c. „eorum vero, quae sub conditione relicta sunt, cum conditio extiterit“ (dies cedit). L. 5. §. 2. D. h. t. XXXVI. 2.

9) L. 2. 10. 11. 91. D. de cond. et dem. XXXV. 1. L. 1. §. 1. 2. L. 2. D. de reg. Cat. XXXIV. 7. vgl. Arndts Gesammelte civilistische Schriften II. S. 487 fg.

10) L. 5. §. 3. 4. L. 7. §. 5. L. 22. §. 1. D. h. t. L. 79. pr. L. 107. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

11) L. 107. cit. L. 7. §. 1. 3. L. 21. §. 1. D. h. t. L. 19. §. 2. eod.

12) L. 1. 7. §. 5. D. h. t.

Bedingung gleich aber wirkt auch eine dem Vermächtniß beigefügte Zeitbestimmung, sofern sie von der Art ist, daß sie noch zur Zeit des Todes des Erblassers den Bestand des Vermächtnisses ungewiß macht, also ein bedingendes Moment in sich schließt (*dies incertus*)¹³⁾. Dagegen wenn dies nicht der Fall ist, die Nebenbestimmung lediglich eine Befristung des Vermächtnisses bezweckt (*in diem certum*), so tritt die Regel ein: *diem legati a morte defuncti cedere*¹⁴⁾.

Was ist nun die Bedeutung des *dies legati vel fideicommissi cedens*?

Wichtig vor allem ist dieser Zeitpunkt darum, weil der Bestand des Vermächtnisses schlechterdings davon abhängt, daß die damit bedachte Person denselben erlebe. Als dieser bestimmten Person letztwillig zugedachte Begünstigung fällt das Vermächtniß zusammen, wenn jene zur Zeit, da dieser Wille sich verwirklichen soll, nicht mehr da ist. Das Vermächtniß wird jedenfalls nichtig nicht nur, wenn der Bedachte vor dem Tode des Erblassers, sondern auch, falls

13) L. 4. 21. pr. 22. pr. D. h. t. cf. L. 5. Cod. eod. VI. 53. L. 75. 79. pr. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

14) Ulp. l. c. L. un. §. 1. cit. L. un. §. 1. cit. L. 21. pr. D. L. 5. Cod. eitt. — Nur zu erwähnen sind hier noch zwei Ausnahmen von der Regel, die für das heutige Recht keine praktische Bedeutung mehr haben: a) Bei dem einem letztwillig freigelassenen Sklaven hinterlassenen Legate trat der *dies legati cedens* nicht *ante aditam hereditatem* ein. L. 7. §. 6. L. 8. D. h. t. L. 91. §. 1. D. de legat. I. L. 86. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. b) Dasselbe galt bezüglich des einem von seinem Herrn einem Dritten vermachten Sklaven zugleich angewiesenen Legats. L. 7. §. 6. cit. L. 17. pr. cod. L. 69. pr. D. de legat. I. L. 13. pr. D. de opt. leg. XXXIII. 5. Vgl. Bd. I. ober Th. 46. S. 437. fg. — Ueber eine andere Ausnahme vgl. unten Anm. 40 fg.

es ein bedingtes ist, wenn er nach dem Erblasser, aber noch vor Erfüllung der Bedingung, gestorben ist¹⁵⁾. In diesem Zeitpunkte (mortis defuncti oder post mortem existentis conditionis tempore) muß denn der Bedachte auch noch oder wieder fähig sein, mit einem Vermächtniß bedacht zu werden¹⁶⁾. Die Hauptwirkung aber des Umstandes, daß der Vermächtnißnehmer, vermächtnißfähig, diesen Zeitpunkt erlebt, besteht darin, daß das Vermächtniß nunmehr, auch — wenn der Bedachte mit Tode abgeht, bevor er das ihm Vermachte wirklich und endgültig erworben, ja, bevor er nur einmal Kunde davon erhalten hat — dessen Erben zu Gute kommt, das Vermächtnißrecht auf diese übergeht, sowie es ihrem Erblasser zustand¹⁷⁾. Zwar ist die Meinung nicht unerhört, dies sei nach altem Recht nur bei dem Vindicationslegat Regel gewesen, und könnte somit nach Justinianischem Recht nur mit Beschränkung auf den Fall, wenn das Eigenthum einer Erbschafts Sache oder ein anderes dingliches Recht an solcher, in welcher Form

15) §. 8. J. de legat. II. 20. L. un. §. 3. 7. Cod. de cad. toll. VI. 51. — In einem Rechtsfall, da einer Person eine Sache mit dem Zusatz „für sich und ihre Erben“ vermacht, jene aber schon vor dem Erblasser verstorben war, erhob sich die Frage, ob nicht dennoch deren Erben das Vermächtniß fordern könnten. Sie wurde verneinend entschieden: mit Recht, sofern eben nur der Vorverstorbene mit dem Vermächtnisse bedacht war, nicht etwa den Umständen nach die Willensauslegung gerechtfertigt erschien, daß jenem dessen Erben im Vermächtniß substituirt sein sollten. Voet ad Pand. XXXVI. 2. §. 1. a. C. vgl. Bd. I. (Th. 46.) S. 391. fg.

16) L. 59. §. 4. D. de hered. instit. XXVIII. 5. vgl. Bd. I. (Th. 46.) S. 377. Anm. 7.

17) L. 5. pr. D. h. t. L. 3. 6. Cod. h. t. cf. L. 16. §. 1. D. qui test. fac. XXVIII. 1. L. 77. §. 3. D. de legat. II. L. 24. pr. D. de O. et A. XLIV. 7.

immerhin, vermacht sei, als Regel behauptet werden¹⁸⁾. Diese Meinung ist namentlich von Heineccius vertheidigt worden¹⁹⁾. In Folge des Damnationslegates, sagt er, habe der Legatar nur eine persönliche Klage gegen den Erben auf Erfüllung erworben, zur Entstehung dieser Klage sei aber Annahme des Legats von Seiten des Legatars erforderlich gewesen, und so sei denn die Vermächtnißforderung nicht auf dessen Erben übergegangen, wenn er, ohne sich über die Annahme erklärt zu haben, sei es auch erst nach des Testators Tode und nach geschehener Testamentseröffnung, verstorben sei²⁰⁾. Er stützt sich dabei auf einen Ausspruch des Paulus: *post diem legati cedentem, actio, quae inchoata non est, ad heredem non transmittitur*²¹⁾. Vom Vindicationslegat dagegen sage derselbe Paulus (sents. III. 6. §. 7.): *Per vindicationem legatum etsi nondum constituerit legatarius ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit, ad heredem suum transmittit; durch dasselbe werde apertis tabulis unmittelbar vom Erblasser das dingliche Recht sofort dem Legatar erworben und als erworbenes Recht, wenn er nachher sterbe, ohne weiters auf dessen Erben übertragen. Allein diese Ausführung ist mit Entschiedenheit als verfehlt zurückzuweisen. Die letztangeführte Stelle des Paulus konnte allenfalls wohl, für sich betrachtet, den Gedanken erregen, daß beim Damnationslegate nicht dasselbe gelte,*

18) Vgl. Bd. I. (Th. 46.) S. 15 fg. 56 fg.

19) ad leg. Jul. et Pap. Popp. lib. III. cap. VII. S. 317 fg.

20) „petendi ius demum ab agnitione legati nascebatur, nec prius transmittabatur ad heredes“.

21) Als entnommen den Sententiae des Paulus (tit. de legatis) ist dieser Satz uns überliefert durch die Consult. vet. Icti VI. §. 9. Vgl. Cuiac. obs. VII. 26. Schulding iurispr. antejust. ad Pauli sentt. III. 6. §. 3.

was sie vom Vindicationslegat ansagt²²). Aber verfehlt ist vorerst die Erklärung der vermeintlichen Besonderheit des Vindicationslegats; denn es ist nicht richtig, daß das Eigenthum der per vindicationem legirten Sachen die legati cedente sofort dem Legatar erworben werde²³). Sodann ist nicht nur nicht erwiesen, daß die Forderung aus dem Damnationslegat nicht ohne erklärte Annahme des Legats von Seiten des Legatars, der post diem legati cedentem gestorben, auf dessen Erben übergegangen sei; vielmehr wird durch mehrere Stellen das Gegentheil unbestreitbar bewiesen. Falsch ist die Voraussetzung, daß aus dem Damnationslegat erst actio nata sei, wenn der Legatar dasselbe angenommen habe. Nach L. 16. §. 1. cit. (Num. 17) sagte Marcellus vom Wahnsinnigen: „potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum“, und erklärt dies durch den Zusatz: „nam etiam competitibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur“; die actio legati aus dem Damnationslegat, wie die persecutio fideicommissi, d. i. das Klagerrecht aus dem Vermächtnisse, wird allen Vermächtnißnehmern auch ohne ihr Wissen erworben, also auch dem wahnsinnigen Vermächtnißnehmer, der juristisch ein Unwissender ist²⁴). Dasselbe wird bestätigt durch L. 24. pr. cit.²⁵),

22) So deutet auch Cuiacius a. a. O., aber nur fragend, an, und eben so zweifelnd ad h. l. „Quia vero hic ait per vindicationem, forsitan non idem obtinuit in legato damnationis“.

23) Vgl. unten §. 1525. a.

24) Mommsen (Dig. I. p. 816. ad L. 16. §. 1. cit.) schlägt vor, statt der Worte „personales actiones“ zu lesen „perinde res actionesque,“ obgleich durch byzantinische Scholien jene Lesart bestätigt wird (Basil. ed. Heimbach. III. pag. 542).

25) „ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furiosi nomine incipit agi posse . . . idemque erit, si legetur ei vel fideicommissum ei relinquitur“.

und durch L. 77. §. 3. cit., welche allgemein in Beziehung auf Legate, die mit einem Fideicommiß beschwert sind, ausspricht: „nam et ignorantes fideicommissis adstringuntur, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur“. Und was nun so dem Legatar erworben war, das übertrug sich auch auf dessen Erben, wenn es nicht seiner Natur nach unvererblich war. Dies wird denn in L. 6. Cod. cit. in Beziehung auf ein Fideicommiß ausdrücklich anerkannt²⁶⁾, was aber beim Fideicommiß in dieser Beziehung Rechtsens war, das mußte auch beim Damnationslegate gelten. Und ferner wenn feststeht, daß sogar ein Legat, von welchem der post diem legati cedentem verstorbene Legatar nicht einmal Kunde erhalten hatte, auf dessen Erben überging, so versteht sich von selbst, daß solcher Uebergang nicht erklärte Annahme des Legats von Seiten des Legatars zur Voraussetzung haben konnte. Das wird speciell in Beziehung auf Damnationslegate noch durch Folgendes bestätigt:

In L. 14. pr. §. 1. D. h. t. wird der Fall gesetzt, daß Jemanden ususfructus aut decem, utrum legatarius voluerit, vermacht sei. Die Wahl konnte erst Platz greifen nach Antretung der Erbschaft, weil dies ususfructus legati erst adita hereditate cedit²⁷⁾ und für das alternative Vermächtniß der dies cedens erst dann eintritt, wenn er für alle Alternativen entschieden ist²⁸⁾. Nun wird gefragt, ob denn, wenn der Legatar nach dem Erblasser vor der Erbantrittung sterbe, doch das Legat der Zehn

26) „si fideicommissum ab intestato fuerit sorori tuae relictum, et posteaquam dies fideicommissi cessit, rebus humanis licet ignorans fideicommissum decessit“.

27) L. 2. D. h. t. vgl. unten S. 213. fg.

28) L. 16. pr. D. h. t. Vangerow Pand. (7. Aufl.) II. S. 527. fg. Arndts Pand. §. 579. Anm. 4.

dem Erben desselben zukomme? Julian bejahte diese Frage: quia mortuo legatario dies legati cedit; für die decem legata an sich nehmlich galt die Regel: diem a morte testatoris cedere, und durch den Tod des wahlberechtigten Legatars verwandelte sich das alternative Vermächtniß in ein einfaches Vermächtniß von Zehn; dieses aber soll dem Erben des Legatars zukommen, obgleich der letzte, der noch des Wahlrechts harrete, jenes noch nicht angenommen hatte, noch nicht wirksam angenommen haben konnte. Julian unterstützte seine Entscheidung durch Vergleichung mit dem Fall, wenn ein Legat vorläge: „Seiae decem aut si pepererit fundum heres meus dato,“ also ein Damnationslegat; wenn hier, sagt er, Seja sterbe, bevor sie geboren hat, so transmittire sie auf ihren Erben das Legat von Zehn²⁹). Es wird also hier die Transmiffion eines Damnationslegats angenommen; obgleich das Legat der Zehn von der Legatarin Seja noch nicht agnoscirt sein konnte. So wird auch in L. 7. §. 5. D. h. t. der Uebergang eines Damnationslegates auf den Erben des Legatars behauptet, wiewgleich dieser zu einer Zeit gestorben ist, da von einer wirksamen Annahme des Vermächtnisses durch denselben noch nicht die Rede sein konnte³⁰).

29) Julian's Argumentation wird von Ulpian, dem Autor der L. 14. cit., ohne Beanstandung referirt, also stillschweigend gebilligt. Vgl. über diese Stelle Giovanni de Gioannis Gianquinto, il diritto di scelta della cosa legata, in Serafini's Archivio giuridico vol. XIV. p. 152—154.

30) Ulpian. lib. XX. ad Sab.): Tractari tamen potest, si impuberi substitutus damnatus sit, si intra pubertatem filius decesserit, Seio centum dare, an vivo pupillo defunctus Seius ad heredem transferat, quasi ea conditio sit expressa, quae inerat. et magis est ad heredem legatarii transire. Das (Damnations-) Legat wird als unbedingt, dessen dies a morte testatoris cedit, anerkannt,

Gegenüber diesen Beweisen und dazu dem Umstande, daß sonst noch in vielen Stellen ohne Unterscheidung und ohne andere Voraussetzung, als die, daß der Legatar erst *post diem legati cedentem* gestorben sei, Uebergang der Vermächtnisse auf die Erben anerkannt ist, kann nun auch der durch die *consultatio veteris jurisconsulti* überlieferte Paulinische Ausspruch kein ernstliches Bedenken erregen gegen die Richtigkeit des Satzes, daß regelmäßig, wenn nur die mit dem Vermächtniß bedachte Person den *dies legati cedens*, den Tod des Erblassers beim unbedingten, die Erfüllung der Bedingung beim bedingten Vermächtniß, erlebt, im Fall seines nachher erfolgenden Todes sein Vermächtnißrecht auf dessen Erben übergeht, mag er von dem Vermächtniß Kunde erhalten und für dessen Annahme sich erklärt haben oder nicht, nur allein vorausgesetzt, daß er dasselbe nicht wirksam abgelehnt habe. Die *Consultatio* entbehrt schon darum aller Beweiskraft dagegen, weil der angeführte §. 9. derselben ein aus dem Zusammenhang gerissener einzelner Satz und dessen Auslegung sehr problematisch ist^{30a)}). In demselben *cap. VI.* kommen noch andere solche Sätze vor, die so allgemein, wie sie lauten, unmöglich als richtig anerkannt werden können. Nach *VI. §. 5.* sollte man glauben, daß dem Erben des Erben nicht bezüglich der vom letzten bereits erworbenen Erbschaft die Erbschaftsklage zustehe, wenn nicht dieser sein Erblasser dieselbe schon angestellt und darüber *litem contestirt* habe³¹⁾; und doch ist es gewiß, daß auch der Erbe

weil sich von selbst versteht, daß es wie die Pupillarsubstitution nur, wenn der Pupill in der Unmündigkeit stirbt, in Wirksamkeit treten werde. Vor dieser Zeit aber kann der Legatar das Legat nicht wirksam annehmen.

30a) Vgl. auch Westphal *Vermächtnisse I. §. 734.*

31) *Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur.* Dieser Satz

des Erben proprio Marte die hereditatis petitio anstellen kann gegen denjenigen, welcher von der seinem Erblasser erworbenen Erbschaft eines Dritten etwas pro herede oder pro possessore besitzt³²). Es darf jener §. 5. darum nur cum grano salis verstanden werden, als richtig nur in beschränktem Sinn oder unter besonderen Voraussetzungen³³). In §. 8. daselbst findet sich ein ebenfalls

findet sich auch in den Handschriften der Sententiae des Paulus, lib. I. tit. XIII. B. §. 4. Schulting iurisprud. anteiust. ad h. t. Huschke l. c. pag. 428. Köppen in d. Jahrb. f. Dogmatik V. S. 185.

- 32) L. 3. D. de hered. pet. V. 3. „. . . sed et si Titio, qui Seio heres extitit, nos heredes facti sumus, sicuti Titii hereditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seii“. Basil. XLII. 1. cap. 3. „si enim Petro heres extiteris et ego tibi, nihilominus et Petri heres sum“ (Heimb. IV. pag. 185.). L. 7. §. 2. D. de a. v. o. hered. XXIX. 2. L. ult. Cod. de hered. instit. VI. 24. („ex antiqua regula, quae voluit, heredem heredis testatoris esse heredem“).
- 33) Huschke a. a. D. not. 7. nimmt an dem Satze des §. 4. cit. keinen Anstoß und erklärt ihn mit den Worten: „Quoniam in rem actio est, quae semper ante litem contestatam ab herede, si is dominus est, substantiam capit“, und verweist dabei auf L. 1. §. 21. D. de collat. XXXVII. 6., wo gelehrt wird, daß der Emancipirte den ihm erworbenen Anspruch auf die quarta Divi Pii (quartae actionem) auf seinen Erben übertrage, „quia personalis actio est“. Diese Erklärung bedarf wohl noch einiger Erklärung. Zielt sie darauf, daß für den Erben, der eine Erbschaftsache vindicirt, Grund der Klage sein jetziges Eigenthum ist, daher die Intentio derselben lautete: „si paret, eam rem eius (sc. heredis) esse“, und so auch die Intentio der Erbschaftsklage, die der Erbe bezüglich einer bereits seinem Erblasser erworbenen Erbschaft anstellte: „hereditatem (z. B. Seii) eius (d. i. des Erben desjenigen, qui Seio heres extitit) esse“ (L. 3. D. cit.)? Dann ist zu bemerken, daß ja auch die Intentio der erbenschaftlichen

den *Sententiae* des Paulus zugeschriebener Satz, aus welchem, wenn er unbedingt für richtig zu halten wäre, sich ergäbe, was unmöglich zu glauben ist, daß Paulus dem Erben des Pfandschuldners die *actio pignoratitia*

Forderungsklage, die der Erbe anstellte, lautete: „*si paret, N. Negidium A. Agerio (sc. Seii oder Titii heredi) dare oportere*“ (Gai. IV. 34.), als Grund der Klage also auch sein (des Erben) Forderungsrecht erschien, das er, wie im ersten Fall das Eigenthum, als durch die Erbschaft ihm erworben geltend machte. Und wenn der Fall gesetzt wird, daß der Emancipirte durch Erbschaft schon das Eigenthum einer Sache, die zur Zeit ein Dritter besaß, erworben hatte, wird nicht ungeachtet der L. 1. §. 21. cit. zu behaupten sein, daß er dieses conferiren, nach Umständen wenigstens seine Eigenthumsklage den Miterben zu cediren hatte, eben sowohl, wie eine durch Erbschaft ihm erworbene Forderung, beziehungsweise die betreffende *personalis actio*? Der Unterschied würde nur darauf hinauslaufen, daß statt des erworbenen Forderungsrechts die *personalis actio* genannt wird, nicht ebenso statt des Eigenthums die *rei vindicatio* als *in rem actio*, und so auch kann man sagen: der Erbe überträgt auf seine Erben die ihm erworbene Erbschaft, nicht die noch nicht erhobene *hereditatis petitio* bezüglich derselben, die jedoch nöthigenfalls anzustellen den Erben überlassen ist. Vgl. übrigens Schulting l. c. not. 8. Cuiac. ad L. 6—8. D. de inoff. test. v. 2. ad L. 1—4. D. de hered. pet. V. 3. ad L. 10. §. 2. D. de vulg. subst. XXVIII. 6. ad L. 1. §. 21. D. de collat. XXXVII. 6. (opp. VII. col. 175. 189. 214. 918. 1271. VIII. col. 94.). Diese erklären die Sentenz des Paulus daraus, daß der Erbe des Erben nur die dem letzten schon erworbene Erbschaft überkomme, also, wenn dieser noch nichts zum Erwerb gethan, auch nicht *hereditatis petitio* angestellt habe, wegen der demselben deferirten Erbschaft auch nicht *hereditatis petitio* habe. Aber sie erkennen doch an, daß diese ihm zustiehe, wenn sein Erblasser nur irgendwie, *adeundo* oder *pro herede gerendo*, die Erbschaft erworben habe; nicht erforderlich sei, daß derselbe auch schon als he-

oder *fiduciae* wegen rechtswidriger Veräußerung der zu Pfand übergebenen oder pfandweise in's Eigenthum des Gläubigers übertragenen Sache schlechthin abgesprochen habe, falls nicht der Verpfänder selbst schon mit dem schuldigen Gläubiger *litem contestirt* hatte³⁴). Auch dieser Satz kann nur mit Beschränkung und unter Voraussetzungen, die das Excerpt nicht erkennen läßt, von Paulus aufgestellt worden sein³⁵). So verhält es sich nun auch mit

reditatem petens litem contestirt habe. Die L. 1. §. 21. cit. aber erklärt sich ohne Schwierigkeit: der Emancipirte muß conferiren, weil ihm durch den Tod des Arrogator die Forderung der *quarta Divi Pii* vollaus erworben ist; ginge sein Anspruch auf Beerbung des Arrogator *ex quarta parte*, so wäre ihm zur Zeit noch nichts erworben, was der Collation unterläge, so wenig, wie in dem Falle, wenn ihm zur Zeit des Todes des natürlichen Vaters, zu dessen Beerbung er in Concurrenz mit *sui heredes* desselben berufen worden, sonst eine Erbschaft zwar deferirt, aber noch nicht erworben war, während kein Zweifel ist, daß er alles in jenem Zeitpunkt durch Erbschaft oder sonstwie schon erworbene Gut zu conferiren hatte. Vgl. Ed. Fein, das Recht der Collation S. 38 fg.

- 34) *Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.*
- 35) Man hat diesen §. 8. für beweisend gehalten, daß die *actio fiduciae* auf Rückgabe der Sache nicht von den Erben des Verpfänders angestellt werden konnte. G. Chr. Burchar di, Lehrb. des R. R. II. 1. §. 192. Note 12. Dies ist schon darum nicht zuzugeben, weil die Stelle „*pignora vel fiducias*“ nebeneinander nennt, die *pignoratitia in personam actio* aber zur Zeit des Paulus unzweifelhaft vererblich war, wie regelmäßig alle *bonae fidei actiones*, und zudem aus *Gai. II. 220.* hervorgeht, daß namentlich auch die *actio fiduciae* auf Rückgabe regelmäßig den Erben des Verpfänders sowohl wie diesem selbst zustand. S. Dernburg, das Pfandrecht, I. S. 15. Ueber die Auslegung des §. 8.

unserem §. 9 der *consultatio VI.* und dessen Auslegung. Den Ausdruck „*actio quae inchoata non est*“, wie Heineccius, als gleichbedeutend mit „*actio quae nata non est*“ zu nehmen und in dieser Beziehung der erklärten Annahme des Legats ein Gewicht beizulegen, ist unzulässig. Eigentlich *nata* im Sinn der *L. 1. §. 1. Cod. de annali except. VII. 40.* ist die Vermächtnißklage überall erst, wenn dies *legati venit*, daher ungeachtet erklärter Annahme nicht vor Antretung der Erbschaft (§. 1526.). Soll aber jener Ausdruck auf eine *incipere deberi* deuten, so ist zu bemerken, daß gerade dieses als Folge des *dies legati cedens* angegeben wird, wobei Annahme des Legats nicht vorausgesetzt wird³⁶⁾. Wahrscheinlicher ist es, daß der *actio non inchoata* gegenüber an die angestellte Klage gedacht ist. So nimmt Huschke an³⁷⁾, ist aber weit entfernt davon, darin eine allgemeine Regel zu finden, daß die *actio* aus dem *Damnationslegat* nicht anders, als wenn der Legatar sie schon angestellt hatte, auf die Erben desselben übergegangen sei. Vielmehr glaubt er, daß die Stelle vorzüglich gerade ein *Vindicationslegat* im Auge gehabt habe, aus welchem in Folge des *Neronianischen* Senatsbeschlusses dem Legatar nach seiner Wahl entweder die *rei vindicatio* oder die *personalis actio ex testamento* zugestanden worden ist³⁸⁾, und nur sagen wollte, daß die vom Legatar schon angestellte Klage entscheidend für dessen Erben

cit. sind übrigens auch verschiedene Meinungen aufgestellt worden. *Cuiac. obs. VII. 26.* *Schulting ad Pauli sentt. II. 17. §. 12. not. 31. 32.* *Dernburg a. a. O. Huschke iurispr. antejust. ad Pauli sent. II. 17. not. 4. (ed. 3. pag. 442.).*

36) *L. 213. D. de V. S. L. 16.*

37) *Jurispr. antejust. ad Pauli sent. III. 6. §. 3. nota 7. (ed. 3. pag. 462).*

38) Vgl. oben Bd. I. (Th. 47. des Comment.) S. 39. fg.

sei, wie er das Legat geltend zu machen habe. Und jedenfalls, so bemerkt er, sei nicht zu bezweifeln, daß auch das Damnationslegat wie das Fideicommiss auch dem Unwissenden angefallen und post diem legati cedentem auf die Erben übergegangen sei³⁹⁾.

Es ist also als unbestreitbare Regel festzuhalten: das Vermächtnißrecht geht auf die Erben des Vermächtnißnehmers über, falls dieser nur den Tod des Vermächtnißgebers und, wenn das Vermächtniß ein bedingtes ist, auch die erst später eintretende Erfüllung der Bedingung erlebt. Diese Folge des dies legati cedens hauptsächlich ist es, wegen welcher diesem Zeitpunkt großes Gewicht beigelegt wird, im Unterschiede von dem Zeitpunkte, da das Recht aus dem Vermächtniß auch geltend gemacht werden kann, quo dies legati venit, welcher nicht vor Antretung der Erbschaft eintritt und nicht nur durch eine Bedingung, sondern auch durch eine reine Zeitbestimmung (dies certus) noch weiter hinaus geschoben sein kann. Daher wird, wenn das durch das Vermächtniß dem Bedachten zuge dachte Recht als an dessen Person gebunden doch nicht auf die Erben übergehen

39) „Ceterum ipsum legatum vel per damnationem sicut fideicommissum etiam ignoranti acquiri ideoque post diem cedentem ad heredem transmitti dubitari non debet“. — Auch der oben als Zweifler angeführte Cuiacius stimmt anderwärts damit überein: ad L. un. §. 1. 5. Cod. de cad. toll. VI. 51. (opp. II. c. 425. IX. c. 880. 889.), ad Cod. h. t. VI. 53. (opp. IX, 908.): in heredem legati vel fideicommissi petitionem ita demum transmitti, si dies eius cesserit . . . nec exigi scientiam vel agnitionem legatarii. Legatum non agnitum in heredem transmittitur, si modo dies eius cesserit“. Vgl. Schulting ad Pauli sent. III. 6. §. 3. nota 7. 14. Den Grund des Zweifels, welcher dem Cuiacius argumento a contrario der §. 7. der sententiae l. c. erregt hatte, beseitigt Huschke a. a. D. nota 3. durch die Andeutung, §. 7. sei zu verstehen: Etiam per vind. leg. etc.

kann, der dies cedens nicht vom dies veniens geschieden und nicht vor dessen Eintritt angenommen ⁴⁰). Als Grund dafür wird angeführt, daß es sinnlos wäre, bei solchen Vermächtnissen den dies cedens vorzurücken, weil dieselben ja doch in keinem Falle auf die Erben des Legatars übergehen, ob dieser früher oder später sterbe ⁴¹). Dies zeigt einleuchtend, daß eben darin wesentlich die Bedeutung des dies legati cedens gefunden wurde, daß durch den erst post diem cedentem erfolgenden Tod des Legatars der Bestand des Vermächtnisses nicht mehr gefährdet war, dieses vielmehr nun den Erben des Legatars wie ein diesem erworbenes Recht zufiel. Und der rechtfertigende Grund dieses Rechtsatzes ist leicht zu erkennen: Wäre die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses davon abhängig, daß der Legatar nach des Erblassers Tode auch noch bis zur Antretung der Erbschaft durch den Erben am Leben bleibe, so könnte die

40) L. 2. 5. §. 1. L. 9. D. h. t. L. 1. §. 3. 4. D. quando dies ususfr. leg. VII. 3. Vgl. oben S. 115 fg. Nach altem Recht wurde auch das Wahlrecht bei der optio legata als an die Person des Legatars gebundenes Recht angesehen, und da nun dieses Wahlrecht nicht vor Antretung der Erbschaft ausgeübt werden konnte, L. 16. D. de opt. leg. XXXIII. 5., so konnte auch bei diesem Legat gesagt werden, daß dies eius adita hereditate cedit. Cuiac. obs. VII. 26. (oben Anm. 21. 22.). Bei anderen Wahlvermächtnissen galt diese Beschränkung nicht. L. 19. D. l. c. (Paul. sent. lib. III. L. 12. §. 7. D. h. t. XXXVI. 2. Justinian aber hat jene Eigenthümlichkeit des legatum optionis aufgehoben. §. 23. J. de legat. II. 20. L. 3. pr. Cod. commun. de legat. VI. 43. Arnolds Pand. §. 579.

41) L. 2. 3. D. h. t. Si pure sit ususfructus legatus vel usus vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit neque petitio ad heredem transit. idem et si ex die sit ususfructus relictus. — Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit.

Zögerung des berufenen Erben in Antretung der Erbschaft leicht die gänzliche Vereitelung des Vermächtnißwillens des verstorbenen Erblassers zur Folge haben, obgleich dieser Wille durch den Tod des Erblassers, beziehungsweise durch Erfüllung der Bedingung, von welcher er noch abhängig gemacht war, zu einer vollendeten, nicht mehr widerruflichen Verfügung auf den Todesfall gediehen ist; ja, es wäre dem Erben die Möglichkeit gegeben, durch absichtliche Verzögerung der Erbantrittung jene Folge herbeizuziehen und so sich von der zu befürchtenden Vermächtnißlast zu befreien, indem er z. B. das Absterben des schon krank darniederliegenden oder bejahrten oder zur Zeit in lebensgefährlicher Lage befindlichen Vermächtnißnehmers abwartete. Doch ist es ohne Einfluß, aus welchem Grunde immerhin *post diem legati cedentem* die Erbantrittung sich noch verzögern mag, ob durch Nachlässigkeit oder Ueberlegung des berufenen Erben oder auch, weil aus Rechtsgründen die Erbschaft noch nicht angetreten werden kann, und so auch, ob selbst die Berufung zur Erbschaft rechtlich noch unentschieden ist; daher denn des unbedingten Vermächtnisses *dies a morte testatoris cedit*, auch wenn die Bedingung, unter welcher der Erbe eingesetzt ist, noch schwebt⁴²⁾.

„Die *legati cedente*“ erscheint also das Vermächtniß in gewissem Sinn befestigt; es hat an Sicherheit seines Rechtserfolges gewonnen, ist in ein festes Verhältniß zu dem Bedachten gebracht⁴³⁾. „*Legatarius securus est*“, sagt Ulpian in L. 7. §. 1. D. h. t. sogar in einem Falle, da die Antretung der Erbschaft durch eine noch schwebende Bedingung der Erbeinsetzung noch gehindert ist, obgleich doch die Wirksamkeit des Vermächtnisses abhängt

42) L. 7. §. 1—5. L. 19. §. 2. L. 21. §. 1. D. h. t. Vgl. oben S. 201. Anm. 11.

43) Windscheid, Pand. §. 642. nach Note 6 im Texte.

von der Erfüllung dieser Bedingung und der alsdann erfolgenden Erbantretung durch den nun unbedingt berufenen eingesezten Erben ⁴⁴). „Certum est debitum iri legatum“, heißt es jetzt, jedoch mit der Voraussetzung, daß die Antretung der Erbschaft nachfolge, und treffend sprach *Uab eo* die Regel aus: „id demum legatum ad heredem legatarii transire, quod certum sit debitum iri, si adeatur hereditas“ ⁴⁵). Es begreift sich hiernach, wie man schon die *legati cedente* von einem Erwerb des Vermächtnisses reden konnte, von Erwerb des Vermächtnißrechts, wie es durch den vollendeten Willen des Verstorbenen begründet ist. Charakteristisch tritt dies in der Bedeutung hervor, welche dem dies *legati cedens* beigelegt wurde bei Vermächtnissen, die einer hausunterthänigen Person (*persona alieni iuris*) hinterlassen waren. Wenn einem Sklaven etwas gültiger Weise vermacht war ⁴⁶), so kam es darauf an, ob er die *legati cedente* bereits freigelassen war, oder, wofern dies nicht der Fall, in wessen Gewalt er in jenem Zeitpunkte sich befand. Im ersteren Fall erwarb er selbst und für sich; im letzteren erwarb das Vermächtnißrecht durch ihn oder an seiner Statt dessen jetziger Herr, gemäß dem allgemeinen Grundsatz, wornach der Sklave eines römischen Bürgers zwar erwerben konnte, aber nicht für sich, sondern nur für seinen Herrn, dem alles, was jener (ob mit oder ohne Beziehung auf diesen, ja selbst etwa als vermeintlich Freier) erwarb, von selbst dem Rechte nach zufiel ⁴⁷). Dieses die *legati cedente* für den dormaligen

44) Vgl. L. 21. §. 1. D. h. t. „neque enim per conditionem heredum fieri incerta legata“.

45) L. 22. §. 1. D. h. t. vgl. L. 21. §. 1. eod. „legati diem cedere . . . quoniam certum esset herede existente debitum iri“.

46) Vgl. Bd. I. (Comment. Th. 46.) S. 436 fg.

47) Inst. per quas personas nobis acquiritur. II. 9. pr.

Herrn entschiedene Recht auf das Vermächtniß wurde nicht alterirt dadurch, daß der Slave nachher, sei es auch vor Antretung der Erbschaft, frei wurde oder in die Gewalt eines andern Herrn, der nicht Erbe des damaligen war, überging⁴⁸⁾; wenn das Legat ein solches war, dessen dies erst *adita hereditate cedit*, oder ein bedingtes, und der damit bedachte Slave wurde vor Antretung der Erbschaft oder vor Erfüllung der Bedingung frei oder veräußert, so fiel es ihm selbst zu oder seinem neuen Herrn⁴⁹⁾. *Post diem legati cedentem* wurde also das Legat schon als etwas durch den Slaven dem Herrn Erworbenes angesehen. *Gaius* (II. 87.) spricht von dem Erwerb einer Erbschaft durch einen Gewaltuntergebenen, wozu erforderlich ist, daß dieser auf Befehl des Gewalthabers die Erbschaft antrete, wodurch „*hereditas nobis acquiritur, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus*“; dann fährt *Gaius* fort: „*et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur*“. Dabei ist von einem Thun des Untergebenen auf Befehl nicht die Rede; das „*convenienter*“ ist zu interpretiren: „*proinde atque si nobis ipsis legatum esset*“; das „*adquiri legatum per eos*“ aber ist die *legati cedente* entschieden⁵⁰⁾. *Pomponius* in L. 18. D. de R. J. stellt dafür die Regel auf: „*Quae legata mortuis nobis*

§. 1—4., per quas personas nobis obligatio acquiritur III. 28. cf. *Gai.* II. §. 86—90. 93. III. §. 163. 166. 167. *Ulpiani fragm.* XIX. §. 18—20.

48) L. 5. §. 7. D. h. t. XXXVI. 2. Si, cum dies legati cedere inciperet, alieni quis iuris est, deberi his legatum, quorum iuri fuit subiectus, et ideo, si purum legatum fuerit et post diem legati cedentem liber factus est, apud dominum legatum relinquet.

49) L. 5. §. 7. cit. in fine. L. 17. pr. eod. (vgl. oben S. 202. Anm. 14.).

50) Vgl. *Inst.* l. c. II. 9. §. 3. *Ulpian* (l. c. §. 19.) drückt

ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu adquirimus“; er stellt den Uebergang des Vermächtnisses auf die Erben des Legatars und das Anrecht des Gewalthabers auf dasselbe nebeneinander als eodem casu ein-tretend, „eodem casu“, d. h. wenn die mit dem Vermächtniß bedachte persona alieni iuris den dies legati cedens erlebt und eben in diesem Zeitpunkte in der Gewalt eines Anderen sich befindet. Dann aber wurde selbst das seiner Natur nach an die Person gebundene Recht, falls ein solches den Gegenstand des Vermächtnisses bildete, z. B. ein Ususfructus, trotzdem er auf die Erben des Legatars nicht überging, dem Gewalthaber des Legatars erworben; nur war hier der dies legati cedens, den der Bedachte erleben und an dem er alieni iuris sein mußte, damit sein Gewalthaber an seiner Statt das Recht erwerbe, ein anderer, als bei dem Vermächtniß vererblicher Rechte⁵¹⁾. War der Slave, dem vermacht worden, die legati cedente im Eigenthum mehrerer Herren, so wurde diesen zusammen das commodum legati erworben, einem jeden nach Verhältniß seines An-

sich so aus: „hereditatem iussu nostro adeuntes nobis adquirunt et legatum ad nos pertinet“.

- 51) L. 7. in f. L. 9. 16. §. 1. 2. D. h. t. vgl. oben S. 214. Anm. 40. Ein Meinungsstreit aber bestand unter den classischen Juristen darüber, ob der durch den Hausunterthänigen dem Gewalthaber erworbene Ususfructus für diesen fort-dauere, wenn jener nachher versterbe oder auf andere Weise aus der potestas des Letzteren ausscheide, der Slave namentlich durch Veräußerung in die Gewalt eines anderen Herrn übergegangen oder durch Manumissio ein Freier geworden sei? Justinian hat diese Frage in bejahendem Sinne entschieden durch L. 17. Cod. de usufr. III. 33. (p. Chr. a. 531.) [Vgl. Arndts Civil. Schftn. II. S. 4. N. 27.]

theils am Eigenthum⁵²⁾. Gehörte der Sklave, dem vermacht war, die *legati cedente* zu der Erbschaft eines Verstorbenen, die noch der Antretung harrete⁵³⁾, so gehörte nun das Legat zur Erbschaft; so wie der Sklave des Erblassers, der selbst vermacht war, alles, was er nach dem Tode des Herrn vor Antretung der Erbschaft erwarb, zur Erbschaft erwarb, der er bis dahin angehörte⁵⁴⁾, so sagte man in obigem Falle auch: *legatum hereditati adquiri*. So in L. 55. §. 1. D. de legat. II., einer interessanten Stelle, entnommen aus Gai. lib. XII. ad legem Juliam et Papiam, und richtig nur mit Rücksicht auf die Bestimmungen dieser Gesetze und den nach diesen höchst wichtigen Unterschied zwischen *Testamentifactio* und *Capacitas* zu erklären⁵⁵⁾. Der

52) L. 50. pr. D. de legat. I. (Ulpian. lib. XXIV. ad Sab.): *Si servus plurium sit, pro domini portione legatum ei relictum adquireret*. Mommsen schlägt vor zu lesen: „*domini pro portione legatum ei relictum adquirent*“; mir scheint es genügend, für „*adquiret*“ zu bessern „*adquirent*“ (sc. *plures*), oder besser, zu lesen „*pro domini portione domini . . . adquirent*“.

53) Dieser Fall konnte eintreten, wenn der Herr des Sklaven, dem gültig vermacht war, verstorben und dessen Erbschaft zur Zeit des *dies legati cedens* noch nicht angetreten war, oder auch wenn dem zur Zeit schon zu der Erbschaft seines verstorbenen Herrn gehörigen Sklaven (*servo hereditario*) vermacht war und dieser zur Zeit, da *dies eius legati cedebat*, immer noch in derselben Lage, d. i. *hereditarius servus*, war. L. 116. §. 3. D. de legat. I.

54) L. 38. D. de legat. II. *Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati acquirit*.

55) Vgl. den Comment. Th. 39. S. 158. fg. S. 225. fg. Ann. 25. Th. 46. S. 377. — Aus Unkunde dessen wurde L. 55. §. 1. cit. von der Glosse an unrichtig aufgefaßt. So auch von Cuiacius ad h. l. (opp. VII. col. 1187. sq.). Ganz oberflächlich ist, was Westphal I. §. 56.

Herr eines Slaven hat einen Erben eingesetzt, der nach dem genannten Doppelgesetze etwas kraft letztwilliger Verfügung zu erwerben gar nicht oder nur zum Theil fähig, ganz incapax, z. B. als coelebs, oder nur zum Theil capax, z. B. als orbis, war (qui vel nihil vel non totum capere potest). Nun hat ein Dritter nach dem Tode des Herrn vor Antretung der Erbschaft desselben (hereditate iacente) jenem Slaven, der nun hereditarius servus ist, ein Legat hinterlassen. Daß dieses Legat gültig angeordnet sei, darüber hatte Gaius keinen Zweifel; es war gültig, wenn nur, was stillschweigend vorausgesetzt wird, der verstorbene Herr des Slaven Testamentifactor gehabt hatte⁵⁶). Aber darüber hatte man Bedenken, wie

darüber sagt. Auch die von Mühlenbruch a. a. O. (Anm. 25) gerühmte Erklärung von Zepernick konnte nicht befriedigend ausfallen, weil er nicht an den Unterschied zwischen Capacitas und Testamentifactor gedacht hat, und nur zu verwundern ist, daß Mühlenbruch bemerkt, hier komme nichts darauf an.

- 56) L. 52. (53.) D. de hered. inst. XXVIII. 5. Servus hereditarius heres institui potest, simodo testamenti factor fuit cum defuncto. War entschieden, daß ein Erbschaftsclave gültig zum Erben eingesetzt werden könne, so konnte nicht zweifelhaft sein, daß einem solchen unter gleicher Voraussetzung auch gültig legirt werde. L. 116. §. 3. D. de legat. I. Cuiacius a. a. O. nimmt an, darüber sei Streit gewesen, ob auch hier die hereditas vice defuncti fungitur, und das sei es, was nach Gaius post multas varietates placuit, daß dem Erbschaftsclaven gültig vermacht werde, wenn nur dessen verstorbener Herr Testamentifactor gehabt habe oder (was ihm dasselbe ist) capax gewesen sei, und eine Hindeutung auf diesen Streit findet Cuiacius in den Worten der L. 82. §. 2. D. de legat. II. „ex illo igitur praecepto, quod dicimus servi inspicui personam in testamentis, dictum est servo hereditario legari posse“. Es soll auch nicht behauptet werden, daß

es nun bezüglich der Capacitas zu halten sei? sollte bezüglich derselben auf die Person des verstorbenen Herrn des Slaven gesehen werden? Das ging nicht an. Bezüglich der Capacität war der Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft oder des Vermächtnisses entscheidend, mit der Beschränkung jedoch, daß die dann vorhandene Incapacität möglicher Weise innerhalb einer gewissen Frist noch beseitigt werden konnte. Nun konnte man doch nicht fragen: Ist der Verstorbene jetzt etwa incapax? Coelebs oder Orbis? oder Latinus Junianus? 57) Sollte also die Incapacität des eingesetzten Erben entscheidend sein für das Legat? wie so? Diese bezog sich doch nur auf den Nachlaß des Testators, der ihn zum Erben eingesetzt hatte; diesen Nachlaß konnte er nicht oder nicht ganz erwerben; wie sollte davon die Wirksamkeit des einem dazu gehörenden Slaven von einem Dritten hinterlassenen Legats abhängen? Der eingesetzte Erbe konnte sogar, obgleich incapax in Ansehung des Nachlasses seines Testators, capax sein in An-

jener Satz ohne Kampf zur Anerkennung gelangt sei. Aber längst vor Gaius war die Möglichkeit, einen servus hereditarius zum Erben einzusetzen, folglich auch ihm zu legiren, behauptet und Gaius selbst zweifelte nicht daran, unter der Voraussetzung, daß der Erblasser Testamentifactio gehabt hatte. Vgl. mit L. 53. cit. L. 31. §. 1. L. 64. (65.) D. eod. §. 2. J. de hered. instit. II. 14. Nur „tractantibus nobis de capacitate“, sagt er, „videndum est“ etc. So richtig Köppen, die Erbschaft (Zena 1856) S. 45. fg. 54. fg.

- 57) Mühlenbruch a. a. D. S. 226. äußert, von den von Gaius hier verworfenen Meinungen habe die noch das Meiste für sich gehabt, wornach die Capacitas eben so wie die Testamentifactio aus der Person des Erblassers zu beurtheilen sei. Das möchte ich nicht sagen; mir scheint diese genau erwogen an Absurdität zu grenzen. Vgl. auch Köppen a. a. D. S. 55.

fehung des Nachlasses desjenigen, welcher dem Sklaven vermacht hatte, z. B. als dessen Verwandter, dem durch das Gesetz die *solidi capacitas* belassen war ⁵⁸). Das Richtige war, von der Capacität des Erben sowohl als des Erblassers abzusehen, das dem Erbschaftssklaven hinterlassene Legat aber die *legati cedente* als einen der Erbschaft durch den Sklaven zugegangenen Vortheil anzusehen, sowie anderartigen Erwerb des Sklaven, oder wie inzwischen erfallene Erzeugnisse und anderen Zuwachs erbshaftlicher Sachen. So sagt denn Gaius a. a. D.: *et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati, atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest; reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit.* Das Vermächtnisrecht ist in der Erbschaft begriffen, und so fällt es denn demjenigen zu, kann kraft desselben das vermachte Gut derjenige erwerben, welcher später Erbe wird, wer er auch sei; wenn aber der eingesetzte Erbe zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft noch *pro parte incapax* ist, so fällt ihm das Legat auch nur *pro parte* zu, wie er nur *pro parte* die Erbschaft erwirbt; der übrige Theil desselben kommt demjenigen zu, welche dem Rechte nach zu dem Theil der Erbschaft, den jener als *Incapax* nicht erwerben konnte, gelangen ⁵⁹).

58) Siehe Klenze in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 68. fg.

59) Bei den Worten „*qui iure vocantur*“ hat Gaius gewiß nicht die Intestaterben im Auge gehabt, wie sie meistens gedeutet worden sind, z. B. auch von Cuiacius und Westphal a. a. D., sondern diejenigen, welchen der Theil der Erbschaft, den der eingesetzte Erbe als *Incapax* nicht erwerben konnte, als *pars caduca* zusam, die *heredes* oder le-

Auch ein Fragment aus Julian's Digesten spricht vom Erwerb eines Legats für die Erbschaft durch einen Sklaven⁶⁰). Aber der vorliegende Text dieser Stelle ist sehr bedenklich. Sie setzt den Fall, daß ein Erblasser (A) einen Sklaven einem C vermacht, und diesem Sklaven ein anderer Erblasser (B) etwas vermacht habe. Wenn nun, sagt sie, bei Lebzeit des A nach dem Tode des B der dies legati servo dati cedens eintrete, so werde dieses Legat sofort der Erbschaft erworben und könne der Legatar C darauf keinen Anspruch machen, wenn auch A später verstorben sei. Es ist aber sehr auffallend, daß von einem Erwerb durch den Sklaven für die Erbschaft des A gesprochen wird, wenn dieser Erwerb schon bei Lebzeit des Erblassers A entschieden ist. Cuiacius hat darum eine Radikalkur der Stelle vorgeschlagen, nach welcher der Fall sich so gestaltet, daß der Sklave die legati cedente als nunmehr hereditarius servus das Legat der Erbschaft des A erwirbt⁶¹). Mommsen dagegen will auf leichtere Weise helfen, indem er vorschlägt, das Wort hereditati einfach zu streichen⁶²). Was man auch von diesen Emen-

gatarii patres, eventuell das Alerarium, Heinecc. l. c. lib. III. cap. VI. §. III. pag. 310. sq. oder auch etwa einen Substituten des Incapax, Heinecc. l. c. pag. 216.

60) L. 91. §. 6. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXVI. Dig.): Si mihi servus a te herede legatus fuerit et eidem servo aliquis legaverit et vivo eo, qui mihi servum legaverat, dies legati servo dati cesserit, confestim id legatum hereditati acquiritur; et ideo, quamvis postea moritur is, qui servum mihi legaverat, ad me id quod servo legatum est non pertinebit.

61) Cuiacii obs. XXV. 40. Statt *et vivo eo* soll man lesen: *et mortuo eo*, und dann: *et ideo, quamvis postea adeatur hereditas eius, qui* etc. statt: *et ideo quamvis postea moritur is qui* etc.

62) Mommsen Dig. II. pag. 26. Ich gestehe, daß ich einen

dationen der Stelle halten mag: jedenfalls spricht sie energisch aus, daß das einem Sklaven hinterlassene Legat die *legati cedente* sofort dem jetzigen Herrn desselben oder der *Hereditas, quae loco domini est*, erworben wird, so daß in obigem Falle der Legatar C keinen Anspruch darauf machen konnte, wenn er später kraft des Legates des A das Eigenthum des Sklaven erworben hat, sei es auch daß das dem Sklaven hinterlassene Legat erst jetzt geltend gemacht werden konnte, z. B. weil es *ex die certo* gegeben war.

Es lohnt sich wohl der Mühe, hier zur Vergleichung noch eine andere Stelle aus Julian's *Digesten* herbeizuziehen, die den Fall betrifft, wenn einem Sklaven der Nießbrauch einer Sache vermacht war⁶³). Julian legt hier zuerst den Fall vor, daß einem vermachten Sklaven vor Antretung der Erbschaft desjenigen, welcher ihn vermacht hat, von einem anderen Erblasser ein *Ususfructus* vermacht ist und nun die Erbschaft des letzten früher angetreten wird, als die des ersten Erblassers. Der Regel nach fiel der *dies cedens* des Nießbrauch-Vermächtnisses, wenn es nehmlich unbedingt und ohne Zeitbestimmung war, mit der Antretung der Erbschaft des Vermächtnißgebers zusammen und wurde in diesem Zeitpunkt zugleich das

Dativ zu *adquiritur* ungern vermisse. In dem Auszug der *Basiliken* (XLIV. 1. cap. 87. ed. Heimb. IV. pag. 343). lesen wir *τῷ κληρονόμῳ*; aber der *Tipucitus* weicht hier auch sonst vom Text der *Digesten* erheblich ab, nach Heimbach's Uebersetzung: *Et de eo, si servum mihi legaveris et alius eidem legaverit, et legatum ei relictum vivo me cesserit, heredi tuo competit.* Doch ist darnach wahrscheinlich, daß die Verfasser der *Basiliken* einen Text mit dem *Dativ* *hereditati* oder *heredi* vor sich hatten. Mommsen empfiehlt übrigens auch die Streichung der Worte „a to herede“.

63) L. 16. §. 1. 2. D. h. t. XXXVI. 2. (Julian. lib. XXXV. Dig.)

dingliche Recht des Nießbrauchs dem Legatar (bezw. dessen Gewalthaber) erworben. Demnach könnte man meinen, daß in obigem Falle das Legat des Nießbrauchs durch den Sklaven, der die *legati cedente* noch *hereditarius servus* war, der *Hereditas* des Testators, der ihn vermacht hatte, angefallen sei⁶⁴). Aber das Recht des Nießbrauchs konnte der *Hereditas* durch den Sklaven nicht erworben werden⁶⁵); es mußte erst ein neuer Herr des Sklaven erwartet werden, der statt desselben den Nießbrauch überkam⁶⁶), sei es der Erbe oder ein Legatar, und das entschied sich durch die Antretung der Erbschaft, zu welcher der Sklave gehörte; und diesen Zeitpunkt mußte der Sklave, dem der Nießbrauch vermacht war, erleben, damit das Legat bestehe. Darum, sagt Julian, sei kein Grund vorhanden, in dem vorgelegten Falle den *dies cedens* des dem Sklaven gegebenen Legates vor die Antretung der Erbschaft, aus welcher der Sklave vermacht war, zu verlegen⁶⁷), und

64) Die Regel, daß der *dies* des einem vermachten Sklaven gegebenen Legates erst *adita hereditate cedit* (vgl. oben S. 202. Anm. 14 lit. b.), stand hier nicht entgegen, weil dem Sklaven von einem Anderen vermacht war, als demjenigen, der den Sklaven vermacht hatte.

65) L. 61. §. 1. D. de a. r. dominio XLI. 1. L. 26. D. de stip. serv. XLV. 3.

66) Vgl. L. 1. §. 2. D. quando dies usufr. VII. 3. *Dies autem ususfructus, item usus non prius cedit, quam hereditas adeatur; tunc enim constituitur ususfructus, cum quis iam frui potest. Hac ratione et si servo hereditario ususfructus legetur, Julianus scribit, quamvis cetera legata hereditati adquirantur, in usufructu tamen personam domini exspectari, qui uti et frui possit.*

67) „Nulla ratio est, cur diem legati cedere existimemus, antequam ea quoque hereditas, ex qua servus legatus erat, adeatur, cum neque in praesentia ullum emo-

so denn falle der vermachte Nießbrauch demjenigen zu, dem jetzt der Slave gehöre⁶⁸). Dagegen, so bemerkt Julian weiter in §. 2., wenn der Slave, dem der Nießbrauch von einem Dritten vermacht war, selbst nicht von seinem Herrn vermacht worden ist, derselbe aber auch die Antretung der Erbschaft seines Herrn, nach der Antretung der Erbschaft des Vermächtnißgebers, erlebt hat, so gehört nun das Vermächtniß des Nießbrauchs zur Erbschaft des Herrn, d. h. der später antretende Erbe desselben erwirbt als solcher den Nießbrauch als etwas zum erbschaftlichen Vermögen gehöriges, obgleich der ruhenden Erbschaft das Recht des Nießbrauchs (nach Num. 65. oben) noch nicht erworben sein konnte⁶⁹).

lumentum hereditati adquiratur et, si interim servus mortuus fuerit, legatum extinguatur.“

- 68) „Quare adita hereditate existimandum est, usumfructum ad eum, cuius servus legatus esset, pertinere“. Statt *cuius* haben nach Mommsen Handschriften *secundi ordinis* die Lesart *cui* (vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l.) und diese wird von Köppen a. a. O. als allein zulässige vertheidigt, weil ohne sie kein Gegensatz in §. 2. gegen §. 1. der L. 16. cit. zu finden wäre. Mit Recht jedoch hat Mommsen die florentinische Lesart festgehalten. Die Worte „*cuius servus legatus esset*“ sind zu verstehen: „dessen der vermachte Slave adita hereditate sein, d. i. wer dann des Slaven Herr sein werde“, und das konnte der Legatar sein oder dessen Erbe, wenn jener *post diem legati* verstorben war, oder auch der Erbe des Vermächtnißgebers, wenn der Legatar *ante diem legati cedentem* verstorben war oder das Legat abgelehnt wurde. — A. Faber hatte vorgeschlagen zu lesen: *cuius servo*, nicht passend; denn zur Zeit des Legats war ja des Slaven Herr noch der jetzt verstorbene Erblasser.

- 69) Der §. 2. lautet: *Quodsi servus, cui ususfructus legatus fuerit, ipse legatus non fuerit, dicendum est, usumfructum ad hereditatem pertinere, eo quod dies eius*

Was übrigens bisher von den einem Sklaven hinterlassenen Vermächtnissen gesagt worden ist, das fand nach älterem Recht auch Anwendung auf Vermächtnisse, die anderen hausunterthänigen Personen, namentlich Hauskindern, hinterlassen waren. War einem *Filiusfamilias* vermacht, so kam es wesentlich darauf an, daß dieser den *legati cedens* erlebe. War er in diesem Zeitpunkte *sui iuris*, so konnte er das Vermächte für sich selbst erwerben. Befand er sich jetzt noch in der väterlichen Gewalt, so war das Vermächtnißrecht nun sofort dem Vater, so wie in jenem Fall dem Sohne selbst, erworben, und dieses Recht des Vaters blieb unverfehrt bestehen, wenn auch der Sohn vor Antretung der mit dem Vermächtniß beschwerten Erbschaft oder überhaupt vor der Zeit, da das Vermächtniß gefordert werden konnte, starb oder aus des Vaters Gewalt austrat. Dies wird auch in den Justinianischen

ante aditam hereditatem non cesserit. Die Worte *ad hereditatem* hat man beanstandet, obgleich auch die Verfasser der Basiliken in ihrem Texte sie vor sich gehabt haben müssen; denn im *Tipucitus* lesen wir: „*πῶς τῇ κληρονομίᾳ προσήκει ἢ κτῆσις*“ (Basil. XLIV. 20. cap. 13. ed. Heimb. IV. pag. 454.). Manche beruhigen sich dabei, daß hier *ad hereditatem* soviel bedeute, wie *ad heredem*, z. B. Cuiac. obs. XXV. 40. U. Faber aber emendirte geradezu *ad heredem* und diesem schließt Mommsen sich an, indem er vorschlägt zu lesen: „*usumfructum ad heredem adita hereditate pertinere*“. Auch mir ist wahrscheinlich, daß in Julian's ächtem Text hier *heres* und *hereditas* in Verbindung mit einander genannt waren, da sonst der Schluß des §. 2. *eo quod* etc. nicht paßt, den mit Köppen a. a. O. an's Ende von §. 1. zu versetzen doch auch nicht zusagt. Julian wird es irgendwie betont haben, daß der Erbe den Nießbrauch durch die Erbschaft erwerbe, was bei Berechnung des Vermögensbetrages der Erbschaft von Bedeutung sein konnte, z. B. bezüglich der jenem aufzulegenden Legate.

Digesten noch als geltendes Recht vorgetragen. Mehrere der bisher benutzten Stellen sprechen nicht von Sklaven allein, sondern überhaupt von *personae alieni iuris* ⁷⁰⁾, und als solche erscheinen auch im Justinianischen Rechte noch die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder ⁷¹⁾. Andere nennen ausdrücklich den *filiusfamilias* ⁷²⁾. Eine Stelle bespricht insbesondere den Fall, wenn eine *persona sui iuris* mit dem Vermächtniß bedacht ist, später aber der Gewalt eines Anderen unterworfen wird. Geschieht dies erst *post diem legati cedentem*, so geht nun das ihr erworbene Vermächtnißrecht wie all' ihre Habe auf den dermaligen Gewalthaber über, und bleibt diesem, ob auch *antequam dies legati venit* jene wieder *sui iuris* geworden sein mag ⁷³⁾. Geschieht es aber *ante diem legati cedentem*, z. B. während die Bedingung des Vermächtnisses noch schwebt, so kommt es darauf an, ob die bedachte Person die *legati cedente* noch *alieni iuris* und wessen Fuß sie unterworfen ist — dann fällt diesem das Vermächtniß zu —, oder ob sie jetzt *sui iuris* ist; dann erwirbt sie dasselbe für sich selbst ⁷⁴⁾. Aber diese Digesten-

70) L. 18. D. de R. J. L. 17. — L. 5. §. 7. D. h. t. XXXVI. 2.

71) Dig. de his qui sui vel alieni iuris sunt. I. 6. Inst. I. 8.

72) L. 9. D. h. t. cf. L. 15. 27. eod. *

73) L. 14. §. 3. D. h. t. (Ulp.): Si dies legati cesserit, deinde legatarius in ius alienum pervenit, ipsi (*ei* oder *illi*?) potius debetur legatum, in cuius ipse ius pervenit; transeunt enim cum eo, quae ei debebantur.

74) L. 14. §. 3. cit. Sed si sub conditione fuerit legatum, non transit, sed expectabit conditionem, eique acquiratur, cuius iuris (*iuri subiectus*?) erit conditionis existentis tempore; quodsi sui iuris fuerit eo tempore, sibi potius acquireret. — Ulpian hatte hierbei ohne Zweifel wenigstens vorzüglich den Fall im Auge, wenn die *persona*

stellen haben schon im Justinianischen Rechte nur mehr eine beschränkte praktische Geltung, nachdem nemlich durch Justinian die vermögensrechtliche Stellung der Kinder in väterlicher Gewalt zu deren Gunsten allgemein so bestimmt worden ist, daß dieselben für sich selbst erwerben können und nur der Nießbrauch an dem von ihnen erworbenen Gut dem Vater regelmäßig vorbehalten ist⁷⁵⁾, was auch auf Erwerb durch Vermächtniß sowohl als durch Erbschaft Anwendung findet⁷⁶⁾. Die Compilatoren haben gleichwohl darauf bezügliche Stellen noch wie sie bei den classischen Juristen lauteten, aufgenommen und es der praktischen Auslegung überlassen, dieselben mit dem neueren Recht in Einklang zu bringen. In den Institutionen dagegen (II. 9. §. 1.) ist das neue Recht gelehrt und, (§. 3.), was nach altem vom Erwerb aller personae alieni iuris galt, ausdrücklich nur auf Erwerb der Sklaven eingeschränkt, wobei namentlich auch der Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen hervorgehoben wird⁷⁷⁾. Es fragt sich hiernach, ob das, was obige Stellen über die rechtliche Bedeutung des dies cedens bei den einem Hauskind hinterlassenen

sui iuris nachher in die väterliche Gewalt oder Manus oder das Mancipium eines Anderen kam. Ob auch für den Fall, wenn der Legatar seine Freiheit verloren und nun die legati cedente als Sklave in der Gewalt eines römischen Bürgers sich befand, dasselbe zu behaupten war? Darüber vgl. Bd. 1. (Th. 46.) S. 377. und unten S. 232. Anm. 83. — Ueber I. 14. §. 3. cit. vgl. auch Scheurl Beiträge II. (Nebenbestimmungen) S. 147. f.

- 75) Cod. de bonis quae liberis in potestate constitutis . . acquiruntur. VI. 61.
 76) Vgl. den Comment. Th. 39. S. 229. fg. In gewissen Fällen fand dasselbe schon vor Justinian statt. L. 4. Cod. I. c. L. 1. 2. Cod. de bon. mat. VI. 60.
 77) Vgl. oben S. 217. fg. Anm. 50.

Vermächtnissen lehren, auch nach Justinianischem und heutigem Rechte noch praktische Bedeutung habe und welche?

Windscheid im Lehrb. des Pandektenrechts III. §. 642. gibt als Bedeutung des dies legati cedens unter anderem an, „daß sich nach der Zeit des Anfalls der Erwerb für den Gewalthaber bestimmt“, und bemerkt dazu in Anm. 10.: „Man darf nicht sagen, daß dieser Satz im heutigen Rechte ganz unpraktisch sei; denn s. II. §. 525. Note 15.“ Hier ist die Rede von dem sog. *praemium emancipationis*, das darin besteht, daß der freiwillig emancipirende Vater fernerhin den Nießbrauch an dem Vermögen des Kindes zur Hälfte behalten soll⁷⁸⁾. Gesezt nun, daß dem Kinde ein Vermächtniß hinterlassen ist und dasselbe *post diem legati cedentem* vor Antretung der Erbschaft oder bevor *dies legati venit* emancipirt wird, so ist das Vermächtnißrecht, obwohl es erst später verwirklicht wird, als dem Kinde schon zur Zeit der Emancipation erworben anzusehen und kann der Vater bezüglich des dadurch gewährten Vermögenszuwachsens den Nießbrauch zur Hälfte in Anspruch nehmen. Ja, da nach L. 8. pr. §. 2. Cod. l. c. (VI. 61.) dem Vater zusteht, einen dem Kinde ange-tragenen Erwerb, wenn dieses ihn ablehnt, ganz für sich zu machen, so möchte consequent zu behaupten sein, daß der Vater noch jetzt das Vermächtniß ganz für sich erwerben könne, wenn das emancipirte Kind oder dessen Erbe dasselbe ablehnt. Aber freilich ist es, wie auch Windscheid andeutet, bestritten, ob jenes *praemium emancipationis* noch gemeinen Rechtes sei⁷⁹⁾; wenn nicht, so würde heutzutage jener Satz eine praktische Bedeutung nicht mehr haben. Nach Justinianischem Recht würde sich eine solche auch noch in dem Fall ergeben, wenn die väter-

78) L. 6. §. 3. Cod. de bon. quae lib. VI. 61. §. 2. I. per quas person. II. 9.

79) Vgl. Arndts, Pand. §. 436. Anm. 3.

siche Gewalt durch den Tod des Kindes beendigt wird und der überlebende Vater nicht zu dessen Erbschaft berufen ist, falls es feststünde, daß in diesem Falle der Nießbrauch des Vaters an dem Vermögen des verstorbenen Kindes fortbestehe. Alsdann würde nehmlich consequent zu behaupten sein, daß der Nießbrauch des Vaters auch auf das dem verstorbenen Kinde hinterlassene Vermächtniß sich erstrecke, falls nur das Kind den dies legati cedens erlebt hätte. Allein hier ist schon sehr streitig, ob jene Fortdauer des väterlichen Nießbrauchs wirklich im Justinianischen Recht begründet sei; die herrschende Meinung war stets und ist dagegen⁸⁰⁾; und für das heutige gemeine Recht muß man sich unbedenklich der die Fortdauer verneinenden Ansicht anschließen⁸¹⁾. Wenn aber der väterliche Nießbrauch durch den Tod des Kindes jedenfalls beendigt wird, so ist es bezüglich desselben von keiner Bedeutung, auf den dies cedens eines dem Kinde hinterlassenen Vermächtnisses zurückzugehen, da auch der Nießbrauch an dem dies legati veniente dem Kinde schon bei dessen Lebzeit erworbenen Vermögensgewinn mit dem Tode des Kindes ein Ende hätte.

Für das heutige gemeine Recht ist hiernach noch in stärkerem Maße richtig, was oben S. 202 f. hervorgehoben wurde, daß die praktische Bedeutung des dies legati cedens hauptsächlich darin liegt, daß, wenn nur diesen Zeitpunkt der Vermächtnißnehmer erlebt, dessen nachher erfolgender Tod das Vermächtniß nicht vernichtet, sondern dasselbe auch auf dessen Erben übergeht, falls nicht durch die Natur des vermachten Rechtes der Uebergang auf die Erben ausgeschlossen ist. In dieser Beziehung ist hier nur noch die Frage zu berühren, ob dieser Uebergang des Vermächtnisses auf die Erben post diem legati cedentem nicht

80) Vgl. Arndts a. a. O. §. 433. Anm. 1. 3.

81) Arndts §. 436. unter Nr. 1.

auch dadurch ausgeschlossen werde, daß dem Bedachten ein Anderer substituirt ist?

Die Substitution bei einem Vermächtniß ist analog der Vulgarsubstitution bei einer Erbeinsetzung zu beurtheilen⁸²⁾. Die übliche Wortfassung der letzten lautete: „si (Primus) heres non erit, (Secundus) heres esto“. Diese wurde so ausgelegt, daß der Secundus zur Erbschaft berufen sein sollte, falls der Primus nicht Erbe werde, sei es, daß er nicht Erbe werden kann, z. B. weil er vor eingetretener Delation der Erbschaft gestorben ist, oder daß er nicht erben will, d. i. die deferirte Erbschaft ablehnt; mit andern Worten: Secundus soll zum Erben eingesetzt sein unter der Bedingung, wenn die Erbeinsetzung des Primus als erfolglos sich erwiesen hat. Diese Bedingung war auch dann nicht erfüllt, wenn ein zum Erben eingesetzter Slave oder Haussohn zwar nicht für sich, aber durch ihn der Herr oder Vater die Erbschaft erwarb; es war anerkannt, daß, wenn der Eingesezte alieno iuri subiectus war, die Bedingung der Substitution „si heres non erit“ zu verstehen sei: „si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit“⁸³⁾, also in jenem Fall der Substitut

82) L. 50. pr. D. de legat. II. „Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis.“

83) §. 4. I. de vulg. subst. II. 15. L. 40 (in Mommsen's Ausgabe L. 41.) D. de hered. instit. XXVIII. 5. Vgl. darüber Arndts' civ. Schriften II. 38. S. 108 fg. 107 fg. Aus diesen Stellen geht hervor, daß die Erbeinsetzung eines Freien auch dann noch wirksam blieb, wenn derselbe später seine Freiheit verlor, aber zur Zeit der Delation der Erbschaft sich in der Gewalt eines römischen Herrn befand, ex cuius persona er nun testamentifactio hatte, also z. B. der römische Bürger, dessen Slave der Eingesezte, der sich pretii participandi gratia hatte verkaufen lassen, geworden war, durch diesen die Erbschaft erwerben konnte; denn nur, wenn der Erblasser einen irrthümlich für freige-

durch den Herrn oder Vater ausgeschlossen werde. Für die Substitution bei einem Vermächtniß hatte man nicht einen gleichen Ausdruck der Bedingung derselben; man konnte nicht sagen: „si Primus legatarius non erit“; denn Legatar war Primus immerhin, weil er mit dem Legat be-
 dacht war. Nach Analogie jener bei der Erbeinsetzung gel-
 tenden Sätze aber ist nicht zu bezweifeln, daß, nachdem für
 den Erstbedachten dies legati cessit, der Substitut (ab-
 gesehen von dem noch möglichen Fall der Ablehnung des
 Legats) ausgeschlossen wurde, durch den Erstbedachten selbst
 oder denjenigen, der an dessen Statt als Erbe oder Ge-
 walthaber das Legat erwarb, vorausgesetzt jedoch, daß nicht
 die Bedingung der Substitution oder Translation des Ver-
 mächtnisses in einer Weise ausgedrückt war, die einer ande-
 ren Auslegung des Willens des Vermächtnißgebers Raum
 gab, also z. B. ohne allen Zweifel, wenn der Erblasser
 nur verfügt hatte: „Mein Haus vermache ich dem Primus
 und substituire diesem den Secundus“ oder „eventuell dem
 Secundus“. Aber auch wenn gesagt wäre: „Ich vermache
 dem Primus; wenn dieser das Vermächtniß nicht erwirbt,
 soll dasselbe dem Secundus vermacht sein“, würde doch im
 Zweifel zu behaupten sein, daß Secundus ausgeschlossen
 sei, nachdem in der Person des Primus dies legati ces-
 sit; denn darnach kann schon nicht gesagt werden, daß das
 Vermächtniß des Primus erfolglos, dieses nicht erworben
 sei. Wie die römischen Juristen dem Gedanken, daß schon
 die legati cedente in gewissen Sinn der Erwerb des
 Vermächtnißrechts entschieden sei, Folge gaben, das wird
 durch eine interessante Stelle von Ulpian belegt, L. 3.
 §. 1. D. de adim. vel transfer. legatis. XXXIV. 4.

Si quis Titio legaverit sic: „Titio dato, aut, si

haltenen Sklaven eingesetzt hatte, fand man es bedenklich,
 durch dessen Herrn den Substituten ganz auszuschließen.

Titius ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato“⁸⁴⁾, secundum meram subtilitatem utrique obligatum videri heredem, id est, et Sempronio et heredi Titii.

Die Bedingung „si Titius ante decesserit quam accipiat“ ist zu verstehen: „wenn Titius vor Empfang des Vermächten verstorben ist“⁸⁵⁾. In diesem Fall nun, sagt Ulpian, könnte man, wenn Titius erst post diem legati cedentem gestorben ist, nach subtiler Auffassung dazu kommen, den beschwerten Erben für schuldig zu erklären, sowohl dem Sempronius als auch dem Erben des Titius das ganze Legat zu entrichten. Diese Idee konnte nur aufkommen, indem man von dem Gesichtspunkt ausging, daß die legati cedente das Vermächtnißrecht dem Titius als auf seine Erben transmissibles erworben sei und ohne Rücksicht auf das bedingt dem Sempronius hinterlassene Legat bestehe, dieses aber, nachdem dessen Bedingung erfüllt ist, auch nicht hindern könne. Mit Recht aber bezeichnet Ulpian diese Idee, die nur mera subtilitate

84) Mommsen will hier eingefügt haben: et post diem legati cedentem Titius decesserit. Jedenfalls ist dies im Gedanken zu ergänzen, wie der Schluß des §. 1 durch den Gegensatz zeigt: sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum.

85) Anders freilich erklärt Köppen in den Jahrb. für Dogmat. V. S. 208 fg. Er versteht unter dem accipere die Agnition oder erklärte Annahme des Vermächtnisses von Seiten des Legatars. Dagegen vgl. in dem verwandten Fall der L. 3. §. 2. D. l. c. „si ante restitutam (hereditatem puer) decessisset“, und in L. 25. (26) pr. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. I. „si ante restitutum fideicommissum puer decessisset“ . . . „si non iam puer hoc acceperit.“ Ueber den Zusammenhang jener Erklärung mit Köppen's Theorie von der Agnition der Vermächtnisse s. unten §. 1525. c.

gewonnen werde, als verwerflich. Der Gedanke des Erblassers ist offenbar nicht, daß der Erbe das Legat zweimal zahlen soll, sondern nur der, daß, wenn Titius es nicht bekommt, Sempronius es haben soll, und so wird denn in diesem Fall dem Willen des Erblassers gemäß der Uebergang des Legats auf die Erben des Titius durch den Substituten ausgeschlossen. Dies aber wäre doch nicht zu billigen, wenn Titius bereits den Vermächtnißträger zur Erfüllung der fälligen Vermächtnißforderung (*post quam dies legati venit*) gemahnt und so diesen in Verzug gesetzt hat. Daß der Erblasser der Verzögerung der Leistung von Seiten des Vermächtnißträgers habe die Folge geben wollen, daß dem Erstbedachten und dessen Erben das Vermächtniß entgehe, ist gewiß nicht anzunehmen. Daher fährt Ulpian fort:

Sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes eius legati exactio transmittitur Sempronio repellendo; sin autem nulla mora intercesserit, tunc Sempronius legatum accipit et non Titii heredes;

woran sich dann der in Anm. 84. angeführte Schlusssatz anschließt. Also: hat Titius in Folge Verzugs des Erben das Legat nicht empfangen vor seinem Tode, dann können dessen Erben es einfordern und ist Sempronius abzuweisen, obgleich die Bedingung seines Legats im buchstäblichen Sinn erfüllt ist; im andern Fall aber werden nach des Erblassers wahren Willen die Erben des Titius durch den Sempronius ausgeschlossen⁸⁶). Dem Fall der L. 3. §. 1. cit.

86) Vgl. Brinz Lehrb. d. Pand. erste Aufl. S. 917. „Wird die Bedingung, unter welcher einem Zweiten vermacht sein soll, auf den Tod des Ersten gestellt, und zwar auf den Tod vor „Empfang“ des Vermächtnisses, so darf dies nicht so buchstäblich genommen werden, als ob die Bedingung eingetreten wäre, wenn der Nichtempfang bloß am

stellt Ulpian in §. 3. den Fall gegenüber, wenn die Bedingung des Vermächtnisses an einen Zweiten auf die Nichtentrichtung desselben von Seiten des Vermächtnisträgers an den Ersten gestellt ist. Er sagt:

Sed et cum quis ita legasset: „heres meus Titio dato; si non dederit, Sempronio dato“, ita demum Sempronio debetur, si dies eius in persona Titii non cessisset⁸⁷⁾).

Hier wird schlechthin von des Titius Versterben vor dem dies legati cedens abhängig gemacht, ob dem Sempronius das Vermächtniß zukomme, also, wie es scheint, stillschweigend angenommen, daß, wenn Titius post diem legati cedentem aber priusquam dies legati venit gestorben ist, dessen Erben den Sempronius ausschließen. Aber es widerstrebt doch, diesen Fall so wesentlich anders zu beurtheilen, als den Fall, wenn die Bedingung des Vermächtnisses an Sempronius den Worten nach auf den Nichtempfang des Titius gestellt ist. Daß in beiden Fällen dem Sempronius das Legat zugesprochen wird, wenn dieses für Titius ganz erfolglos ist, weil er vor dem dies cedens gestorben, das ist begreiflich, obgleich die Bedingung des Legates an Sempronius „si Titio non dederit“, wenn auf diesen Fall berechnet, unpassend gewählt ist; daß dagegen, wenn Titius erst nach dem dies cedens stirbt, dem

Onerirten liegt. Eben so wenig dürfen sich aber die Erben des Ersten, nachdem dieser nicht empfangen, auf den Buchstaben berufen, daß ihr Erblasser, wenn nicht empfangen, so doch erworben habe.“

- 87) Den gleichen Fall betrifft L. 10. §. 1. eod. (aus Julian's Digesten Bd. 37): Quod ita legatum est: „Titio decem heres meus dato; si Titio non dederit, eadem decem Sempronio dato“, si moriatur Titius ante diem legati, Sempronius decem utiliter petet; translatum enim legatum intellegi debet.

Sempronius das Legat zwar zufallen soll, wenn ihm unter der Bedingung „si Titius ante decesserit quam accipiat“ vermacht ist, nicht aber wenn ihm unter der Bedingung „si Titio heres non dederit“, das ist schwer zu begreifen, zumal da man nur den Dativ Titio zu betonen braucht, um sagen zu können, die Bedingung sei buchstäblich erfüllt, wenn der Erbe nicht dem lebenden Titius gegeben habe. Brinz a. a. O. S. 917. fg. bemerkt in Beziehung auf L. 3. §. 3. cit.: „Mit dem Ausdruck: 100 gib dem A, wenn nicht dem A, dem B, — will nicht gesagt sein, daß der B bekommen solle, wenn der Onerirte dem A nicht geben will, sondern wenn er ihm nicht geben kann (si dies in persona eius non cessisset)“. Auch wenn Titius nach dem dies cedens vor Antretung der Erbschaft gestorben ist, kann der Erbe ihm nicht geben. Ich glaube daher, daß ungeachtet der eben in Parenthese angeführten Worte der L. 3. §. 3. cit. der Fall dieses §. wesentlich eben so zu beurtheilen ist, wie der in L. 3. §. 1. cit. Vollends unzweifelhaft wäre dies, wenn in §. 3. die Bedingung entsprechend der in §. 1. gefaßt wäre: „si Titius ante decesserit quam heres ei dederit“. Man setze den Fall: dem Erben ist auferlegt, an bestimmtem Tage oder innerhalb bestimmter Frist nach Antretung der Erbschaft 100 dem Titius, wenn aber dieser, bevor ihm der Erbe gezahlt hat, sterben sollte, dieselben 100 dem Sempronius zu geben; nun stirbt Titius vor diesem Tag: unzweifelhaft ist das Legat dem Sempronius zuzusprechen, nicht den Erben des Titius; erlebt aber Titius den Tag oder Ablauf der Frist, und stirbt nun, bevor ihm der Erbe gegeben hat, so wird man mit Recht dessen Erben vor dem Sempronius den Vorzug geben, obgleich die Bedingung, unter welcher diesem vermacht ist, buchstäblich erfüllt ist, und zwar hier wohl auch, ohne daß Titius den Erben gemahnt hat, wie wenn die Bedingung gelautet hätte: „wenn

Titius ante diem sterben sollte“, da der Erbe nach Inhalt des Legats zur bestimmten Zeit das Vermächtniß hätte entrichten sollen.

In L. 3. cit. §. 2. legt Ulpian einen verwandten Fall bezüglich eines Universalfideicommisses vor:

Idem dicendum est et fideicommissa hereditate puero data aut, si ante restitutam decessisset, matri eius relicta: ut, si puer ante diem legati cedentem decessisset, matri debeatur, si postea, ad pupilli heredes fideicommissum transmittatur, utpote re ipsa mora subsecuta.

Der Mutter, die dem zum Universalfideicommiß berufenen Knaben substituirt ist, scheint hier nur, wenn dieser vor dem dies cedens verstorben ist, Anspruch auf das Fideicommiß gegeben zu werden. Aber es ist doch wohl bei dem letzten Satze „si postea“ etc. vorausgesetzt, daß zur Todeszeit des Pupillen auch schon dies fideicommissi venit, nur die Restitution der Erbschaft noch nicht stattgefunden hat, also in buchstäblichem Sinn die Bedingung der Berufung der Mutter erfüllt ist. Ohnedies würde die Parallele mit dem Fall in §. 1. nicht treffend und insbesondere die Schlußworte des §. 2. „utpote re ipsa mora subsecuta“ nicht am Platze sein. Diese erklären sich daraus, daß als Regel angenommen wurde, einem minderjährigen Forderungsberechtigten gegenüber sei der Verpflichtete, sobald die Forderung fällig, ohneweiters (re ipsa, d. i. auch ohne Mahnung) als in Verzug befindlich zu betrachten⁸⁸⁾. Davon aber konnte doch nicht die Rede

88) L. 3. Cod. in quib. causis i. i. r. necessaria non est. II. 40 (41). Dioclet. et Max.: In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est, in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato. Vgl.

sein, so lange noch nicht dies fideicommissi venit, die Entrichtung des Vermächtnisses, die Restitution der Erbschaft, noch nicht begehrt werden konnte. Man möchte nur sagen, es könne doch dem Erben nicht gestattet sein, durch grundlose Verzögerung der Erbantrittung und somit des dies veniens dem Pupillen und dessen Erben das Fideicommiss zu gefährden, und könne man darin auch im Falle der L. 3. §. 1. cit. eine mora legatario ab herede facta erkennen, wegen deren der Vorzug des Substituten vor den Erben des Legatars, falls dieser in Folge dessen den dies legati veniens nicht erlebe, nicht zuzulassen sei. In L. 7. §. 6. D. h. t. XXXVI. 2. heißt es: „Interdum heredis aditio legatis moram facit“ in Beziehung auf Fälle, wo dies legati nicht ante aditam hereditatem cedit⁸⁹⁾. In L. 7. pr. dagegen wird in Rücksicht auf die Regel, daß dies legati morte defuncti (oder nach classischem Recht apertis tabulis testamenti) cedit, gesagt: Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessionem diei non facit; d. h. die noch zu erwartende Erbantrittung hindert zwar nicht den Eintritt des dies legati cedens, aber doch der Vermächtnißforderung, des dies legati veniens. Darnach konnte man denn auch

übrigens dazu über L. 3. §. 2. cit. Friedr. Mommsen, Lehre v. d. Mora (1855) S. 155 fg. 266 fg. R. F. F. Kniep, die Mora des Schuldners (1871) Bd. 1. S. 44—50. — Der Letzte erklärt S. 47. die oben S. 234 Anm. 84. angeführte Ergänzung der L. 3. §. 1. cit. für unnöthig und die von Th. Mommsen gebilligte Versetzung des Schlusssatzes von L. 3. pr. Cit. „Sed et si . . . Sempronio debetur“ an's Ende von L. 3. §. 1. cit., wie es scheint, mit Recht, für verwerflich und zieht die Correctur in L. 3. pr. „Sempronio“ für „Seio“ oder „Seio“ für „Sempronio“ vor. Vgl. Schulting=Smalenburg ad. h. l.

89) Vgl. oben S. 202 Anm. 14.

sagen: Heres non adeundo hereditatem oder moram faciendo aditioni hereditatis moram facit petitioni legati⁹⁰⁾, und somit wäre denn nach L. 3. §. 1. cit. zu behaupten, daß, wenn in Folge solcher Mora des Erben Titius vor der Antretung der Erbschaft gestorben sei, die Erben des Titius den Substituten Sempronius ausschließen, daß eben so im Falle der L. 3. §. 2. cit. die Mutter nicht in das Fideicommiß eintrete, wenn post diem fideicommissi cedentem nur durch Verzögerung der Antretung herbeigeführt sei, daß der Pupill die Restitution nicht erlebte. Dies kann aber jedenfalls nicht behauptet werden, wenn die Verzögerung der Erbantretung nicht bloß in der Saumsal oder Absicht des Erben ihren Grund hat, entschieden z. B. nicht, wenn dieser unter einer nicht von dessen reiner Willkür abhängenden Bedingung eingesetzt ist, deren Erfüllung er erwarten muß, um die Erbschaft antreten zu können, und so auch, wenn er nur als Substitut zur Erbschaft berufen ist, der die Erbschaft erst antreten kann, wenn entschieden ist, daß der Institutus nicht erbe. Eben so

90) Ähnlich heißt es in einem Falle, da ein zum Erben eingesetzter Vater seine zugleich mit ihm eingesetzten Kinder zu emancipiren und diesen die Erbschaft zu ihrem Theil zu restituiren schuldig erkannt wurde: „Si tardius id faceret quasi ex mora usuras praestaturum; videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi eam facere. L. 92. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Statt *eam* hat Haloander *etiam*, was wohl zu billigen ist, aber mit ihm dieses Wort vor *restitutioni* zu versetzen ist nicht nöthig). Vgl. auch L. 84 D. de legat. II., wo in Beziehung auf den Fall, wenn einem Sklaven, dem fideicommissarisch die Freiheit vermacht ist, den alsdann der Erbe erst zu manumittiren hat, zugleich sonst noch ein Vermächtniß angewiesen war, Paulus sagt: „si mora fiat praestandae libertati (d. i. manumissioni), etiam fideicommissio moram videri factam.“ L. 35. D. de usufr. VII. 1.

auch dann nicht, wenn zwar die Erbantretung ohne Aufschub geschehen könnte, aber die Entrichtung des Vermächtnisses durch eine Zeitbestimmung auf einen darüber hinausliegenden Zeitpunkt verschoben, das Vermächtniß *ex die certo* hinterlassen ist. Wenn in solchem Fall der Erstbedachte gestorben ist, *antequam dies legati vel fideicommissi venit*, so kann man nach L. 3. §. 1. 2. cit. keineswegs behaupten, daß der Zweite, dem dasselbe vermacht ist unter der Bedingung, wenn jener vor Empfang des Vermächtnisses oder *ante restitutam ei hereditatem* mit Tod abgehe, durch die Erben des Ersten ausgeschlossen werde. Man kann hier in keiner Weise sagen, *moram legatario ab herede factam esse* oder *re ipsa moram subsecutam esse*, nicht sagen, wie Brinz a. a. O. sich ausdrückt, der Nichtempfang liege bloß am Duerirten. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird für das Justinianische Recht bestätigt durch eine andere einen gleichen Fall, wie die L. 3. §. 2. cit., betreffende Stelle, L. 25. pr. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. ⁹¹).

Quidam ita testamento scripserat, so berichtet sie: „a te, heres, peto fideique tuae committo, ut, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo prima quaque die aut, si prius quid ei acciderit, matri eius des reddas.“

Der Knabe starb vor Antretung der Erbschaft; daher:

Quaeritur, cum *antequam adeatur hereditas puer decesserit*, an *fideicommissum matri debeat*ur?

Julian gab darauf folgendes Responsum:

Respondi: si puer, *antequam dies fideicommissi*

91) In Mommsen's Ausgabe der Digesten findet sich die Stelle unter der Zahl 26. Sie ist überschrieben: „Julianus libro trigesimo nono digestorum,“ enthält aber zugleich eine Nota des Marcellus zu Julia's Beurtheilung des vorgelegten Falles.

cedat, decessisset, fideicommissum translatum esse ad matrem, postea autem quam dies fideicommissi cessit si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere.

Julian hielt sich also zunächst an die Regel, daß den Erben des ersten Fideicommissars, wenn dieser nur den dies fideicommissi cedens erlebte, das Vermächtniß zukomme, mit Ausschließung des Substituten; er erklärte das „*si prius quid ei acciderit*“ mit Rücksicht auf den dies legati cedens. Allein er verkannte doch nicht, daß des Erblassers Wille wohl ein anderer sein könne und diesem dann auch Folge zu geben sei, und fährt daher fort:

Sed an ea voluntas fuit patrisfamilias, ut, si ante restitutum fideicommissum puer decessisset, matri potius quam heredibus praestaretur, praetor aestimabit ex persona matris et ex persona heredis pueri.

Er stellt es dem praetor fideicommissarius anheim, nach Prüfung der Beschaffenheit des einzelnen Falles, namentlich der Persönlichkeit der Betheiligten, zu beurtheilen, ob nicht der Erblasser vielmehr der Mutter das Fideicommiß zugebacht habe, wenn nur der Knabe vor Empfang desselben, ob auch erst post diem fideicommissi cedentem sterben würde. Dieses Zugeständniß Julian's befriedigte aber den Marcellus noch nicht; er notirte dazu:

Sed testatoris voluntati congruum est, quando-cunque puer decesserit, sive antequam dies fideicommissi cedit, sive postea, ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit, eoque iure utimur⁹²⁾.

92) Vermuthlich war gerade dieser Fall, wo Kind und Mutter theilhaftig waren, öfter zur Entscheidung vorgelegen. Daher ist hieraus noch nicht zu schließen, daß allgemein in anderen

Marcellus beschränkt diese Entscheidung nicht einmal durch die Erwägung, ob nicht dem Knaben ab herede mora facta sei. Aber dabei ist zu beachten, daß in dem Julianischen Fall der Knabe vor Antretung der Erbschaft gestorben war, nach welcher prima quaque die die Restitution statthaben sollte. Vergleicht man mit L. 25. pr. cit. die oben erklärte L. 3. §. 2. cit., so ist unbedenklich anzunehmen: Hätte der Knabe die Erbanretung erlebt, der Erbe aber die Restitution ungebührlich verzögert, nicht prima quaque die restituirt, und wäre nun in Folge dessen der Knabe vor Entrichtung des Fideicommisses gestorben, so hätten dessen Erben Anspruch darauf, utpote re ipsa mora subsecuta. Setzt man dagegen, daß der Erblasser die Restitution auf einen späteren Zeitpunkt verlegt habe, und der Knabe nun nach der Erbanretung, antequam dies fideicommissi venit, gestorben sei, so würde man mit Marcellus unbedenklich der Mutter das Fideicommiss zusprechen.

Der gelehrte Verfasser einer besonderen Abhandlung über die vorliegende Rechtsfrage⁹³⁾ hat die vorbesprochenen Stellen nicht beachtet. Von der Ansicht ausgehend, daß das Recht auf Acquisition des Vermächtnisses schon mit der Delation „ein in jeder Hinsicht festes“, das deferirte Vermächtniß „bis auf die Aeußerlichkeit des wirklichen Genusses so gut wie acquirirt zu betrachten“ sei, kommt er zu dem Schlusse, daß der Vorzug der Erben des Legatars, der post diem legati cedentem gestorben, vor dem Sub-

ähnlichen Fällen ebenso schlechthin dieselbe Willensauslegung zu Gunsten des Substituten am Platze sei.

93) Zimmern: „Gehen die Erben des nach der Delation aber vor der Acquisition verstorbenen Legatars dem Substituten vor oder nicht?“, im Archiv für civ. Praxis Bd. 9. Nr. 18. S. 357–368. — Unter Delation versteht der Verfasser die Wirkung des dies legati cedens.

stituten „so wenig einen Zweifel leide, als ein solcher stattfinden könnte, wenn der Legatar nach der wirklichen Acquisition gestorben wäre“. Hätte derselbe die oben erklärten Stellen vor Augen gehabt, so würde er diesen Lehrsatz wohl nicht so kategorisch und unbedingt aufgestellt haben⁹⁴). Als Regel mag immerhin aufgestellt werden, daß, wenn der Legatar nur den dies cedens erlebt, das Vermächtnißrecht auf dessen Erben übergehe, selbst mit Vorzug vor dessen Substituten, immer aber doch mit dem Vorbehalt, daß im einzelnen Fall nach richtiger Auffassung der Willensmeinung des Erblassers vielmehr dem Substituten vor den Erben des erstbedachten Legatars der Vorzug zu geben sei, wenn dieser nicht selbst das Vermächtniß bezieht. Wie die Transmission des Vermächtnisses auf die Erben die legati cedente überhaupt in Parallele gestellt werden kann mit dem Erwerb des Vermächtnißrechts durch denjenigen, in dessen Gewalt der Legatar die legati cedente sich befindet⁹⁵), so kann man auch in Betreff der vorliegenden Rechtsfrage beide Fälle nebeneinander stellen. Ist dem Legatar, der zu jener Zeit in der Gewalt eines Andern steht, ein Dritter substituirt in einer Weise, daß sich als Wille des Erblassers erkennen läßt, diesem solle das Vermächtniß zufallen, wenn jener nicht und zwar für sich selbst dasselbe erwerbe, so wird man dem Substituten eben so vor dem Gewalthaber den Vorzug geben, wie in dem verwandten Falle vor den Erben des ersten Legatars, und so wird man in solchem Fall nach Justinianischem Recht insbesondere auch

94) Ob übrigens Zimmer's Beurtheilung des von ihm vorgelegten Rechtsfalles nicht auch in der Beziehung, daß er den Todestag des Erblassers als den dies cedens des vorliegenden Fideicommisses annimmt, zu beanstanden sei? ist eine Frage, die dem Commentar zu Dig. XXXV. 1. und XXXVI. 2. überlassen wird.

95) Vgl. oben S. 216 fg., bes. S. 218.

anzunehmen haben, daß der Substitut des Hauskindeß, welches das Vermächtniß ablehnt, nicht verdrängt werde durch dessen Vater, der anstatt des Kindes das von diesem abgelehnte Vermächtniß ganz für sich erwerben will⁹⁶⁾.

In der Auslegung des wahren Willens des Vermächtnißgebers ist übrigens vor allem die Art und Weise zu beachten, in welcher die Bedingung des eventuellen Vermächtnisses an den Substituten ausgedrückt ist⁹⁷⁾, dabei aber auch auf andere Umstände Rücksicht zu nehmen, die auf die Willensmeinung schließen lassen. In dieser Beziehung verdient noch eine Stelle aus den Digesten des Scaevola, die zugleich das früher Ausgeführte bestärkt, nähere Beachtung, nemlich L. 30. §. 4. D. de adim. v. transfer. legat. XXXIV. 4. Eine Mutter hatte ihren Sohn Priscillianus zu einem Theil zum Erben eingesetzt und zudem ihm Legate angewiesen, dazu aber in einem Codicill erklärt (epistola caverat): „quoniam cognovi Priscillianum filium meum in extremis esse, iustissimum et piissimum duxi, portionem eius hereditatis, quam ei testamento dederam, legare Mariano fratri meo et Januario marito meo aequis portionibus; et si quid ei amplius legaveram, ut si quid ei humanitus contigerit, do lego darique eis volo“⁹⁸⁾.

Der Sohn hatte nun noch die Eröffnung des Testaments der Mutter überlebt, war aber dann an derselben Krankheit gestorben. Daß das Fideicommiß bezüglich des Erbtheils wirksam war, darüber war kein Zweifel, wenn nur die Fideicommissare den Tod des Sohnes erlebten;

96) Vgl. oben S. 242. Arndts Pand. §. 512. Anm. 3. Windscheid Pand. §. 557.

97) Vgl. oben S. 233 fg.

98) Mommsen emendirt hier: „ut et si quid ei amplius legaveram, eisdem, si quid ei humanitus contigerit, do lego darique eis volo.“

alsdann dies eius fideicommissi cessit, und dasselbe konnte nun gegen die Miterben des Sohnes, denen dessen Erbtheils accrescirte, geltend gemacht werden, oder selbst auch gegen die Erben des Sohnes, wenn dieser etwa noch vor seinem Tode die Erbschaft angetreten hatte, dann an derselben Krankheit gestorben und damit die Bedingung des Fideicommisses erfüllt war. Fraglich aber war es, wie es sich mit den Legaten, die dem Sohne angewiesen waren, verhalte, da nehmlich deren dies apertis tabulis cessit und damit nach der Regel der Uebergang derselben auf die Erben des Sohnes für entschieden gehalten werden konnte. Diese Frage war dem berühmten iuris auctor Cervidius Scaevola vorgelegt⁹⁹⁾. Derselbe respondit: „posse videri, si decessisset ex ea infirmitate, omnimodo et legatum ad eos, de quibus quaereretur, transtulisse“. Bei Abfassung des Codicills mochte die Mutter wohl besorgen, daß der schwerkranke Sohn sogar noch vor ihr sterben möge; aber wesentlich war doch ihr Wille dahin gerichtet, das dem Sohn Hinterlassene, wenn dieser der Krankheit wirklich erliege, dem Bruder und Ehe- mann zuzuwenden, und wird es mit Recht ihrem Willen nicht entsprechend gefunden, daß diesen das Vermächtniß entgehe, wenn der Tod des Sohnes erst nach ihrem Tode und selbst nach Eröffnung ihres Testaments und somit post diem legati cedentem in Folge derselben Krankheit eintritt; wenn dagegen derselbe von dieser Krankheit genesen und dann aus anderem Grunde gestorben wäre, so würde es zu Gunsten seiner Erben entscheidend sein, daß sein Tod nur nicht ante diem legatorum cedentem erfolgte.

* * *

99) Postea ex eadem infirmitate Priscillianus decessit: quaesitum est, an legatum quoque eius ad Januarium et Marianum ex causa fideicommissi pertineat?

Die bisherige Erörterung hat ergeben, daß der dies legati cedens für den Erwerb der Vermächtnisse von entscheidender Wichtigkeit ist; daß schon römische Juristen sich nicht gescheut haben, von Erwerb (acquirere legatum) für bestimmte Personen als Folge desselben zu reden; es ist daher erklärlich, daß die neuere Bearbeitung des römischen Rechts in der Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse jenen Moment voranzustellen pflegte gleichsam als Anfang des Erwerbes. Ein Grundfehler aber war es, wenn man den Erwerb des vermachten Rechts, des Rechts, welches durch das Vermächtniß dem Vermächtnißnehmer als Vermögensbereicherung zukommen sollte, z. B. des vermachten Eigenthums einer Sache, als in jenem Zeitpunkt vollendet hinstellte, wie es von Hellfeld in §. 1525. geschieht ¹⁰⁰). Daß das Eigenthum einer vermachten Sache des Erblassers dem Vermächtnißnehmer nicht erworben wird vor geschehenem Erwerb der Erbschaft, also nicht vor Antretung derselben, wenn es dieser zum Erwerb bedarf, nie sofort mit dem Tode des Erblassers, es sei denn, daß dadurch der Erwerb der Erbschaft ipso iure entschieden wird, das ist ein ganz sicherer Lehrsatz ¹). Auch die Aussicht auf künftigen Erwerb des Vermachten, das Recht auf Acquisition desselben, ist die legati cedente noch nicht, wie Zimmermann a. a. O. sich ausdrückt, in jeder Hinsicht befestigt; gesichert ist sie auch dann nur für den Fall, wenn die Antretung der Erbschaft erfolgt ²). Von dieser ist regel-

100) Vgl. oben S. 199. Anm. 2. Westphal I. §. 854. fg. bezeichnet den dies cedens als „Anfang des Legats“, „Anfang der Rechte des Legatars“; in §. 841 fg. stimmt er, wie viele Andere, in Betreff des Eigenthumserwerbes vermachter Sachen mit Hellfeld überein.

1) L. 69. pr. D. de legat. I. L. 38. D. de legat. II. L. 7. §. 5. D. de dolo malo. IV. 3. vgl. unten §. 1525. a.

2) L. 22. §. 1. D. h. t. XXXVI. 2. vgl. oben S. 213. 225 fg.

mäßig der Bestand der Vermächtnisse abhängig; nur in gewissen Fällen sind sie auch in Ermangelung derselben wirksam³⁾. Man kann daher wohl sagen: die *legati cedente* werde das Vermächtniß für die bestimmte Person festgestellt oder erworben als ein, selbst auch auf die Erben übertragbares, Recht auf das Vermächtniß, unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß die noch zu erwartende Erbantretung nachfolgen oder doch ungeachtet des Ausbleibens derselben das Vermächtniß nicht rechtlicher Wirkung ganz entbehren werde. Aber man muß dann von diesem durch den *dies cedens* entschiedenen Recht einer bestimmten Person auf das Vermächtniß den Erwerb des Rechts, welches den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, unterscheiden⁴⁾. Diese Unterscheidung macht auch *Pucta* im

- 3) L. 96. §. 1. D. de legat. I., tit. Dig. si quis ommissa causa test. XXIX. 4. Arndts Pand. §. 553.
- 4) Arndts Pand. §. 554, Serafini in der italienischen Bearbeitung dieses Lehrb. bezeichnet das „Vermächtnißrecht“ in diesem Sinn als „diritto al legato“. In demselben Sinn spricht auch Mühlenbruch Pand. §. 740 von Recht auf das Vermächtniß, und unterscheidet ebenso Müller Lehrbuch d. Institutionen §. 207. Erwerb des Rechts auf das Vermächtniß und Erwerb des vermachten Rechts. Thibaut Pand. §. 941. bezeichnet die Wirkung des *dies legati cedens* bald als Recht auf bald als Recht an dem Vermächtniß. Auch Mühlenbruch §. 737 spricht vom Recht am Vermächtniß, das die *cedenti* wirklich begründet werde. Unger System des österr. Privatr. II. §. 83. Anm. 7. sagt „Dies cedit bedeutet überhaupt nur, ein festes und vererbliches Recht auf die Erwerbung eines Rechts z. B. auf ein Vermächtniß erlangt haben,“ im Erbrecht aber §. 62. Anm. 3. macht er folgende drei Positionen: „Das Recht auf das Vermächtniß (Recht zur Einzelnachfolge, Recht zur Annahme oder Ausschlagung des Legats), das Recht aus dem Vermächtniß (Recht aus der Einzelnachfolge, Vermächtnißrecht), das Recht an dem Vermäch-

Lehrb. der Pand. §. 539. 541., indem er dort das Recht des Vermächtnisses, das die legati cedente erworben werde, bespricht, hier vom Erwerb des vermachten Rechts handelt. Aber dessen Darstellung und Terminologie hat nicht ohne Grund Anstoß erregt. Recht des Vermächtnisses ist ihm gleichbedeutend mit Vermächtnißforderung, und Erwerb des Vermächtnisses ist ihm die Entstehung des Rechts des Vermächtnisses, also der Forderung des Vermächtnißnehmers gegen den Onerirten, welche mit einem gewissen Zeitpunkte von selbst eintrete, wenn auch die Geltendmachung noch einen Aufschub erleide. In den Vorlesungen §. 539. heißt es: „das Recht des Vermächtnisses ist kein besonderes Recht, sondern eine Forderung gegen den Onerirten. Daher steht es in seinem Erwerb den Forderungen ganz gleich . . . Die Obligatio, welche den Charakter des Vermächtnisses bildet, entsteht ohne einen Act; die Erwerbung geschieht durch den Eintritt eines gewissen Zeitpunkts ohne Willensäußerung“. In §. 541. ist dann nur vom Erwerb vermachter dinglicher Rechte die Rede. Es scheint doch nicht passend, die Forderung des Vermächtnisses, die Obligatio zwischen dem Vermächtnißnehmer und dem Vermächtnißträger als entstanden, als erworben anzugeben schon die legati cedente ante aditam hereditatem, wenn sie doch noch von der Erbantretung abhängig ist, erst durch diese deren Existenz entschieden wird. Die Existenz jener Obligatio quasi ex contractu kann nicht vor die Erbantretung verlegt werden, da bis dahin noch der-

niß (Recht an dem vermachten Objekt, Eigenthumsrecht u. s. f. ex causa legati).“ Diese Terminologie sagt mir nicht zu. — Ein nicht unpassender Ausdruck für jenes sog. Recht auf das Vermächtniß ist „Anwartschaft,“ „vererbliche Anwartschaft“. Unger a. a. O. §. 62 not. c. Baron Pand. §. 443.

jenige fehlt, der quasi ex contractu obligirt ist ⁵⁾. Einstweilen ist die cedente auch hier nur eine Anwartschaft begründet auf die Vermächtnißforderung, die erst zur Existenz kommt, wenn die Erbantretung erfolgt; man kann sie einer bedingten Forderung vergleichen, die als solche auch auf die Erben übergeht, aber doch erst durch die Erfüllung der Bedingung zur Existenz kommt ⁶⁾.

Deutsche Rechtsgelehrte haben, um die Wirkung des dies legati cedens zu bezeichnen, häufig des Ausdrucks „Anfall des Vermächtnisses“ sich bedient, welcher besonders in Rücksicht darauf, daß diese Wirkung von selbst ohne Wissen und Willen des Vermächtnißnehmers eintritt, passend erschien, oder auch denselben geradezu als mit dies legati cedens gleichbedeutend gebraucht ⁷⁾. Und dieser

- 5) Vgl. Fr. Regelsberger, zur Lehre von dem Altersvortzug der Pfandrechte (Erlangen 1859) S. 116. fg.
- 6) Es ist aber in dieser Beziehung ein charakteristischer Unterschied zwischen dem Vermächtnißrecht und einer bedingten obligatio ex contractu. Von dieser heißt es, so lange die Bedingung schwebt: neque cessit neque venit dies: L. 213. D. de V. S. L. 16.; gleichwohl geht sie auf die Erben über, wenn der bedingt Forderungsberechtigte pendente conditione stirbt; es ist also hier schon antequam dies cessit eine vererbliche Anwartschaft auf die Forderung (spes debitum iri) begründet: §. 4. I. de V. O. III. 15. §. 25. I. de inutil. stip. III. 19. Bei dem Vermächtniß wird eben erst die legati cedente solche Anwartschaft begründet.
- 7) So z. B. Mühlenthal Band. §. 734. 740. Götschen Civilrecht §. 1044. Seuffert Band. §. 604. 612. 629. Arndts Lehrb. der Pand. §. 550. 552. 572. 579. und in Weiske's Rechtslex. VI. S. 301. 303 fg. 331. 343. (civilist. Schriften II. S. 440. 443 fg., 471 fg. 485, 489). Unger a. a. D. §. 62. in der Ueberschrift. — Andere gebrauchen dafür den Ausdruck „Delation“ z. B. Zimmermann a. a. D. (oben S. 243), und so auch übersetzt Serafini

Ausdruck wird nun, da man von einem Erwerb des Vermächtnisses im eigentlichen Sinn doch, wenn nur dies *legati cessit*, noch nicht reden könne, als einzig passender deutscher Kunstausdruck empfohlen⁸⁾. Dagegen ist wohl mit Recht bemerkt worden, daß dieses Wort das Recht des Legatars, nachdem dies *legati cessit*, auch nicht klarer ausdrücke als „Erwerb des Vermächtnisses“⁹⁾. Es bedarf doch immer erst näherer Bestimmung, um die Bedeutung dieses „Anfalls“ klar zu stellen und man könnte füglich desselben Ausdrucks sich bedienen, um den Erwerb des vermachten Eigenthums einer Erbschafts Sache oder den Erwerb des vollendeten Forderungsrechts gegen den Vermächtnisträger zu bezeichnen, insofern es nehmlich nicht unrichtig ist, daß dieser Rechtserwerb, *cum dies legati venit, ipso iure* eintritt¹⁰⁾. Auch Windscheid gibt selbst zu, daß der Ausdruck „Anfall“ nach seinem Wortsinne nicht nothwendigerweise den Gegensatz gegen den Erwerb bezeichnet; aber, sagt er, wir seien hier in der Lage, einen Ausdruck des Lebens zu einem technischen Ausdruck stempeln zu

in §. 552 „Anfall“ mit „*delazione*“, während er in §. 550. von Legaten, „deren Anfall nicht mit Tode des Erblassers erfolgt“, sagt: „*che non si acquistano immediatamente alla morte del testatore.*“ — Lewes Erbr. II. §. 95. stellt als gleichbedeutend neben einander „Anfall“ und „*Delation*“ des Legats.

- 8) Brinz Lehrb. der Pand. 1. Aufl. S. 949. Regelsberger a. a. O. Crailsheim im Arch. für civ. Praxis XLVII. S. 374. Windscheid Lehrb. §. 642. Anm. 4. Roth, bayr. Civilr. III. §. 365.
- 9) D. Bürkel civ. Abh. (1864) S. 125. Anm. 1. vgl. auch Rudorff zu Buchta Pand. §. 539. Anm. o.
- 10) Vgl. den folgenden §. 1525 a. So versteht Wening-Jungenheim im Lehrbuch des gem. Civilrechts V. §. 209 (522). 232 (530). unter Anfall den vollendeten Erwerb der Vermächtnisforderung und des vermachten Eigenthums.

müssen, und Anfall der Erbschaft im Gegensatz zum Erwerb der Erbschaft sei allen geläufig. Dabei ist aber noch wieder zu beachten, daß der dies cedens nicht in demselben Sinn Anfall des Legats bewirkt, wie man von Anfall = Delation der Erbschaft spricht. „*Delata hereditas*,“ heißt es, „*intellegitur, quam quis possit adeundo consequi*“¹¹⁾. Dem unbedingt eingesetzten Erben ist die Erbschaft sofort mit dem Tode des Erblassers, dem bedingt eingesetzten nicht vor Erfüllung der Bedingung, dem Substituten nicht vor Wegfall des Institutus „defert, angefallen“; aber einmal Delat kann er sofort durch Antretung die Erbschaft erwerben; nur dem *necessarius heres* wird die angefallene Erbschaft zugleich von selbst erworben. Das Vermächtniß dagegen wird die *legati cedente* vor Antretung der Erbschaft gerade nach Windscheid's Ansicht nicht nur von selbst noch gar nicht erworben, sondern kann auch vom Legatar noch nicht erworben werden, wird ihm aber, wenn die Erbantretung nachfolgt, von selbst erworben. Diesen *adita hereditate* vollendeten Erwerb des Vermächtnisses kann man wohl als Anfall des Vermächtnisses auf gleiche Linie stellen mit dem Anfall der Erbschaft an den *necessarius heres*, nicht aber die Wirkung des *dies legati cedens* auf gleiche Linie mit dem Anfall der Erbschaft an einen *voluntarius heres*. Eine Parallele zu diesem Anfall der Erbschaft ergibt sich bei Vermächtnissen nur, wenn man bei diesen entgegen der herrschenden Ansicht keinen *ipso iure* eintretenden Erwerb des Vermächtnisses annimmt, sondern zunächst aus der Vermächtnißverfügung wie aus der Erbeinsetzung nur eine Delation hervorgehen läßt, das Recht, das Vermächtniß anzunehmen oder abzulehnen, den Erwerb des Vermächtnisses aber von der erklärten Annahme

11) L. 151. D. de V. S. L. 26; vgl. Windscheid §. 530.
„Anfall und Erwerb der Erbschaft.“

abhängig macht, wie den Erwerb der Erbschaft von deren Antretung; das aber trifft dann nicht mit dem dies legati cedens zusammen, da nicht schon die legati cedente, ante aditam hereditatem, jener Erwerb gemacht werden kann ¹²⁾).

Indessen betrifft der ganze Streit nur den Sprachgebrauch, die Terminologie. Es ist nichts dagegen einzuwenden, die Wirkung des dies legati cedens im Deutschen durch das Wort „Anfall des Vermächtnisses“ zu bezeichnen, insofern eben die legati cedente von selbst die Anwartschaft auf den Erwerb des Vermächtnisses in subjectiver Beziehung festgestellt wird; es kann sogar als wünschenswerth zugegeben werden, daß das Wort durch den Gebrauch zu einem technischen Ausdruck erhoben werde, wenn nur die rechtliche Bedeutung des dies cedens klar gestellt ist. Wenn man übrigens absieht von dem die cedente entchiedenen Anrecht des Gewalthabers des Legatars, das heutzutage kaum noch praktische Bedeutung hat ¹³⁾, so kann man die Lehre von dem dies legati cedens für das heutige Recht kurz zusammenfassen in dem Satz: Wenn die mit dem Vermächtniß bedachte Person, vermächtnißfähig, nur den Tod des Vermächtnißgebers und, sofern das Vermächtniß noch bedingt ist, auch die Erfüllung der Bedingung erlebt, so geht das Vermächtniß auf die Erben derselben über, falls es nicht seinem Inhalt nach unvererblich ist.

Von diesem Anfall des Vermächtnisses ist aber der wirkliche Erwerb der durch das Vermächtniß gewährten

12) Daher tadelt Guiacius die Verwechslung von cessio diei mit delatio des Vermächtnisses, indem jene in der Regel schon morte testatoris, diese erst adita hereditate eintrete: ad L. 32. Dig. de legat. II. (opp. VII. col. 1135).

13) Vgl. oben S. 230 fg.

Vermögensrechte zu unterscheiden. Davon soll nun in den folgenden §§. die Rede sein, und zwar zunächst in §. 1525 a. von dem Erwerbe vermachten Eigenthums einer Sache als dem in dieser Beziehung theoretisch wichtigsten Falle.

§. 1525. a.

Erwerb des Eigenthums einer vermachten Sache und anderer dinglichen Rechte.

Das Eigenthum einer Sache kann Gegenstand eines Vermächtnisses in der Art sein, daß daraus zunächst nur eine Obligatio des Vermächtnisträgers hervorgeht, dem Vermächtnißnehmer das Eigenthum der Sache zu verschaffen. Alsdann erwirbt der letzte das Eigenthum jedenfalls erst durch den zur Eigenthumsübertragung erforderlichen Act von Seiten des Eigenthümers, sei es des Vermächtnisträgers selbst, wenn dieser Eigenthümer ist oder etwa erst zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit das Eigenthum sich verschafft, sei es eines Dritten, der als Eigenthümer zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit des Vermächtnisträgers sein Eigenthum unmittelbar dem Vermächtnißnehmer zu übertragen veranlaßt wird. So war es nach altem Recht bei dem Damnationslegat, ohne Unterschied, welche Sache dem Erben auferlegt war dem Legatar zu geben; auch wenn diese eine Sache der Erbschaft war, erwarb der Legatar das Eigenthum erst durch deren Tradition, bezw. Mancipatio oder Injurecessio¹⁴⁾. Es kann aber eine Sache auch mit der Wirkung vermacht sein, daß das Eigenthum derselben dem Vermächtnißnehmer ohne Mitwirkung des Vermächtnisträgers in gewissem Zeitpunkt als ihm unmittelbar vom Erblasser zugewendetes Recht zukommt.

14) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 20 fg. Ebenso verhielt sich's beim Fideicommiss, s. ebd. S. 48 fg.

Diese Wirkung hatte nach altem Recht nur das Vindicationslegat und, sofern es als solches wirksam gehalten wurde, auch das Praeceptionslegat, als Gegenstand in enger Beschränkung eine eigene Sache des Erblassers voraussetzend¹⁵⁾. Justinian hat aber die gleiche Wirkung allen Vermächtnissen ohne Unterschied der Form und ohne die dem Vindicationslegat anhaftenden Beschränkungen beigelegt, nur unter der einzigen Voraussetzung, daß die vermachte Sache eine zur Erbschaft des Vermächtnißgebers gehörige sei¹⁶⁾. Daß das Eigenthum der Sache eines Dritten nicht in Folge der Vermächtnißverfügung eines Nichteigenthümers ohneweiters dem Vermächtnißnehmer erworben, nicht dem bisherigen Eigenthümer ohne dessen Zuthun entzogen werden könne, ist so einleuchtend, daß es Niemand zu behaupten wagen konnte. Nur wenn das Vermächtniß eine dem Erben oder sonstigen Vermächtnißträger eigene Sache zum Gegenstande hat¹⁷⁾, haben Einige geglaubt, nach Justinian's betreffender Constitution unmittelbaren Uebergang des Eigenthumsrechts auf den Vermächtnißnehmer behaupten zu müssen oder zu können¹⁸⁾. Aber diese Mei-

15) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 15 fg. 32 fg.

16) a. a. O. S. 56 fg. Dort ist S. 80 schon bemerkt worden, daß ungeachtet der Justinianischen L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicomm. VI. 43. doch durch deutlich erklärten Willen des Erblassers der unmittelbare Eigenthumsverwerb des Vermächtnißnehmers ausgeschlossen werden könne.

17) Vgl. Th. 46. §. 1518. d. S. 193 fg.

18) So lehrte in neuester Zeit noch Puchta Lehrb. §. 541. Nicht ganz einerlei damit ist die Meinung Marezoll's der durch L. 1. Cod. cit. nicht eigentlich direkten Uebergang des Eigenthums, sondern nur eine utilis in rem actio eigenthümlicher Art zur Sicherheit des Legats begründet hielt, die dem Legatar auch bezüglich einer dem Onerirten gehörigen Sache zustehen sollte. Diese Meinung ist schon Th. 46. S. 56. fg. genügend widerlegt. Diese Widerlegung trifft aber auch Puchta's Ansicht.

nung ist entschieden als unbegründet zu verwerfen. Die einzige Stütze für diesen an sich exorbitanten Lehrsatz ist nur in einem Worte der L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicommissis zu finden, in dem Satze: *censemus . . . omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare sed etiam in rem*“ etc. Diese Stütze aber ist sehr schwächlich; denn das ausgezeichnete Wort kann durchaus nicht streng festgehalten und so scharf betont werden, wenn es sich darum handelt, den Umfang der *in rem actio* zu bestimmen, da es unzählige Vermächtnisse gibt, zu deren Geltendmachung eine *in rem actio*, abgesehen von der *hypothecaria*, schlechterdings unbrauchbar wäre, und zugegeben wird, daß sie auch bezüglich des Vermächtnisses einer Sache, wenn diese einem Dritten gehört, nicht anwendbar ist. Zudem ersieht man aus dem Gesamtinhalte der Constitution und einigen Redewendungen klar, daß Justinian bei jener *in rem actio* nur Sachen, die dem Erblasser gehörten, im Auge gehabt hat¹⁹⁾. Mit Recht nimmt daher die herrschende Meinung nur bei diesen, nicht auch bei eigenen Sachen des Vermächtnisträgers, unmittelbaren Eigenthumserwerb des Vermächtnisnehmers an²⁰⁾.

19) Vgl. Th. 46. S. 61 fg.

20) Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 310. (civilist. Schriften II. S. 449). Mayer, E. v. d. Legaten S. 24 fg. E. A. Seuffert, das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Legaten (1854) S. 41 fg. Bangerow Pand. §. 531. (7. Aufl. II. S. 459). Vgl. auch Westphal I. §. 841. Thibaut Pand. §. 908. Wening-Jungenheim Civilr. V. §. 232 (530). Mühlenthal Pand. §. 743. Götschen Civilr. §. 1011. 1047. J. A. Seuffert Pand. §. 618. Anm. 4a. Keller Pand. §. 563. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 940. 953. Windscheid Pand. §. 646.

Was aber vom Erwerb des Eigenthums einer vermachten Sache gesagt ist, das findet analog auch Anwendung auf den Erwerb anderer dinglicher Rechte. So wie nach altem Rechte auch Servituten per vindicationem vermacht werden konnten mit der Wirkung, daß der Legatar ohne Bestellung der Servitut durch den Erben das dingliche Recht unmittelbar kraft des wirksamen Willens des Erblassers erwarb, aber nur an einer Sache, welche selbst dieser auch per vindicationem legiren konnte, so kann nun nach Justinianischem Recht mit gleicher Wirkung in jeder Weise ein dingliches Recht vermacht werden, aber nur an einer zur Erbschaft gehörigen Sache, nicht auch an einer Sache des Erben, geschweige denn an der Sache irgend eines Dritten ²¹⁾. Doch kann auch ein dem Erblasser zu-

Baron Pand. §. 445. 450. Bering Erbrecht S. 760 fg. Lewes Erbr. II. §. 45. Roth bayr. Civilr. III. §. 397. Anm. 2. Auch Rudorff hat als Herausgeber von Buchta's Lehrb. dessen Meinung verworfen durch Rota** zu §. 541.

- 21) Vgl. darüber zu Anm. 20. noch insbesondere H. Dernburg, Pfandrecht I. §. 34, und Köppen in Jhering's Jahrb. für Dogmatik des Privatr. V. S. 201. Anm. 187. Der erste führt als bestätigend die Richtigkeit der oben vertheidigten Lehre noch L. 9. Cod. de testament. manum. VII. 2. an und Köppen fügt hiezu L. 112 §. 1. D. de legat. I. u. §. 16. I. de legat. II. 20., welche auch Rudorff a. a. O. anführt. Die L. 9. cit., ein Rescript von Carus, Carinus u. Numerianus, erklärt, daß der Testator einem Sklaven des eingesetzten Erben nicht, wie dem eigenen, direkt die Freiheit vermachen könne, so daß derselbe durch Antretung der Erbschaft sofort von selbst ohne Freilassung von Seiten des Herrn frei würde. Die direkte testamentarische Freilassung des eigenen Sklaven war allerdings nahe verwandt dem Vindicationslegat einer eigenen Sache des Testators. Gai. II. 196. 267. 272. Wäre schon durch L. 1. Cod. commun. de

stehendes dingliches Recht, sofern es vererblich und veräußerlich ist, Gegenstand des Vermächtnisses sein, wie das Recht der Emphyteuse und Superficies, und da muß denn consequent nach L. 1. Cod. cit., analog wie von vermachtem Eigenthum des Erblassers, behauptet werden, daß es unmittelbar dem Vermächtnißnehmer erworben werde ²²⁾).

Es fragt sich nun, wann und wie jener unmittelbare Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers vollendet eintrete?

logatis vom J. 529 n. Chr. dem Legat einer Sache des Erben die Wirkung direkten Eigenthumserwerbes beigelegt worden, so wäre die Beibehaltung jenes Rescripts im Codex repetitae praelectionis nicht zu loben. — Die beiden von Röpken angeführten Stellen betreffen den Fall, wenn der Erbe seinen Slaven, den einem Andern zu geben ihm auferlegt war, freigelassen hatte; sie sagen, der Erbe müsse hier dem Legatar Ersatz leisten. Daraus könnte man ein Argument dafür ziehen, daß der Legatar das Eigenthum der ihm vermachten Sache nicht unmittelbar erwerbe; denn sonst würde die Freilassung von Seiten des Erben, der schon nicht mehr Eigenthümer des Slaven war, nichtig sein. Aber dies Argument ist schwach; denn jene Stellen treffen auch den Fall, wenn der Erbe den vermachten Slaven freigelassen, bevor dessen Eigenthum dem Legatar unmittelbar erworben.

- 22) Nach dem alten Recht konnte dies nicht vorkommen, weil diese Rechte nicht iuris civilis waren und daher nicht gültig per vindicationem legirt werden konnten. Dagegen konnte schon nach altem Recht per vindicationem der Erblasser an Sachen, die iure Quiritium ihm eigen waren, sowohl persönliche als Grund-Dienstbarkeiten mit gleicher unmittelbarer Erwerb Wirkung, wie die Sache im Ganzen d. i. deren Eigenthum, vermachen. Vgl. Dig. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis XXXIII. 2. de servitute legata. XXXIII. 3. Hellfeld. §. 1533. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 334—336. (civilist. Schr. II. S. 475—77.) Pand. §. 575.

Die Beantwortung dieser Frage für das Justinianische Recht haben wir aus Stellen desselben zu schöpfen, welche nach ihrem ursprünglichen Inhalt und Zusammenhang das Vindicationslegat im Auge hatten (als welches nach altem Recht allein solche Folge haben konnte) welche nunmehr aber nach Justinian's Constitutionen auf alle Vermächtnisse, die eine zum Nachlaß des Vermächtnißgebers gehörige Sache zum Gegenstand haben, zu beziehen sind und mit Rücksicht auf das neue Recht auch in ihrem Text durch die Verfasser der Digesten manche Aenderung erfahren haben; zu deren Verständniß aber bietet uns ein wichtiges Hülfsmittel, was wir in vorjustinianischen Rechtsquellen darüber gelehrt und berichtet finden.

Vor allem ist hier zu wiederholen und zu erweisen, was schon früher bemerkt wurde, daß unrichtig ist, was von Vielen gelehrt wurde, daß der Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers von selbst schon die *legati cedente*, also in Folge des unbedingten Vermächtnisses einer Sache der Erbschaft der Regel nach sofort mit dem Tode des Erblassers, wenn nur diesen der Vermächtnißnehmer erlebt, eintrete²³⁾. Gaius II. §. 194. sagt vom *legatum per vindicationem*, es sei darum so genannt, *quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit*²⁴⁾; und übereinstimmend sagt eine dem

23) Vgl. oben S. 199 Anm. 2 S. 247 Anm. 100. Auch Thibaut Pand. §. 908. sagt noch: „Ist das Legat ein specielles, in der Erbschaft befindliches, so erhält der Legatar in der Regel, wenn es unbedingt ist, sofort im Augenblick des Todes des Erblassers das Eigenthum desselben“, setzt aber hinzu: „insoweit, daß er es auf seine Erben transmittirt.“ — Insoweit? ist das schon Eigenthum?

24) In Gaii epitome II. 5. §. 1. lesen wir freilich: „*quod post mortem testatoris statim legatarius, non expectato herede, sibi praesumit*“. Aber das beweist nichts

Gaius entlehnte Stelle der Digesten: „*adita hereditate statim servus (legatus) acquiritur legatario*“, wobei Gaius voraussetzte, daß der Sklave per vindicationem gültig legirt war, während nach Justinianischem Recht es nur mehr darauf ankommt, ob der vermachte Sklave zur Erbschaft gehörte²⁵). Und so wird denn in anderen Stellen der Digesten gesagt, der vermachte Sklave, welcher vor der Erbantrittung getödtet worden, sei getödtet priusquam factus sit legatarii, derselbe sei bis zur Antrittung der Erbschaft noch Sklave der Erbschaft, nicht des Legatars, und es werde inzwischen durch ihn der Erbschaft, nicht dem Legatar, seinem künftigen Herrn, erworben²⁶). Es steht also fest und ist jetzt auch unbestritten, daß vor dem Erwerb der Erbschaft, wenn auch der Anfall des Vermächtnisses schon entschieden ist, das Eigenthum der vermachten Sache dem Vermächtnisnehmer nicht erworben wird. Aber

gegen den ächten Gaius, auch nicht, daß der Epitomator in diesem Punkte anderer Meinung war als jener. Theophilus zu §. 2. J. de legatis. II. 20. sagt übereinstimmend mit Gaius: *αὐτὴ δὲ βινδικατικὴν δεσπότην ἐποιεῖ τὸν ληγατάριον, ἅμα τῇ τοῦ κληρονόμου ἀδίτλωνι.*

- 25) L. 69. pr. D. de legat. I. Gaius macht hier diesen Ausspruch, um zu erklären, daß seinem vermachten Sklaven der Erblasser gültig etwas vermachen könne. Dem eigenen Sklaven etwas zu vermachen, war sonst nichtig nach der Sabinianischen Regel, weil, wenn der Testator sofort starb, das Legat nothwendig erfolglos war, weil es dem Erben selbst als jetzigem Herrn zufiel. War aber der Sklave, dem vermacht wurde, selbst einem Andern vermacht, so wurde bezüglich jenes Vermächtnisses angenommen, daß erst *adita hereditate* dies eius cedit und kraft des anderen Legats erwarb der Legatar *adita hereditate* das Eigenthum des Sklaven und damit zugleich das diesem gleichzeitig angefallene Legat. Vgl. Arnolds civilist. Schfsten. II. S. 499 fg.

- 26) L. 7. §. 5. D. de dolo. IV. 3. L. 38. D. de legatis II. Vgl. oben S. 219 Note 54.

es kann dieser Erwerb auch noch darüber hinaus verschoben sein, nicht nur wenn erst noch die Erfüllung einer Bedingung des Vermächtnisses zu erwarten und darum der Anfall desselben noch ungewiß ist, sondern auch, wenn dieser bereits entschieden (dies legati cessit), das Vermächtniß aber durch eine Zeitbestimmung beschränkt ist.

Es sind zwar Bedenken dagegen erhoben worden, ob nach altem Recht per vindicationem eine Sache auch mit einer reinen Zeitbestimmung (ex die certo) wirksam vermacht werden konnte, weil dies dem absoluten Charakter des Eigenthums, das nach altem Rechte auch nicht mit Beschränkung auf eine bestimmte Zeitdauer (ad diem) vermacht werden konnte, zu widersprechen schien²⁷⁾. Aber in einer Stelle der Digesten ist von einem Eigenthumslegat ex die die Rede, wo kaum ein Zweifel möglich ist, daß deren Verfasser, Ulpian, ein Vindicationslegat vor Augen hatte²⁸⁾, und liegt also auch kein Grund vor, bei einer ande-

27) E. N. Seuffert a. a. O. S. 7. fg. vgl. Brinz in der krit. Ueberschau von Arndts u. N. II. S. 169. fg.

28) L. 9. §. 2. D. usufructuarius quemadm. cav. VII. 9. Plane si ex die proprietas alicui legata est, ususfructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario. quia certum sit ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventuram. Demjenigen, welchen der Ususfructus ohne Aufschub, die Proprietät ex die vermacht war, sollte die Caution für Restitution der Sache (L. 1. §. 6. eod.) erlassen werden, weil gewiß war, daß er selbst oder sein Erbe künftig der Proprietar sein werde. Das aber war nur gewiß, wenn ihm die Proprietas per vindicationem legirt war. War das Vermächtniß ein Damnationslegat, so wurde der Legatar Eigenthümer erst durch Tradition, bzw. Mancipatio oder Injurecessio, und der Erbe, mit der actio legati belangt, konnte sich sogar zu quanti ea res est verurtheilen lassen. Und war auch der Nießbrauch per damnationem legirt, so konnte der Erbe der Obligatio aus diesem Legat genügen,

ren Stelle Ulpian's, wo von einem „fundus ex die legatus“ die Rede ist, den Gedanken an ein Vindicationslegat auszuschließen²⁹⁾. Für das Justinianische Recht ist ohnedies die Möglichkeit eines vollkommen wirklichen Eigenthumsvermögens mit Zeitbestimmung durch klaren Ausspruch des Gesetzgebers jedem Zweifel enthoben³⁰⁾, und

indem er den Ususfructus in iure cedirte und sofort die Sache deducto ususfructu einem Andern mancipirte, oder, wenn die Sache eine fremde war, indem er nur den Eigenthümer bewog, selbst dem Legatar den Ususfructus zu bestellen.

- 29) L. 1. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. Vgl. auch L. 72. §. 5. D. de cond. et dem. XXXV. I., wo ein Eigenthumsvermögen mit dem dem Vindicationslegat angehörenden Ausdruck „lego“ angeführt und dann von einem certus dies incertusve legato adscriptus die Rede ist. Fitting, der Begriff der Rückziehung (1856) S. 106. Thering in d. Jahrb. für Dogmatik d. P.R. X. 506. fg. Der Letzte zieht zur Bestätigung der richtigen Meinung noch die allerdings treffende Analogie der testamentarischen Freilassung an. Der Slave konnte testamentarisch auch ex certo die freigelassen werden, und war dann nach Antretung der Erbschaft bis dahin Statuliber. L. 1. pr. D. de statulib. XL. 7. L. 17. §. 3. D. de manum. test. XL. 4.

- 30) In L. 3. §. 2. Cod. commun. de legat. e fid. VI. 43, worin Justinian in Consequenz seiner L. 1. Cod. eod. die Veräußerung einer vermachten Erbschafts Sache durch den Erben ausdrücklich für unwirksam erklärt, nennt er ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 63 fg. Wenn Thering in dieser L. 3. §. 2. cit. ein ausschlaggebendes Zeugniß für die Möglichkeit eines Vindicationslegats ex die nach altem Recht findet, weil sie „die Unstatthaftigkeit der Veräußerung von pure vel sub certo die legirten Sachen auf eine vetus dispositio zurückführt“, so liegt dabei wohl ein Versehen zum Grunde; die Constitution

ist darin selbst der Grund der Bedenken gegen das Vindicationslegat *ex die* weggefallen, indem es auch ein Eigenthumsvermächtniß auf Zeitdauer zuläßt³¹⁾. In L. 1. Cod. l. c. hat Justinian die dingliche Rechtswirkung ausdrücklich auch den Vermächtnissen beigelegt, welche einem Vermächtnißnehmer auferlegt sind, unter der Voraussetzung, versteht sich, daß sie auf Weitergeben einer jenem aus der Erbschaft zugekommenen Sache gerichtet sind³²⁾; und so erklärt er in L. 3. §. 2. eod. auch in diesem Fall die Veräußerung der Sache von Seiten des Beschwerten ausdrücklich für unstatthaft³³⁾. Wenn also dieser die ihm vermachte Sache einem Andern herauszugeben angewiesen ist, zu bestimmter Zeit, z. B. in einem Jahr nach des Erblassers Tode, oder zu unbestimmter Zeit, z. B. nach seinem, des Beschwerten, Tode (woburch auch der dies cogens *fideicommissi* hinausgeschoben sein kann), so erwirbt dieser einstweilen das Eigenthum, mit dem Eintritt des

sagt gerade: Niemand solle glauben, *secundum veterem dispositionem* auch fernerhin noch die legirten Sachen veräußern zu können, und denkt dabei an das Recht der *Damnationslegat* und *Fideicommiss*.

31) L. 26. Cod. de legat. VI. 37. Vgl. oben S. 110.

32) „*Et haec disponimus non tantum si ab herede fuerit legatum relictum sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommissum possumus, fideicommissum cuidam relinquatur: cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri offerat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est.*“

33) „*Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relictas sunt vel restitui aliis dispositas sunt vel substitutione posita . . . putet esse in posterum alienanda*“ etc.

festgesetzten Zeitpunktes aber, nicht früher, geht dann das Eigenthum auf den zweiten Vermächtnißnehmer über³⁴⁾.

Mit Recht also wird als Regel aufgestellt: Das Eigenthum der vermachten Erbschaftssache wird dem Vermächtnißnehmer erworben, wenn dies *legati vel fideicommissi cessit et venit*, d. i. in Folge des unbedingten und durch keine Zeitbestimmung beschränkten Vermächtnisses sofort mit dem Erwerb der Erbschaft, in Folge des bedingten, nicht vor Erfüllung der Bedingung, in Folge des unbedingten, aber an eine bestimmte Zeit gebundenen Vermächtnisses erst mit Eintritt des bestimmten Zeitpunktes³⁵⁾. Und nach dieser Regel ist denn analog auch der Zeitpunkt des Erwerbs aus der Erbschaft oder an Sachen der Erbschaft vermachter anderer dinglichen Rechte zu bestimmen.

Nun aber ist noch eine andere streitige Frage zu erörtern, ob nemlich in dem bezeichneten Zeitpunkte das Eigenthum der vermachten Erbschaftssache dem Vermächtnißnehmer von selbst (*ipso iure*) ohne sein Wissen und Willen erworben werde, wie oben S. 202 fg. dargethan ist, daß der Anfall des Vermächtnisses *ipso iure* stattfindet? oder ob der Eigenthumserwerb erst durch die erklärte Annahme des Vermächtnisses von Seiten des Vermächtnißnehmers, der unzweifelhaft dasselbe ablehnen kann, sich vollziehe?

Die letzte Meinung ist in früherer Zeit schon von hochangesehenen Autoritäten der Rechtswissenschaft vertreten

34) Vgl. Jhering a. a. O. S. 508. fg.

35) Arndts Pand. §. 560. Auch Brinz Pand. 1. Aufl. S. 954., obwohl er es auffallend findet, daß der dies, „der ja sonst doch nur die Geltendmachung, nicht das Recht des Vermächtnisses aufhält, hier den Erwerb des Eigenthums selbst aufschieben soll,“ muß es doch nach L. 9. §. 2. cit. (Ann. 28) als richtig zugeben.

worden, von den beiden Heroen der französischen Juristenschule des 16. Jahrhunderts. Cuiacius hat sie in der Exegese zu verschiedenen Stellen der Digesten energisch vertheidigt. Daß das Eigenthum selbst dem unfundigen Vermächtnisnehmer sofort von selbst erworben werde, scheint ihm unvereinbar mit dessen Recht, das Vermächtniß abzulehnen, und nur zwei scheinbar widersprechende Stellen findet er (L. 19. D. quemadm. serv. amitt. VIII. 6. und L. 5. §. 8. D. de reb. eor. XXVII. 9.), diese aber beseitigt er durch die Bemerkung, daß wohl nur die actio legati dem Unfundigen erworben sei, nach L. 15. D. de R. J. aber „is qui actionem habet ad rem recipiendam, ipsam rem habere videtur“. Er erklärt daher, daß durch die Erbantretung zunächst nur die Delation des Vermächtnisses bewirkt werde, welche den Legatar in die Lage setze, die vermachte Sache zu erwerben oder abzulehnen³⁶). Mit der Ansicht des Cuiacius stimmt auch die Darstellung des Donellus überein, der übrigens die von jenem leichtfertig beseitigten Stellen gar nicht berücksichtigt³⁷). Die Glosse dagegen hatte constant gelehrt, das Eigenthum werde dem Legatar ipso iure oder recta via erworben, und nur dieser Erwerb wieder rückgängig gemacht, wenn der Legatar das Vermächtniß hinterher ablehne³⁸). Und diese Ansicht war auch später in der ge-

36) Cuiac. ad L. 16. D. qui test. fac. poss. XXVIII. 1. (opp. I. col. 1046), ad L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. D. de legat. I. (opp. VII. c. 1020. 1030), ad L. 32. 77. §. 3. D. de legat. II. (opp. VII. c. 1135. 1240. IV. c. 1146).

37) Comment. iur. civ. lib. VIII. cap. 18. §. 1. sq. Vgl. Voet ad pand. lib. XXX—XXXII. §. 39.

38) Die Glosse zu L. 80. D. de legat. II. sagt vom Erbschaftserwerb „ibi tamen est necessaria aditio“ im Gegensatz zum Legat, das „etiam ignorantibus“ erworben werde, und verweist dabei auf L. 77. §. 3. eod. L. 5. §. 8. D.

meinrechtlichen Doktrin bis zu unserer Zeit die herrschende, die nur vielfach mit der unrichtigen Meinung sich verflocht, daß der Erwerb schon die *legati cedente*, also zufolge unbedingten Legats schon mit dem Tode des Erblassers eintrete³⁹⁾. Nun wurden wir durch die echten Institutionen des Gaius (1820) belehrt, daß die vorliegende Frage schon eine Streitfrage unter den Schulen der römischen Juristen gewesen ist. Wir lesen dort im Comm. II. §. 195. bezüglich des *Vindicationslegates*:

In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores

de reb. eorum. XXVII. 9. L. 7. §. 5. D. de dolo. Sie erklärt in demselben Sinn diese Stellen, sowie L. 19. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. L. 7. §. 9. Cod. de curat. fur. L. 16. §. 1. D. qui test. fac. Zu der letzten Stelle erwähnt sie zwar: „sed quidam dicunt tunc demum quum agnovit,“ setzt aber hinzu: „sed tunc die irrevocabiler.“

- 39) So z. B. sagt Lauterbach im *colleg. theoret. practicum* lib. XXX—XXXII. §. 44: *Etiam ignorantia . . . acquiritur dominium tempore mortis — tantum iuris fictione ad effectum transmissionis — veritate et effectu ex tempore aditae hereditatis —*, setzt jedoch hinzu: *subest tamen tacita conditio, si legatum non repudiaverit*, und unterscheidet so ein *triplex dominium*: *fiotum — a morte testatoris —*, *verum (aber revocabile) — ab adita hereditate ad agnitionem —*, *irrevocabile — non facta repudiatione*. Ähnlich Höpfner *Comment. über die Institut.* II. 20. §. 584. Vgl. übrigens Huber *praelect. ad Institut.* II. 20. in f. Berger *oecon. iur.* (edit. 7.) pag. 291. *Madihn principia iur. civ.* p. IV. §. 237. Hellfeld und Westphal *a. a. O.* (welcher letzte §. 841. als besondere Abhandlung anführt: *Schneider de dominio rei legatae ipso iure transeunte*), u. a., auch Thibaut *Pandekten* in den älteren Ausgaben §. 757.

quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum, et posteaquam scierit e legatum, perinde esse atque si legatum non esset. Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant legatarii fieri quam si voluerit eam ad se pertinere ⁴⁰).

Demnach behauptete also die Schule der Sabinianer, das Eigenthum der per vindicationem legirten Sache werde sofort nach Antretung der Erbschaft auch dem unwissenden Legatar erworben; wenn aber dieser das Legat ablehne, so sei dasselbe als nicht hinterlassen und somit der Eigenthumswerb als nicht geschehen anzusehen. Die Proculianer dagegen waren der Ansicht, daß der Legatar erst durch die Annahme des Legats das Eigenthum erwerbe, und in der Zwischenzeit nach Antretung der Erbschaft einstweilen die Sache Niemand gehöre, wie Gaius nachträglich in §. 200 anführt. Derselbe fügt aber in §. 195. noch hinzu:

Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, „Deliberent“, inquit, „decuriones, an ad se velint pertinere, perinde ac si uni legatus esset.“

Einer Colonie war per vindicationem ein Latinus vermacht. Der war freilich keine Sache, nicht ex iure

40) Der Text ist nach dem vortrefflichen Apographum codicis Veronensis von Studemund (Lipsiae 1874). Ueber die Lücke nach *scierit*, vgl. unten S. 271. Anm. 46. Ueber das Wort *dimissum* vgl. Huschke iurisprud. anteius. edit. 3. pag. 163., wo es gewiß mit Recht als ein nicht classisches Glossen verworfen wird.

Quiritium dem Testator gehörend; nach der *lex Junia* war er ein Freier. Aber er starb gleichsam noch als Sklave, insofern, als nach jenem Gesetze dessen Vermögen gleichwie ein *Peculium* seinem Manumissor oder dessen Erben anheimfallen sollte ⁴¹). Dieses aus unvollkommener Freilassung des Sklaven entstandene Anrecht auf den künftigen Nachlaß desselben war in Form eines *Vindicationislegats* des Freigelassenen, gleichsam als ob dieser insoweit noch *ex iure Quiritium servus* des Testators wäre, einer Colonie vermacht. Dieses Legat gab Anlaß zu einer Anfrage bei dem Kaiser *Pius Antoninus*, der darauf es dem Beschluß der *Decurionen* anheimstellte, ob sie das Vermächtniß für die Colonie annehmen wollten, wie es sonst dem einzelnen Legatar zustände, sich darüber zu entscheiden. Darin nun meinte *Gaius*, eine praktische Anwendung und kaiserliche Billigung der *Proculianischen* Ansicht über den Erwerb der *per vindicationem* legirten Sache zu finden. Wunderlich. Konnte ja doch auch nach der *Sabinianischen* Ansicht von einem Ueberlegen des Legatars, ob annehmen? ob ablehnen? sehr wohl die Rede sein. Und in dem vorliegenden Falle konnte nicht, als wenn ein wirklicher Sklave vermacht war, von einem *ipso iure* eintretenden Eigenthumserwerb die Rede sein, sondern nur von einem Anrecht, dessen Verwirklichung noch zu erwarten war. Vielleicht war auch die Gültigkeit des Legats fraglich, sei es überhaupt, weil man gegen die Veräußer-

41) *Gai.* III. §. 56. Es heißt dort a. G. nach *Studemund's* *Apographum*: itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent. Anstatt der früher unleserlichen Worte „ea lege“ hatte *Huschke* in der *jurisprud. anteiust. edit.* 3. pag. 283. vorgeschlagen zu lesen „ex iure Quiritium.“ Uebrigens vgl. *Gai.* I. c. §. 57. mit I. §. 17. fg. *Dosithei de manumiss. fragm.* §. 6.

sichkeit des durch die lex Junia dem Patron des unvollkommen Freigelassenen vorbehaltenen Rechts Bedenken hatte, sei es in der Eigenschaft eines Vindicationslegats, weil ja hier nicht eine Sache, die zur Zeit der Testamentserrichtung und zur Zeit des Todes des Testators ex iure Quiritium diesem gehörte, vermacht war ⁴²⁾, zudem auch damals noch nicht lange her anerkannt war, daß und in welcher Maße Stadtgemeinden ein Legat gültig hinterlassen werden könne, und vermuthlich noch Antoninus Pius sich veranlaßt sah, durch ein Rescript zu entscheiden, daß auch Dörfern gültig legirt werden könne ⁴³⁾. So kann wohl mit Recht gesagt werden, daß das Bedeutende in der von Gaius a. a. O. angezogenen Constitution Antonin's nur in der Anerkennung der Gültigkeit des Legates und des Beschlusses der Decurionen als der Repräsentanten der Colonie, über Annahme oder Ablehnung desselben gelegen sei ⁴⁴⁾. Kaum glaublich ist, daß diese kaiserliche Ent-

42) Von einem Vermächtniß solchen Inhalts gibt uns Kunde ein Brief des jüngeren Plinius an Trajan (lib. X. epist. 105). „Valerius, Domine, Paulinus,“ schreibt jener, „excepto uno, ius Latinorum suorum mihi reliquit,“ und erbittet sich für drei derselben vom Kaiser die Verleihung des ius Quiritium. Nicht „Latinos suos,“ sondern „ius Latinorum suorum“, heißt es, „mihi reliquit“; in welcher Weise, ob durch dolegolegatum? ob durch Fideicommiss? wird nicht gesagt. Aus der Antwort des Kaisers aber: „cum honestissime iis, qui apud fidem tuam a Valerio Paulino depositi sunt, consultum velis,“ läßt sich schließen, daß ein Fideicommiss vorlag.

43) Ulpiani fragm. XXIV. §. 28. L. 73. §. 1. D. de legat. I.

44) Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 324. Anm. 363. (civilist. Schr. II. S. 465), vgl. Fitting im Arch. f. civ. Prax. XLII. S. 163. — In einer Abh. von Binding über die Entwicklung der Erbfähigkeit juristischer Personen,

scheidung und des Gaius betreffende Bemerkung den Sieg der Proculianischen Ansicht über die Sabinianische herbeigeführt habe. Ungeachtet derselben konnte sich daher unter uns lange Zeit unbestritten die herrschende Meinung erhalten, daß in der Folgezeit vielmehr die Sabinianische Ansicht das Uebergewicht gewonnen habe, daß namentlich im Justinianischen Recht diese entschieden anerkannt worden sei ⁴⁵⁾. Erst im Jahr 1857 wurde dagegen die Meinung aufgestellt, daß durch die Constitution von Antoninus Pius die Sabinianische Ansicht verdrängt, die Proculianische zur herrschenden erhoben und so denn auch im Justinianischen Recht aufgenommen worden sei ⁴⁶⁾. Der Verfasser gründet sich hauptsächlich auf den Satz in L. 1. §. 7. D. de successorio edicto. XXXVIII. 9.: „quod acquisitum est repudiari non potest.“ Darnach habe, sagt er, wer der Sabinianischen Ansicht gemäß ipso iure Erwerb der per vindicationem vermachten Sache annahm, nicht von repudiatio legati reden können, sondern nur von Auf-

in d. Zeitschr. für Rechtsgeschichte von Rudorff u. a. VIII. S. 300 wird die Sache so dargestellt, als ob Proculus und seine Schüler eben in dem Streit zwischen ihnen und den Cassianern „über den Erwerb eines Vindicationslegats für eine Stadtgemeinde diesen Erwerb ausdrücklich von einer vorgängigen Erklärung, annehmen zu wollen, abhängig gemacht hätten,“ und dieser Meinung dann Antoninus Pius mit dem von Gaius angeführten Ausspruche beigetreten sei. Das ist eine Ausmalung des Streitfalles, zu welcher §. 195. cit. nicht den Stoff gibt.

45) Vgl. die Allegate bei Fitting a. a. D. S. 148. Anm. 1.

46) So in einer kleinen Schrift von R. M. Böschmann (Oberappellationsrath in Dresden): *Observationum ad ius ante-Justinianeum et Justinianeum triaga*, Lipsiae 1857. diss. I. Die Schrift wurde beifällig recensirt von G. Diezel in der Heidelberger krit. Zeitschrift für d. ges. Rechtsw. V. S. 554. fg.

geben des Erworbenen, und dafür, glaubt er, sei ein passender Ausdruck gewesen „deponere legatum“, und sei die unleserliche Lücke in Gai. II. §. 195. zu ergänzen: *et deposuerit legatum* ⁴⁷⁾. Die beiden Ausdrücke: „repudiare“ und „deponere“ schienen ihm eine treffende Terminologie entsprechend der Proculianischen, bezw. der Sabinianischen Ansicht, bezeichnend das Ablehnen des Erwerbs nach jener, das Aufgeben des Erworbenen nach dieser. Nachdem aber die Proculianische Ansicht gesiegt und so auch im Justinianischen Recht Aufnahme gefunden, soll das Wort *deponere* durch Interpolationen der Compileren beseitigt worden und nur in einer Stelle aus Versehen stehen geblieben sei. ⁴⁸⁾.

Diese Ausführung war jedoch nicht geeignet, die bis dahin herrschende gemeine Meinung zu erschüttern. Vorerst

47) Vgl. oben S. 367 Anm. 40. In der Ausgabe des Gaius von Bösch (1824) war als sichere Lesung nur aufgenommen: „scierit et tum“. Böding ergänzte „spreverit legatum;“ Huschke „repulerit tum.“ Dafür nun setzte Böschmann „deposuerit legatum: auf die Wahl dieses Wortes aber verfiel er durch die Schlüßworte der L. 8. D. de reb. cred. XII. 1. „cum repudiatum aut adpositum“, wo das letzte unzweifelhaft unrichtig und am leichtesten durch „depositum“ zu berichtigen sei.

48) In L. 8. D. cit. In dieser Stelle, glaubt übrigens Böschmann (von der Ansicht ausgehend, daß jener Schulstreit nur auf das Vindicationslegat sich bezogen habe, bei anderen Legaten auch von den Sabinianern Annahme vorausgesetzt worden sei) habe Julian, der Sabinianer, nur in Rücksicht auf die Verschiedenheit der Legate *repudiatum* und *depositum* unterschieden, dieses bezüglich des Vindicationslegates, jenes bezüglich anderer Legate, wogegen Diefel a. a. O. darin nur die Terminologie der beiden Schulen erkennt. Julian kann dort wirklich nur ein Vindicationslegat im Sinn gehabt haben.

ist es sehr unwahrscheinlich, daß das Wort *deponere* in gewissermaßen technischer Bedeutung für das Aufgeben eines *ipso iure* erworbenen Legats bei den classischen Juristen der Sabinianischen Schule gebräuchlich gewesen sei. In einer ganz anderen Bedeutung war das Wort den Juristen sehr geläufig. Außerdem kommt es wohl auch vor in dem Sinn von Aufgeben = Niederlegen oder Ablegen, z. B. *imperium, dignitatem, officium deponere* ⁴⁹⁾; aber nur in einer Stelle unseres Wissens findet es sich in obigem Falle verwandter Beziehung, bedeutend das Aufgeben von erworbenem Gut, und hier hat man nicht ohne Grund vorgeschlagen, statt *deposuit* zu lesen *deprompsit* ⁵⁰⁾. Völlig unsicher ist die Lesart *depositum* in L. 8. D. de reb. cred. ⁵¹⁾, und bei Gai. II. §. 195. ist gewiß nicht zu ergänzen *deposuerit* ⁵²⁾. *Spernere*

49) L. ult. D. de off. procons. I. 16. L. un. D. de off. praef. Aug. I. 17. L. 13. D. de adopt. I. 7. L. 5. §. 2. D. depositi. XVI. 3. Brisson. de verb. significat. v. *deponere*.

50) L. 5. §. 13. D. de donat. int. v. et u. XXIV. 1. „neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit.“ Brissonius erklärt es als *deminuere* (nach L. 6. D. quae in fraud. cred. XLII. 8.). Mommsen proponirt *deprompsit*. Vgl. jedoch auch L. 34. pr. D. de a. v. am. poss. XLI. 2. „animo deponere et mutare possessionem“.

51) Vgl. die Digesten von Gebauer-Spangenberg ad L. 8. cit. nota 41. Schulting-Smallenburg ad h. l. Mommsen's Digesta Just. Aug. Vol. I. pag. 358. Der letzte deutet in not. 2. als eine von Blume empfohlene Lesart für *adpositum an amissum*. Dabei ist ein Versehen begangen, Blume hat im Rhein. Mus. f. Jurisprudenz IV. 385. fg. *omissum* vorgeschlagen.

52) In Studemund's Apographum erscheint als nicht sichere Lesung angedeutet: *etceerit legatum*; die unsicheren Zeichen

legatum⁵³⁾ konnte auch vom Standpunkt der Sabinianer sehr wohl gesagt werden, um die Ablehnung des Legats zu bezeichnen; kann man doch verschmähen, auch was man schon in Händen hat. Aber auch repellere, repudiare legatum kann im Munde eines Sabinianers nicht verwundern, wo es sich nur darum handelte, einen ipso iure angefallenen Erwerb nicht durch Annahme sich gefallen zu lassen, den darin gebotenen Gewinn von sich abzulehnen, respuere, aspernari liberalitatem, die nolenti non potest acquiri; sagte man doch repudiare sponsam, uxorem, die Braut, mit der man schon verlobt, die Gattin, mit der man schon verehelicht war, abweisen: warum sollte nicht selbst der Sabinianer sprachrichtig sagen können repudiare legatum? Dagegen kann auch der kurze Satz in L. 1. §. 7. D. de succ. ed. kein Bedenken erregen. Hier ist die Rede von der bonorum possessio, die auf Begehren einer Partei causa cognita durch ein Decret des Prätors jener verliehen wird, daher decretalis bonorum possessio. Diese, sagt Ulpian, kann nicht repudiirt werden: nicht vor dem prätorischen Decret, weil sie bis dahin noch nicht delata ist; nicht nach erfolgtem dem Gesuch entsprechenden Decret, weil sie dadurch sofort erworben ist und das erworbene Recht nicht mehr repudiirt werden kann. Die Partei hat durch ihr Gesuch den Willen an den Tag gelegt, die bonorum possessio zu erlangen und ein ihr günstiges Decret des Prätors erwirkt; nun hat sie die h. p. wirklich erlangt; sie kann nicht den Prätor gleichsam zum Besten haben und die h. p. doch nicht wollen, so wenig wie sie die agnoscirte und vom Prätor ohneweiters

deuten nicht auf *deposuerit*, eher auf *reiecerit* oder *repulerit* oder *spreverit*.

53) Dies Wort findet sich außer in L. 6. D. de legat. II. auch in §. 8. J. de legat. II. 20. gebraucht.

zugegebene edictalis b. p. noch wieder ablehnen konnte. Aus dieser Stelle zu folgern, daß es durchaus begriff- und sprachwidrig gewesen sei, im Sinne der Sabinianer nach Antretung der Erbschaft noch von repudiatio legati zu reden, daß daher in den von Sabinianern herrührenden Stellen der Digesten das Wort repudiare in solchem Zusammenhang nur durch Interpolation eingeschwärzt und eben daraus der Sieg der Proculianischen Ansicht im Justinianischen Rechte zu erkennen sei, dazu ist man wahrlich nicht berechtigt, und sollte man sich durch die Warnung der L. 1. D. de R. I. von solcher Auslegung der Quellen wohl abhalten lassen.

So ist denn auch der Schrift von Böschmann und deren genehmigender Anzeige von Diezel alsbald Fitting mit einem scharfen Widerlegungsversuch entgegengetreten⁵⁴⁾. Der Verfasser zeigt, in Uebereinstimmung mit obigen Bemerkungen, daß die von Böschmann vorgebrachten Gründe durchaus ungenügend sind, dessen damals fast neue Meinung zu unterstützen und sucht dann nachzuweisen, daß wirklich, wie die damals herrschende Meinung war, im Justinianischen Recht die Ansicht der Sabinianer recipirt worden sei. Allein schon zwei Jahre nachher erschien eine ausführliche Abhandlung von A. Köppen über denselben Gegenstand, welche mit Böschmann's Meinung wesentlich übereinstimmt und eingehender als dieser durch Exegese der Quellen zu erweisen sucht, daß die nach der Andeutung des Gaius durch Antoninus Pius gebilligte Ansicht der Proculianer seitdem entschieden die Herrschaft gewonnen habe und allein auch als die im Justinianischen Recht recipirte zu achten sei⁵⁵⁾. Auch diese

54) im Arch. für civ. Prag. XLII. S. 147—167. (1859).

55) in den Jahrbüchern für die Dogmatik des Privatrechts von Gerber und Jhering V. 4. „zur Lehre vom Erwerb

Abhandlung hat alsbald eine ausführliche Gegenschrift hervorgerufen, welche wieder die bisher herrschende Meinung vertheidigt und von vielen Seiten zustimmend aufgenommen worden ist ⁵⁶⁾, wogegen ein hervorragender Civilist sich mit Köppen's Widerspruch gegen jene ganz einverstanden erklärte ⁵⁷⁾. Und dann hat Köppen selbst auch noch wieder in anderem Zusammenhang und zum Theil von anderem Gesichtspunkt ausgehend jene seine Meinung vertheidigt ⁵⁸⁾. Die Fortsetzung des Glück'schen Commentars kann sich hiernach nicht einer genauen Prüfung der Ausführungen Köppen's entschlagen. Es scheint aber zweckmäßig, dabei die beiden Abhandlungen des genannten Gelehrten (in d. dogmat. Jahrb. V. 4. und XI. 2.) getrennt zu halten, und erst nach vollendeter Prüfung der ersten zu untersuchen, ob und in wiefern deren Ergebniß nach der zweiten einer Berichtigung unterliege.

der Erbschaft und des Vermächtnisses" S. 125—221., insbesondere die Vermächtnisse betreffend S. 184 fg. (1861); dazu eine nachträgliche Berichtigung S. 377., betreffend die nächstvorhergegangene Literatur über diese Lehre, die der Verfasser in der Abhandlung noch nicht beachtet hatte.

56) Crafft v. Craillsheim, im Arch. für civ. Prax. XLVII. 21. „zur Lehre vom Erwerbe der Vermächtnisse" S. 368—406. (1864).

57) Jhering in dens. Jahrb. X. S. 479. Anm. 96. Mit Böschmann und Köppen übereinstimmend erklärte sich auch J. Baron, die Gesamtrechtsverhältnisse im röm. Recht (1864) S. 427. 435. Dieser aber lehrt in seinem Lehrb. d. Pand. (1872) S. 443. 445. 450. anders.

58) in den dogmat. Jahrb. XI. S. 182—185. 200—218.), im Zusammenhang einer Abhandlg. über den obligatorischen Vertrag unter Abwesenden, die in §. 2. und 3. im Allgemeinen die successive Entstehung von Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen erörtert und dabei a. a. D. auch auf den Erwerb von Vermächtnissen eingeht.

Schon in der ersten Abhandlung stellte der Verfasser Delation der Erbschaft, soferne der Berufene nicht *necessarius heres* ist, und Delation des Vermächtnisses als wesentlich gleichartig nebeneinander, jene bei unbedingter Berufung eintretend mit dem Tode des Erblassers, diese bei unbedingtem und nicht betagtem Vermächtniß mit Antretung der Erbschaft; jene das Recht gewährend, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen (Erbrecht), diese das Recht, das Vermächtniß anzunehmen oder abzulehnen (Recht des Vermächtnisses oder auf das Vermächtniß), das letzte nur dadurch von dem ersten verschieden, daß es, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses vererblich ist, *post diem legati cedentem* auch den Erben zukommt, während eine Transmiffion der Delation der Erbschaft auf die Erben des Berufenen nur ausnahmsweise stattfindet. Beide Rechte sind noch nicht erworbene Vermögensrechte; der Verfasser nennt sie Familienrechte, Rechte von familienrechtlichem Charakter. Diese Bezeichnung und Charakteristik ist mit Grund beanstandet worden⁵⁹⁾; es kommt darauf nichts

59) Köppen S. 129. nennt es einen Grundsatz, daß, wer in keinem Familienbände zum Erblasser stehen, auch *lego* wie *testamento* kein Erbrecht an seinem Nachlaß erwerben kann, und findet diesen Grundsatz bezeugt durch den Umstand, daß die Erbfähigkeit nicht bloß *commercium* sondern auch *connubium* zur Voraussetzung hatte. „Daher waren Latini erbunfähig.“ Dagegen bemerkt Traillsheim a. a. O. S. 373. fg., daß nur von den Latini Juniani bezeugt ist, daß sie nicht *hereditatem legataque capere* konnten, obwohl *cum iis testamenti factio erat* und deren Erbeinsetzung gültig war, und zwar jenes auf ausdrücklicher Bestimmung der *lex Junia* beruhte. *Gai. I. §§. 22—24. II. 110. Ulp. XX. §. 8. XXII. §. 3.* Daß Latini *coloniarii*, die auch nur *commercium*, nicht *connubium* hatten, nicht *ex testamento* einen römischen Bürger wirklich beerben konnten, ist weder erwiesen noch auch nur wahr-

an. Die Frage, die uns hier beschäftigt, ist nur die: ist es wahr, daß durch Vermächtniß, nachdem dies legati cessit et venit, dem Vermächtnißnehmer nicht ohne weiters ein wirkliches Vermögensrecht erworben wird, so lange er nicht seinen Erwerbwillen an den Tag gelegt hat? Nun ist es gewiß, daß Sabinus und Cassius und deren Schüler wenigstens bezüglich des Vindicationslegates anderer Meinung waren. Die Frage stellt sich also dahin, und nur damit werden wir uns zunächst zu befassen haben: ist es wahr, daß die späteren Sabinianer von jener Ansicht ihrer Schule abgegangen sind? daß die entgegengesetzte Ansicht der Proculianer die Herrschaft behauptet hat und so denn im Justinianischen Recht nach Verschwinden der alten Unterschiede der Vermächtnisse der Lehrsatz gelte, daß das Eigenthum einer aus der Erbschaft vermachten Sache niemals ipso iure dem Vermächtnißnehmer erworben wird, sondern erst durch ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Annahme des Vermächtnisses?

Prüfen wir also die Beweise, welche Röppen für die Bejahung dieser Frage beibringt. Er führt zuerst als überzeugendsten Beweis dafür, daß mit dem Erwerb der petitio legati noch keine Vermögensacquisition sich verbinde ^{59a)},

scheinlich; denn alsdann hätte es die lex Junia nicht ausdrücklich den Latinis Junianis abzusprechen gebraucht, und aus Cic. pro Caecina cap. 35. läßt sich höchstens abnehmen, daß jene Capacitas auch wohl schon einer alten lateinischen Colonie durch besonderen Beschluß entzogen sein konnte. Wie unwahrscheinlich ist es, daß in der Kaiserzeit die zahlreichen Angehörigen latinischer Colonien, z. B. in Spanien, welche durch Bekleidung von Aemtern das römische Bürgerrecht erlangt hatten, nicht mehr ihre latinischen Mitbürger ex testamento beerben oder von ihnen beerbt werden konnten!

59^{a)} In so weit könnten wir dem Verfasser zustimmen, wenn er nur an das durch den dies legati cedens entschiedene

sondern daß auch sie nur die Delation einer solchen enthalte, den Umstand an, daß nach L. 3. §. 1. D. de adim. legat. XXXIV. 4. L. 25. (26.) pr. D. ad Sc. Treb. XXXVI. 1. die Substituten des Legatars dessen Erben ausschließen sollen, wenn derselbe „die Agnition versäumt.“ Die oben S. 233—243 vorgetragene Erläuterung dieser Stellen ergibt, daß sie nicht im mindesten überzeugenden Beweis für jenen Satz geben, vollends nicht dafür sprechen, daß das Eigenthum der per vindicationem legirten Sache dem Legatar nicht ipso iure erworben werde. Eine weitere Bestätigung seiner Theorie findet Röppen sodann darin, daß, wie der insolvente Erbe die Erbschaft, so auch der insolvente Legatar das Vermächtniß repudiiren kann, ohne sich dadurch einer alienatio in fraudem creditorum schuldig zu machen, womit nach Ulpian's Angabe auch Julian, der Sabinianer, einverstanden war⁶⁰), und dem entsprechend von denselben Juristen auch die Ablehnung eines Vermächtnisses von Seiten des freigelassenen Legatars nicht als alienatio in fraudem patroni anfechtbar gehalten wurde, die durch Ablehnung eines Vermächtnisses bestellte Dos nicht als dos profectitia, die solcher Weise gegen den Ehegatten geübte Liberalität nicht als nichtige donatio inter virum et uxorem angesehen wurde⁶¹). Dieses sehr scheinbare schon von Cuiacius geltend ge-

Recht auf das Vermächtniß dürfte vgl. oben S. 248; aber von Delation und Agnition, wie folgt, kann erst die Rede sein, wenn dies legati venit.

60) L. 6. §. 4. quae in fraud. cred. XLII. 8. Sed illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Julianus quoque scribit.

61) L. 1. §. 6. D. si quid in fraud. patroni. XXXVIII. 5. L. §. 5. D. iure dot. XXIII. 3. L. 5. §. 14. D. de donat. int. v. et u. XXIV. 1.

machte Argument hat ebenfalls nach dem, was schon Fitting a. a. O. S. 159 fg. darüber bemerkt und Traillsheim a. a. O. S. 381. fg. gegen Köppen ausgeführt hat, keineswegs überzeugende Kraft. Nach der Ansicht der Sabinianer konnte immerhin der Legatar durch Ablehnung des Legats den ipso iure ihm angefallenen Eigenthums-erwerb völlig vernichten; es ist daher begreiflich, daß sie die Abweisung der ihm vom Testator zugedachten Liberalität wohl auch als ein Nicht-Erwerben, als eine Vereitelung des Erwerbes auffaßten, als ein Verhindern des Zuwachses zu seinem Vermögen, nicht als Veräußerung des vollkommen erworbenen Eigenthums ansehen mochten, begreiflich insbesondre, daß sie unter diesem Gesichtspunkte in jener Ablehnung nicht eine alienatio in fraudem creditorum oder patroni erkennen wollten. Ja, die Art, wie Ulpian in L. 1. §. 6. cit. seine Billigung der Julianischen Meinung, daß in der repulsio legati nicht eine alienatio in fraudem patroni liegt, rechtfertigt, hat ganz den Charakter der Abwehr eines Bedenkens, das man vom Standpunkt der Sabinianischen Ansicht gegen jene Meinung erheben konnte:

„quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen, cum repudietur, retro nostrum non fuisse palam est“;

obgleich dem Legatar das Eigenthum ab adita hereditate erworben ist, sofern er nur nicht ablehnt, so ist es doch, wenn er ablehnt, ausgemacht, daß er es nicht gehabt hat. Nach der Proculianischen Theorie bedurfte es solcher Rechtfertigung nicht und wäre diese geradezu unpassend; das Nichterwerben einer Sache, die mir noch gar nicht gehört, kann doch von Niemand als ein Veräußern derselben angefochten werden. So sollte auch in L. 6. §. 4. cit. der Zusatz: „quod Julianus quoque scribit“, vielleicht nur andeuten, daß auch dieser berühmte Sabinianer mit

der Ansicht seiner Schule das vorher Gesagte wohl vereinbar gefunden habe. Ablehnen des Legats ist ein *non admittere liberalitatem*, das, wie Ulpian in L. 1. §. 6. cit. sagt, auch in *ceteris liberalitatibus* nicht gegen die *lex Faviana* verstieß, z. B. Ablehnen einer Schenkung. Es war eine wohlberechtigte Auslegung jenes Gesetzes, daß der Freigelassene nicht genöthigt sein sollte, ein ihm von wem und unter welchen Modalitäten oder Lasten immer hinterlassenes Vermächtniß anzunehmen, sofern es nur einen Ueberschuß an Gewinn brachte; man hätte dann consequent auch behaupten müssen, daß der Freigelassene sich gegen die *lex Faviana* verfehle, wenn er sich's nicht wollte gefallen lassen, daß ein Anderer sich rühmen konnte, durch seine Liberalität ihn von einer Schuld befreit zu haben, indem er *donandi animo* dieselbe gezahlt habe ⁶²).

Dagegen hat nun Ulpian in L. 5. §. 8. D. de reb. eor. XXVII. 9., wo es sich um den Schutz des Pupillen gegen Verlust handelte, in der Ablehnung des ihm hinterlassenen Vermächtnisses eines Grundstückes offenbar eine Veräußerung des Grundstückes gesehen, indem er sagt:

Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat.

Dieser Ausspruch benimmt nicht nur den obigen Stellen alle Beweisraft für die Ansicht Röppen's, sondern steht ihr entscheidend entgegen. In der Art, wie Cuiacius es versuchte ⁶³), konnte sich Röppen dieses Arguments für den *Ipso-iure*-Erwerb der *per vindicationem* vermachten Sache nicht erwehren; denn er nimmt auch bezüglich der persönlichen Vermächtnißklage nicht, wie jener,

62) Vgl. Arndts Band. §. 80. Anm. 3.

63) Vgl. oben S. 265.

an, daß sie selbst dem unwissenden Legatar, also schon vor der Agnition des Legats, erworben werde. Aber die Art, wie Köppen die Stelle abfertigt (S. 189. Anm. 169), ist fast noch schwächer als jene; er beruft sich auf L. 5. pr. D. de V. S., welche sagt: *Rei appellatio latior est, quam pecuniae, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; daher sei res pupilli auch das Recht des Vermächtnisses, das noch kein Vermögensrecht sei: daher, so sagt der Verfasser im Text: „bedarf der Vormund keines Alienationsdecrets, um ein Vermächtniß seines Mündels zu repudiiren, und wenn der Mündel selbst dazu unfähig ist, so hat dies auch hier seinen Grund darin, daß ihm über alle, nicht bloß seine Vermögensrechte die Disposition entzogen ist.“* Darnach sollte man fast glauben, der Verfasser habe in L. 5. §. 8. cit. gelesen: „*sine tutoris auctoritate*“. Aber die Note dazu gibt den richtigen Text an: „*sine praetoris auctoritate*“, und so sagt die Stelle gerade, daß der Pupill — selbstverständlich *cum auctoritate tutoris* oder auch der Tutor an seiner Statt — nicht ohne ein prätorisches Alienationsdecret den vermachten Fundus repudiiren könne. Nun war aber nach der *Oratio* des Severus, die Ulpian allein im Auge haben konnte, nur zur Veräußerung eines dem Mündel gehörenden *praedium rusticum* oder *suburbanum* ein obrigkeitliches Decret erforderlich. Daher konnte, wie in L. 5. §. 8. cit. geschieht, die Ablehnung des Vermächtnisses unter jene *Oratio* nur nach der Ansicht gestellt werden, daß das vermachte Grundstück dem Pupillen schon erworben sei⁶⁴).

Meinerseits konnte ich mich eines Erstaunens nicht erwehren, als ich unmittelbar nach Anführung der L. 5. §. 8. cit. S. 189 fg. las: „daß es einer Agnition zum

64) Vgl. Traillsheim a. a. O. S. 383 fg.

Erwerb des vermachten Rechts bedarf, . . . darüber lassen die Quellen in der That keinen Zweifel übrig.“ Wenn sodann scharf betont wird, daß schon der Begriff der Repudiation die Möglichkeit einer ipso iure erfolgenden Acquisition der legitimen Rechte ausschliesse, so kann dies nach dem, was schon oben S. 270—274 darüber bemerkt ist, keinen Eindruck machen. So ist es auch von keiner Beweiskraft für Röppen's Meinung, daß in vielen Stellen von agnoscere, velle, accipere legatum und dgl. die Rede ist; denn die erklärte Annahme des Legates war ja auch nach der Sabinianischen Ansicht eine juristisch sehr wichtige und entscheidende Thatsache, das velle als erklärtes non nolle entscheidend, wenn der definitive Rechts-erwerb des Legatars bedingt war, „si non noluerit“⁶⁵⁾. Demnach ist es unberechtigt, daraus, daß in Stellen von Sabinianern, wie Julianus und Pomponius, von Agnition und Repudiation die Rede ist, mit Röppen S. 192. zu schließen, daß schon zu deren Zeit die ursprüngliche Ansicht ihrer Schule in Folge des Antoninischen Rescripts aufgegeben war, eben so unberechtigt, als mit Böschmann in solchen Stellen überall eine Interpolation zu vermuthen. Ohnehin ist, wie dieses in manchen Stellen der Art, so jenes in Ansehung von Stellen aus Julian's Digesten, höchst unwahrscheinlich. Julian hatte schon unter Hadrian seinen Ruhm begründet durch die Reform des prätorischen Edicts, war gewiß unter dessen Regierung schon Prätor und vermuthlich auch Consul; im Anschluß an das von ihm geordnete Edict verfaßte er seine Digesta, die zu 90 Büchern angewachsen sind. Nun ist zwar gewiß, daß er an diesem Werke auch noch unter Antoninus gearbeitet, diesen sogar überlebt hat. Aber die hier einschlagenden Aeußerungen desselben sind den Büchern 30—39

65) Vgl. besonders Fitting a. a. O. S. 162 fg.

entnommen; man muß also, um zu glauben, daß Julian durch die Constitution des Antoninus von der Meinung seiner Schule abgebracht worden sei, annehmen, daß er wenigstens 60 Bücher seiner Digesten erst unter Antonin (138—161. n. Chr.) geschrieben habe, daß zur Zeit der Abfassung der ersten dieser 60 Bücher schon die Constitution ergangen war, die Gaius erst nach dem Tode des Urhebers anführt, und daß diese Constitution sofort einen so ergreifenden Eindruck auf Julian gemacht habe. Es bedarf einiger Leichtgläubigkeit, um dieser rechtshistorischen Combination sich zu erfreuen.

Betrachten wir hiernach die Stellen, welche von Köppen S. 191. als solche angeführt sind, in denen die Aognition als Requisit für den Erwerb der legitimen Rechte ausdrücklich anerkannt sei:

In L. 33. D. de minor. IV. 4. wird von Ulpianus Valens der Fall vorgelegt, daß einem Minderjährigen ein Legat hinterlassen war, mit der fideicommissarischen Auflage, seinen Sklaven freizulassen, der mehr werth war, als das Legat betrug; derselbe hat das Legat in Empfang genommen, will aber dann den Sklaven nicht freilassen; Julian hat respondirt, er sei dazu nicht zu zwingen, falls er bereit sei, das Empfangene zurückzugeben: *ut, quemadmodum maioribus liberum sit, non accipere, si nolint manumittere, sic huic reddenti legatum necessitas manumittendi remittatur.* So konnten unbedenklich auch Sabinus und Cassius respondiren. Daß es Jedermann freistehe, ein Legat wegen lästiger Auflage abzulehnen, war nie bezweifelt; der Volljährige aber, der es in Empfang genommen, konnte sich auch der Erfüllung der Auflage nicht entziehen, seitdem überhaupt Fideicommissa zwangsrechtlich wirksam geworden; der Minderjährige wird auf Verlangen gegen die nachtheilige Ausnahme des Legats in integrum restituirt. Das ist der

Sinn dieser Stelle. Von einem Vindicationslegat ist darin keine Rede; das Responsum mußte ebenso ausfallen, wenn dem Minderjährigen eine Summe per damnationem vermacht und die Auszahlung von ihm angenommen war, und unbegreiflich ist, wie nach S. 192 auch diese Stelle ergeben soll, daß Julian schon die Sabinianische Meinung über das Vindicationslegat aufgegeben habe.

Ebenso wenig ist aus L. 92. pr. D. de cond. et dem. XXXV. 1. zu schließen, daß Ulpian des Sinnes war. Von einem Vindicationslegat ist auch hier nicht die Rede, wemgleich es nicht ausgeschlossen ist, sondern von irgend welchem einem Vater hinterlassenen Vermächtniß, Legat oder Fideicommiß, „relictum hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet.“ Wenn Ulpian hier dafür stimmt, daß der Vater extra ordinem zur Emancipation der Kinder anzuhalten sei, jedoch nur, si agnovit id relictum, nicht, wenn er es ablehnt, so wird dadurch die Streitfrage über das Vindicationslegat gar nicht berührt. Eine andere der S. 191. angeführten Stellen, L. 44. §. 1. D. de legat. I., spricht scheinbarer dafür, daß Ulpian der Ansicht der Proculianer hulldigte. Sie sagt:

Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit.

Der Fall, den Ulpian hier vor Augen hatte, ist ohne Zweifel so zu denken: Der Eigenthümer einer Sache hat diese per vindicationem legirt; der Anfall dieses Legats ist bereits durch Antretung der Erbschaft des Vermächtnißgebers entschieden; der Legatar aber, dessen noch unfundig, vermacht in dieser Zeit die Sache einem Dritten; nun wird die Gültigkeit dieses zweiten Legats in Frage gestellt, indem sie als abhängig davon, daß die Sache dem Testator schon zur Zeit der Errichtung des Legats eigen

gewesen, gedacht wird. Wenn Ulpian dieses nur annimmt, si voluerit legatarius ad se pertinere, so kann man darin allenfalls eine Anerkennung der Proculianischen Ansicht finden, nach welcher zum Erwerb des vermachten Eigenthums ein positives Wollen (velle) erforderlich war, der gewollte Erwerb dann aber als schon adita hereditate vollzogen angesehen wurde. Dieses Argument wird aber abgeschwächt durch die Art, wie Ulpian seinen Ausspruch „legatum valebit“ begründet, indem er fortfährt: quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis⁶⁶).

Darin, kann man sagen, wird ja der Erwerb nur von dem negativen „non repudiare“ abhängig gemacht, und kann man daher das vorgehende „si voluerit“ bloß als dessen Gegentheil „si non noluerit“ auslegen. So hat denn auch Fitting a. a. D. S. 165. gerade diese Stelle als unwidersprechlich beweisend für die Sabinianische Ansicht hervorgehoben. Mit gutem Grund hat Traillsheim a. a. D. S. 387. Anm. 46. dies beanstandet; die L. 44. §. 1. cit. läßt sich wohl auch im Proculianischen Sinne deuten, gibt übrigens doch noch zu einigem Bedenken Anlaß. Warum wohl war die Gültigkeit des zweiten Legats fraglich, wenn die Sache nicht schon zur Errichtungszeit dem Vermächtnißgeber gehört hatte? Wird angenommen, daß auch das zweite Legat ein Vindicationslegat war, so ist diese Frage leicht beantwortet nach altem Recht; zur Gültigkeit des Vindicationslegats war erforderlich, daß der Vermächtnißgeber schon zur Zeit der Testamentserrichtung quiritisches Eigenthum an der vermachten Sache hatte. Aber im Justinianischen Recht kommt darauf nichts

66) Dieses ist bei Ruppen S. 191. nicht mit abgedruckt, aber wohl S. 195 fg.

mehr an; selbst dinglicher Rechtserwerb durch Vermächtniß ist nur bedingt dadurch, daß die Sache sich in der Erbschaft befindet. Bei dem Damnationslegat und Fideicommiß, und so nach Justinianischem Recht bei allen Vermächtnissen ohne Unterschied der Form, sofern sie nur ein Forderungsrecht gewährten, war Eigenthum des Vermächtnißgebers an der vermachten Sache überall nicht erforderlich zur Wirksamkeit des Legats; nur war das Vermächtniß einer fremden Sache in der Regel unwirksam, wenn nicht der Vermächtnißgeber erweislich gewußt hatte, daß sie ihm nicht gehöre. Und dies mußte in Folge des Sc. Neronianum schon im classischen Recht auch dann gelten, wenn eine fremde Sache in Form eines Vindicationslegats vermacht war, das nun als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde. Demnach wäre die Gültigkeit des zweiten Legats in L. 44. §. 1. cit., wenn der Testator die ihm vermachte Sache als vermeintlich fremde vermacht hatte, jedenfalls nicht aus dem Grunde zu beanstanden, weil sie jenem zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht gehört habe, nach §. 11. J. de legatis aber auch nicht umgekehrt aus dem Grunde, weil die Sache schon zu jener Zeit demselben eigen gewesen sei⁶⁷⁾. Ulpian scheint daher an den Fall gedacht zu haben, wenn der Testator die ihm vermachte Sache, obwohl unkundig dieses Legats, doch nicht als fremde, sondern als eigene vermacht habe, indem er sie, aus anderem Grunde, ohnehin für die seinige hielt. Denkt man sich nun auch das zweite Legat als Vindicationslegat, so wäre Ulpian's Ausspruch zu deuten: das Legat ist gültig, und zwar als Vindicationslegat gültig, si voluerit testator legatum ad se pertinere oder ubi non repudiavit. Denkt man sich das zweite Legat als Damnationslegat, so würde es wohl in dem-

67) Vgl. Th. 46. S. 188 fg.

selben Falle keinem einfallen, dasselbe zu beanstanden, weil die Sache zwar wirklich eine eigene des Testators sei, aber aus anderem Grunde, als dieser glaubte; man könnte aber in dem umgekehrten Falle — *si non voluerit, si repudiavit* — sagen: das Legat sei ungültig, weil der Testator eine Sache als eigene vermacht habe, die es nicht war, und das hätte auch *si repudiavit*, den guten Grund für sich, daß der Testator, der nun erkennt, daß er die Sache irrig (aus anderem Grunde) für die seinige gehalten hat, durch die Ablehnung des Legats zu erkennen gibt, daß er sein Legat aufrecht zu erhalten nicht den Willen hat. Hieraus ergibt sich nun aber ein Bedenken dagegen, daß man das „*si voluerit*“ in L. 44. §. 1. cit. streng positiv verstehe als ein erklärtes Wollen, als Agnition des Legats. Wie denn, wenn der Testator=Legatar *ignorans adhuc* oder auch *postquam cognoverit* verstirbt, ohne sich über Annahme oder Ablehnung erklärt zu haben? Der Regel nach geht dann das Vermächtniß auf die Erben über mit-sammt der Befugniß, dasselbe anzunehmen oder abzulehnen: sollen nun diese die Macht haben, das von ihrem Erblasser angeordnete Legat seiner Wirksamkeit als Vindicationslegat zu berauben oder ganz unwirksam zu machen? Auf diese Frage in einem Fall wie L. 44. §. 1. cit. geht eine Stelle von Julian, L. 81. §. 6. D. de legat. I.

Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere decesserit et eundem Seio legaverit et heres Titii legatum non repudiaverit, Stichum Seius vindicabit.

Hier ist die vorstehende Frage bejaht; auch der Erbe des Legatars kann noch repudiiren; aber, wenn er es nun nicht thut, so kann Seius den Sklaven vindiciren, und das setzt voraus, daß dieser schon zur Zeit der Testamentserrichtung im Eigenthum des Titius gewesen. Das ist Sabinianisch. Dagegen kann jedenfalls, so viel mir

scheint, die L. 44. §. 1. cit. nicht zum Beweise dienen, daß Ulpian die Agnition des Legats als ein Requisit für den Erwerb des vermachten Eigenthums anerkannt habe.

Außerdem beruft sich Köppen nur noch auf eine Digestenstelle von Terentius Clemens, der vielleicht wie Julian der Schule des Sabinus anhing⁶⁸⁾: L. 59. D. de legat. II. Davon sagt Fitting a. a. O. S. 166. Num. 14., daß sie von allen ihm bekannten Stellen am deutlichsten von der Proculianischen Lehre auszugehen scheine. Ist aber unbestreitbar, daß auch der Sabinianer von repudiare legatum, von velle legatum ad se pertinere reden konnte, so ist sie für unsere Frage von keinem Gewicht. Das Fragment, einem Commentar ad legem Juliam et Papiam entnommen, hat verschiedene Erklärungen und Emendationsversuche erfahren⁶⁹⁾. Hier genügt uns Folgendes zu bemerken: In Frage stand der Fall, wenn zugleich einem Sklaven und daneben dem Herrn desselben eine und dieselbe (ganze) Sache vermacht war⁷⁰⁾. Darin lagen zwei verschiedene Legate, wie sich das deutlich zeigte, wenn der Sklave ante diem legati cedentem die Freiheit erlangte oder in die Gewalt eines anderen Herrn übergegangen war; dann verhielt sich's gerade so, wie wenn ihm selbst als freier Person oder als Sklaven

68) Die auch noch angeführte Stelle aus Pauli sentt. III. 6. §. 7. ist hier von gar keinem Belang; sie spricht von der Transmission der Vermächtnisse post diem legati cedentem ante aditam hereditatem; vgl. oben S. 204 fg.

69) Vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l. Westphal I. §. 746.

70) „Si mihi pure, servo meo vel pure vel sub conditione eadem res legata est“ Hinzuzudenken ist „per vindicationem“; auf ein Damnationslegat paßte nach classischem Recht das Folgende nicht.

seines jetzigen Herrn, und dem früheren Herrn eadem res per vindicationem legata erat. War aber der Slave noch die legati cedente im Eigenthum desselben Herrn, so war nun diesem das Legat derselben Sache zugleich ex sua persona und ex persona servi angefallen. Nun lehnt der Herr das ihm selbst hinterlassene Legat ab, nimmt aber nachher das dem Slaven hinterlassene Legat an als durch diesen ihm angefallenes Vermächtniß⁷¹⁾; bekommt er so die ganze legitime Sache? Das war die Frage. Wäre ein Freier oder ein fremder Slave mit ihm Vermächtnißnehmer, so würde die Regel Anwendung finden: concursu partes fieri; aber in Folge der Ablehnung des Einen der ihn treffende Theil iure antiquo und wiederum nach Justinianischem Recht dem Andern anwachsen; nach der lex Papia aber war das ius accrescendi ausge-

- 71) Die Stelle fährt fort: „egoque legatum quod mihi datum est, repudiem, deinde condicione existente id, quod servo meo legatum est, vellem ad me pertinere.“ — Die Worte „existente condicione“ schlägt Mommsen vor zu streichen; ohne Zweifel mit Recht, als ein durch das vorhergehende „sub condicione“ veranlaßtes unüberlegtes Glossen. Wären sie echt, so müßte entweder das vorhergehende „vel pure vel“ gestrichen oder angenommen werden, daß nach „deinde“ etwas ausgefallen sei. War beiden, dem Herrn und dem Slaven, pure legirt, so war freilich in der Regel wohl die unbedingte Ablehnung des Legats auf beide Legate zu beziehen, während das dem Slaven unter Bedingung hinterlassene Legat vor Erfüllung derselben noch gar nicht wirksam abgelehnt werden konnte, da es noch darauf ankam, ob die legati cedente der Legatar noch lebte und noch Slave desselben Herrn war. Aber auch im ersten Falle läßt es sich doch wohl denken, daß der Herr sich bewogen fand, ausdrücklich nur das eigene Legat abzulehnen, z. B. weil es mit einem lästigen Fideicommiss beschwert war, das des Slaven aber anzunehmen. Vgl. übrigens L. 55. pr. D. eod. über einen verwandten Fall.

schlossen; durch die Ablehnung von Seiten des Einen war dessen Theil vacant geworden (*pars deficiens*), aber unterlag nun der *caduci vindicatio*. Nach diesem Rechte nun und von dem Gesichtspunkte aus, daß hier eigentlich zwei Legate derselben Sache an verschiedene Subjekte vorlagen, ist, wie Terentius Clemens angibt, in obigem Falle *respondit* worden: *partem legati deficere*, d. h. der Herr könne nicht, nachdem er sein Legat abgelehnt, durch das Legat des Slaven doch noch die ganze Sache erlangen, da seine *pars* als *deficiens* dem Aerar oder einem *heres* oder *legatarius pater* anheimgefallen sei. Nachdem die *constitutio de caducis tollendis* schon beschlossen war, hätten die Compileren dies eigentlich nicht aufnehmen sollen; im Justinianischen Rechte hatte jenes *Responsum* nicht mehr seine alte Bedeutung; nach L. un. Cod. de cad. toll. mußte die *deficiens pars* dem andern Legat zuwachsen, und so erhielt der Herr, der sein Legat abgelehnt, doch die ganze Sache, wenn er nachher das Legat des Slaven erwarb, ebenso, wie darnach unzweifelhaft der vor Erfüllung der Bedingung seines Legats freigewordene Slave oder ein neuer Herr desselben *iure accrescendi* die ganze Sache bekam. Indessen hatte Terentius Clemens jenes *Responsum* mit einer Bemerkung begleitet, die nach dem handschriftlichen Text wohl nur in dem Sinne zu deuten ist, daß der Herr, wenn der Slave zur Zeit der Erfüllung der Bedingung noch lebe (und noch in seiner Gewalt sei), ungeachtet der Ablehnung seines Legats nun doch die ganze Sache durch den Slaven erwerben könne, indem es so aufzufassen sei, daß er nur das eine der beiden Legate, aber dieses ganz, nur einmal das ganze Legat, erwerben wolle, und das wird als *aequius* gebilligt ⁷²). Consequent war dies nach

72) „nisi si quis dubitet, an existente condicione, si servus vivat, omnimodo legatum meum fiat, quod

damaligem Rechte nicht; es zeugt von der Geneigtheit der classischen Juristen, die caducarischen Gesetze in der Anwendung knapp zu halten. Den Compilatoren aber war dieses *aequius* anlockend, weil es im Resultat zusammentrifft mit dem, was nach Beseitigung jener Gesetze die Consequenz ergibt. Nach diesen Bemerkungen wird man wohl zugeben, daß der L. 59. cit. oben für unsere Frage mit Recht alles Gewicht abgesprochen wurde. Die Frage war nicht, ob die vermachte Sache *post aditam hereditatem continuo* erworben werde, wie Gaius II. §. 204. sich ausdrückt, oder erst durch *agnition*, — sondern, ob durch Ablehnung des einen Legats *pars deficeret*, gleichwie wenn ein Collegatar ablehnt, daher nach Gai. II. §. 206. *caduca fieret*, also durch Annahme des anderen Legats der Herr nicht die ganze Sache erwerbe, sowenig wie der annehmende Collegatar? Daß das Ablehnen durch *repudiare*, wie das Ablehnen des Collegatars in §. 8. J. II. 20 durch *spernere*, das Annehmen durch *velle ad se pertinere* ausgedrückt wird, kann hier um so weniger etwas gegen die Sabinianische Ansicht beweisen, da man sich den Anlaß zum *Responsum* füglich so vorstellen kann, daß Jemand, ehe er sich über Annahme oder Ablehnung entschieden hatte, dem *iuris auctor* die Anfrage stellte: was ist Folge, wenn ich das eine Legat ablehne, dann aber das andere annehmen möchte?

Können wir hiernach nicht zugeben, daß in den von Röppen a. a. O. S. 191. angeführten Stellen entgegen der Sabinianischen Ansicht die *agnition* des Legats als

semel ad me pertinere voluerim; quod aequius esse videtur.“ Klar ist der Ausdruck nicht, vielleicht in Folge von Interpolation. Einen ganz anderen Sinn hat man hineingelegt mit der Emendation *voluerit* oder *noluerim* anstatt *voluerim*.

ein Requisit für den Erwerb des legitimen Rechtes anerkannt sei, so liegt uns jetzt ob, die weiterhin S. 194. fg. von demselben vorgebrachten Beweise für die spätere Herrschaft der Proculianischen Ansicht über den streitigen Punkt zu prüfen. So lange nach Antretung der Erbschaft der Legatar das Legat weder angenommen noch abgelehnt hat, ist Eigenthümer der legitimen Sache keiner, weder der Legatar noch der Erbe, „ließ sich als solcher weder der Erbe noch der Legatar, also Niemand, mit Bestimmtheit bezeichnen“, ex postfacto aber entscheidet es sich durch die Ablehnung, daß der Erbe, durch die Annahme, daß der Legatar Eigenthümer ist, und dieses Eigenthum wird nun rückwärts als schon im Zeitpunkt der Erbantretung begonnen angesehen und beurtheilt. So wird S. 193. die Proculianische Ansicht charakterisirt, und daß nun dieser Gesichtspunkt in Behandlung der *res dubia*⁷³⁾ schon von den Sabinianern Julianus und Pomponius als maßgebender bezeichnet und die ursprüngliche Ansicht der Sabinianer später von Niemanden mehr vertheidigt worden sei, „wie es einer kaiserlichen Constitution gegenüber auch nicht anders sein konnte“: dafür werden zum Beweise angeführt: a) L. 86. §. 2. D. de legat. I. (Julian.), b) L. 8. D. de reb. cred. XII. 1. (Pompon.), c) L. 15. D. de reb. dub. XXXIV. 5. (Marcian.), d) L. 80. D. de legat. II. (Papinian.), e) L. 44. §. 1. D. de legat. I. (Ulpian.), f) L. 38. §. 1. D. de legat. I. (Pompon.), g) L. 13. D. de cond. instit. XXVIII. 7. (Julian.), h) L. 3. D. de

73) L. 15. de reb. dub. XXXIV. 5. Quaedam sunt, in quibus *res dubia* est, sed ex post facto retroducitur et apparet quid actum est. — Es wird dabei auf die Behandlung des Falles, wenn ein nothwendiger Zweifel über das Erbrecht besteht, Bezug genommen, worüber Köppen a. a. O. S. 151 fg.

servit. leg. XXXIII. 3. (Marcell.), und zuletzt auch noch zur Bestätigung für das Justinianische Recht h) L. 7. §. 9. Cod. de curat. fur. V. 70.

Allein diese Stellen können zum Theil mindestens mit eben so viel Recht als Beweise für die Fortdauer und Reception der Sabinianischen Auffassung benützt werden. So die oben schon besprochene L. 44. §. 1. cit. So die Stellen unter b. und c., falls der Erbe die vermachte Sache veräußert hat, ehe der Legatar sich erklärte („si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit“), so, sagt L. 15. cit. „si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est⁷⁴⁾, si vero repudiaverit, valet. Will hier das positive „voluerit“, gepreßt werden, so kann dagegen betont werden, daß es im Folgenden heißt: „Tantum est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres; nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur“, und eben so lesen wir in L. 8. cit. „Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit.“ Das ist richtig nach der Ansicht beider Schulen⁷⁵⁾.

74) Vermuthlich ist hier *tradiderit* interpolirt für *mancipio dederit vel in iure cesserit, traditio* für *mancipatio vel in iure cessio*; die Traditio war doch nicht nulla, insofern sie den Besitz der Sache übertragen hatte; nur das Eigenthum hatte sie dem Besizerwerber nicht gewährt.

75) Traillsheim hat mit Recht L. 15. cit. als nicht beweisend für die Sabinianische Ansicht abgewiesen (§. 9. Anm. 46.), hält dagegen L. 8. cit. für beweisend. Aber dazu kommt er nur, indem er ein bedingtes Darlehen voraussetzt, wozu das Item nicht berechtigt. — Der Schluß

Die Stelle Julian's unter a ist ebensowenig entscheidend. Wenn derselbe sagt, des vermachten Sklaven status „et omnium, quae personam eius attingunt“, sei einstweilen „in suspenso“, so stimmt dies allerdings zu der Proculianischen Ansicht; wenn er aber fortfährt: „nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur; si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegetur“, so kann man darin den vollkommensten Ausdruck der Sabinianischen Ansicht finden, wie sie Gaius II. §. 195. charakterisirt; im Resultat mußten ja in dieser Beziehung beide Schulen nothwendig zusammentreffen⁷⁶). Ganz entsprechend der Sabinianischen, aber doch nicht unvereinbar mit der gegnerischen Ansicht ist ferner Papinian's gewichtiger Ausspruch in L. 80. cit.:

der L. 8. cit. lautet: Nam Julianus ait, et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, quum repudiatum sit legatum aut (adpositum). Statt des letzten Wortes setzt Röppen S. 195. ohne eine Andeutung der Zweifelhafteit und Bedenklichkeit dieser Lesart: *acquisitum*. Daß auch dieser Satz keinen Beweis gibt gegen die Sabinianische Ansicht, ist klar, es sei denn, daß man in dem Worte repudiatum allein genügenden Beweis findet. Vgl. oben S. 282.

- 76) „Secundum hanc regulam“, sagt Julian, „et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his quae legata ei vel donata fuerunt, statuatur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur“. Hier hat Julian ohne Zweifel statt „per traditionem acceperit“ geschrieben „mancipio acceperit“, wie schon aus der Zusammenstellung mit der Stipulation zu schließen ist. Besitz konnte der Sklave nicht ohne Wissen und Willen des Herrn erwerben, also auch nicht Eigenthum durch Tradition, es sei denn *ex peculiari causa*. Hätte der Legatar dem vermachten Sklaven Auftrag zum Besitzerwerb gegeben, so würde darin schon Annahme des Legats zu erkennen sein.

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas: quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, numquam factum heredis.

Verkehrt wäre es, den ersten Satz so zu deuten: wie durch Annahme der Erbschaft das Eigenthum aller Erbschaftsachen dem Erben, so werde durch Annahme des Legats das Eigenthum der einzelnen Sache dem Legatar erworben; es gab ja auch *necessarii heredes*, *Papinian* sagt: Wie die Erbfolge den Erben ohne weiters zum Eigenthümer aller Sachen macht, die zur Erbschaft gehören, von denen er nicht einmal Kunde zu haben braucht, so bringt das Legat dem Legatar das Eigenthum der vermachten einzelnen Sache unmittelbar als vom Erblasser her auf ihn übergegangenes Recht, ohne Vermittelung durch den Erben. Vorausgesetzt aber wird, daß der Legatar nicht ablehnt; denn alsdann *perinde est, atque si legatum non esset*, das Vermächtniß ist als nicht vorhanden zu betrachten und so die *causa* des Eigenthumserwerbes in der Wurzel zerstört⁷⁷). — Einen schlagenden Beweis, daß schon die späteren *Sabinianer* nur noch die Ansicht des *Proculus* zur Anwendung brachten, findet Köppen in der Stelle von *Pomponius* unter f. Sie lautet:

Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit. —

77) Es liegt eine gewisse Feinheit in dem Ausdruck „*si . . . legatarius non repudiavit defuncti voluntatem*“, nicht wie in *L. 44 §. 1 D. de leg. I.* „*rem legatam*“. Der Legatar weist die Liberalität des Verstorbenen gegen ihn zurück. So vielleicht auch *legatum (subst.) repudiare* (*l. 80. cit. l. 86. §. 2. D. leg. I.*).

Soweit, möchte man finden, sei ja die Sabinianische Ansicht über die Wirkung der Ablehnung des Legats ausgedrückt. Aber nun die Folgerung?

et ideo dicimus nec confusas servitutes, si forte praedium mihi legatum praedio meo debuerit servitutes, et integra furti actio manebit, si servus legatus sit ei⁷⁸⁾, cuius nomine furti agere poterit legatarius.

Wäre das Grundstück, der Slave, ipso iure in das Eigenthum des Legatars übergegangen, so wären die Servituten, die furti actio untergegangen, weil Niemand an seinem eigenen Grundstück eine Servitut haben, nicht wegen eines von einem Slaven begangenen Diebstahls noxalis actio noch stattfinden kann, wenn der Bestohlene selbst des Diebes Herr geworden ist. Es hätte also nur von einer Restitution jener Rechte die Rede sein können nach Analogie von L. 70. pr. L. 116. §. 4. D. de legat. I. Davon sage Pomponius nichts; also! er war in diesem Punkte Proculianer geworden! Das findet Köppen schlagend. Wir dagegen stellen uns vor, daß dem Pomponius ein proculianischer Köppen obige Bedenken vorgebracht habe. Darauf erwiderte jener: Nun, wenn das Legat abgelehnt wird, so ist das ja nach der Ansicht unserer Schule einer völligen Vernichtung des Legats gleich zu achten, als wäre gar nicht legirt worden. Daher sagen wir, die Anhänger des Sabinus und Cassius, daß in dem vorgelegten Falle eine Erlöschung der Servituten gar nicht eintrete, die furti actio des Legatars unverfehrt bleibe. Das scheint mindestens eben so schlagend

78) Dies *ei* ist überflüssig und störend; Pal o a n d e r verwirft es; leidlicher stände es nach *manebit*; jedenfalls ist das Relativum *cuius* auf *servus* zu beziehen, das *ei* auf *legatarius*.

dafür zu sprechen, daß Pomponius noch ganz als Sabinianer dachte ⁷⁹).

Es sind nur noch die zwei Stellen unter g. und h. übrig, die Bedenken erregen könnten gegen die Fortdauer der Sabinianischen Ansicht und, wie Köppen S. 198 sagt, keines Commentars bedürfen. In L. 13. cit. sagt Julian:

Ei, qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, neque hereditas neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptas heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet.

Dies deutet allerdings auf ein Thun des Legatars nach Erfüllung der Bedingung hin, um das Legat zu erwerben; es legt den Gedanken nahe, daß der Legatar erst jetzt noch das Legat agnosciren müsse, wie der scriptus heres die Erbschaft anzutreten hat, um sie zu erwerben, nach classischem Recht wohl meistens in förmlicher Weise, cernendo. Als das wesentliche Moment in der Bemerkung Julian's kann jedoch füglich wohl das aufgefaßt werden, daß man die Erfüllung der Bedingung „si decem dederit“ noch nicht als Antretung der jetzt erst deferrirten

79) Vgl. Grailshelm a. a. O. S. 385. Treffend führt dieser zur Vergleichung L. 57. D. de usufr. VII. 1. an, wo Papinian sagt: „mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit“, in dem Falle, wenn dem Usufructuar das Eigenthum des dienenden Grundstücks vermacht und von demselben das Grundstück auch als eigenes in Besitz genommen war, dann aber in Folge der querela inofficiosi das Testament rescindirt und dadurch auch das Legat des Eigenthums vernichtet wurde. Vgl. Cuiac. in lib. VII. respons. Pap. ad L. 57. cit. (opp. IV. col. 1095 sq.).

Erbchaft oder als erklärte Annahme des Legats, cuius dies nunc demum cessit, ansehen dürfe, so daß jetzt der Erbe als solcher gebunden sei, der Legatar z. B. wegen eines ihm auferlegten Fideicommisses ohne Einwendung hafte, daß es vielmehr noch von dem nachherigen Verhalten des Erben oder Legatars abhängt, ob ihm die Erbschaft oder das Vermächtniß wirklich erworben werde⁸⁰). Zudem berührt L. 13. cit. nur den Fall eines bedingten Vermächtnisses (Gai. II. §. 200) und nicht bloß eines Vindicationslegats, nicht den eines unbedingten Vindicationslegats (Gai. II. §. 195). Können wir hiernach nicht zugeben, daß deutlicher nicht, als es in L. 13. cit. geschieht, der ipso iure eintretende Erwerb des Eigenthums der per vindicationem vermachten Sache in Abrede gestellt werden könne, so müssen wir entschieden widersprechen, daß entschiedener als von Marcellus in L. 3. cit. das Erforderniß der Agnition zu jenem Erwerb nicht anerkannt werden könne, indem er schreibt:

Si fundum Maevio et ad eum viam per alium fundum et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum, quia neque adquiri per partem servitus possit; et si prius Maevius fundum vindicaret altero deliberante, posse dubitari,

80) Vgl. Traillsheim a. a. O. S. 389. fg. „Die angeführte Sprechweise läßt sich dadurch erklären, daß der Jurist, dem es nur um obige Frage zu thun ist, für Erbschaften und Vermächtnisse einen Ausdruck gebraucht, der eigentlich nur für jene paßt.“ — Mir scheint, daß Julian nach einem für beide passenden unverfänglichen Ausdruck gesucht hat „si id egerit . . . per quod adquiri solet;“ er hätte sonst wohl bestimmter gesagt: *si scriptus heres adierit hereditatem aut legatarius legatum agnoverit*. Vgl. unten §. 1525. c.

an, si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset? et hoc magis videbatur.

Diese Stelle ist kritisch sehr beanstandet⁸¹⁾; ihr Inhalt ist im Wesentlichen klar: Dasselbe Grundstück ist per vindicationem separatim dem Mävius und dem Titius vermacht, jenem zugleich mit einem Wege zu demselben über ein anderes dem Erblasser gehörendes Grundstück, dem Titius ohne dieses Wegerecht. Nun kann aber eine Grunddienstbarkeit als untheilbares Recht nicht bloß für einen von mehreren Eigenthümern, nicht bloß für die ideelle Hälfte des Grundstücks erworben werden; also ist das nur dem Mävius, nicht dem Titius, hinterlassene Legat des Wegerechts erfolglos, wenn beide einander auf die Hälfte beschränkend das Eigenthum des vermachten Grundstücks, dem die Servitut zustehen sollte, erwerben. Gesezt nun aber, Mävius macht zuerst das Legat des Grundstücks geltend, während Titius noch im Zweifel ist, ob er dasselbe nicht ablehnen soll, dann aber lehnt dieser es ab, kann nun Mävius die ihm legirte Servitut in Anspruch nehmen? Was mochte denn ein Bedenken erregen, diese Frage zu bejahen, da doch Mävius nun entschieden Allein-Eigenthümer des berechtigten Grundstückes ist? Wie es scheint,

81) Vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l. und Mommsen Dig. vol. II. pag. 114. not. 4—7. Der letzte schlägt vor, für legato zu lesen Maevio; vielleicht besser „sine via legata“? — Nach *quia* hatte schon Hotman eingefügt: „alterius legatarii persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur“, hergenommen vom Schluß der L. 3. cit., wo es nicht wohl paßt, während nach *quia* gegenüber dem folgenden *neque* ein Satz vermißt wird; so auch Cuiacii obs. XXIII. 11. Diese Versekung billigt auch Mommsen, jedoch mit Streichung der Worte „solidus fundus cum“. — Statt *possit*; et liest man besser mit Mommsen: *possit*; sed.

nur Folgendes: Kraft des Vindicationslegats sind Mävius und Titius *adita hereditate ipso iure* Eigenthümer des Grundstücks geworden, jeder zur Hälfte; ebenso wäre *ipso iure* die Servitut erworben, wenn das Legat derselben zu Recht bestände; das thut es aber nicht, *quia pro parte servitus adquiri non potest*; nun kann zwar Mävius, wenn Titius ablehnt, *iure accrescendi* Allein-Eigenthümer werden; aber da fragt es sich doch, ob dieser Umstand auf das Legat der Servitut erhaltend zurückwirke? Indessen nach Sabinianischer Ansicht war es nach Ablehnung eines Legates *perinde atque si legatum non esset*. Wenn also Titius ablehnte, so verhielt es sich ebenso, als wenn dem Mävius allein ohne Concurrenten das Grundstück vermacht und somit *adita hereditate* ihm allein das Eigenthum erworben sei, und so denn auch dem Rechtsbestande der nur ihm vermachten Servitut nichts entgegenstehe. So erklärt sich diese Stelle ganz entsprechend der Sabinianischen Ansicht und analog der Entscheidung des Pomponius in L. 38. §. 1. D. de legat. I. Wie dort in Folge der Ablehnung eines Legats die Erlöschung einer Servitut durch *confusio* als nicht eingetreten dargestellt wird, so ist hier ein Hinderniß des Erwerbes der Servitut als gar nicht bestanden angenommen⁸²). Wie aber in der L. 3 cit. eine entschiedene Anerkennung des Erfordernisses der *Agnition* gefunden werden kann, vermag ich nicht einzusehen; in dem Gebrauch der Worte *vindicare* und *omittere* ist sie nicht zu finden. Versteht man *vindicare* als Anstellung der *rei vindicatio*, so konnte man sagen: solange Titius sich noch bedenkt, kann Mävius nur klagen: „*fundum pro parte dimidia suum esse*“, und so kann ihm auch durch Urtheil gegen den Erben nur das halbe Eigenthum zuerkannt wer-

82) Vgl. H. Fitting über den Begriff der Rückziehung (1856) S. 97. fg.

den; wenn nun erst Titius ablehnt und so jener Alleineigenthümer wird, steht ihm jener Vorgang nicht entgegen, wenn er nun auch die vermachte Servitut vindicirt? die Frage wird mit Recht bejaht; denn in Folge der Ablehnung das Collegatars Titius accrescirt ihm ipso iure dessen Theil, als ob er nicht mit ihm concurrirt hätte, und es stellt sich die Sache so, als ob Mävius allein seit Antretung der Erbschaft Eigenthümer des vermachten Grundstücks gewesen sei⁸³).

Es bleibt uns endlich noch übrig, auch den Ausspruch Justinian's zu erwägen, welchen Köppen zum Schluß seiner Beweisführung auführt als bestätigend, daß im Justinianischen Rechte geblieben sei, was er für das vorjustinianische Recht seit Antoninus erwiesen zu haben glaubt. In L. 7. §. 8. Cod. de curat. fur. V. 70. erklärt Justinian: eine dem Wahnsinnigen deferirte Erbschaft könne zwar bzw. solle dessen Curator für denselben provisorisch in Besitz nehmen, definitiv erworben aber werde sie jenem nur, wenn er zu Verstand gekommen selbst die Erbschaft antrete; falls er dagegen im Wahnsinn verharrend sterbe, werde sie nunmehr denjenigen deferirt, welche jetzt nach dem Wegfallen des Wahnsinnigen als nächstberechtigte zu der diesem deferirten, nicht definitiv erworbenen Erbschaft vortreten. Daran schließt sich dann (§. 9) Folgendes an:

Legatis autem procul dubio vel fideicommissis

83) Vgl. oben S. 76. fg. S. 87 fg. So lange noch die lex Papia bestand, konnte im vorgelegten Falle das Legat der Servitut nur Bestand haben, wenn Mävius das ius antiquum in caducis hatte, es sei denn, daß Schneider mit Recht behauptet habe, das abgelehnte Legat habe nicht der caducui vindicatio unterlegen. Vgl. oben S. 84. Anm. 3.

ceterisque acquisitionibus furioso acquirendis et substantiae eius adgregandis: sin autem ipse resipuerit et noluerit ea admittere et aperte haec respuerit vel heres eius hoc fecerit, a substantia eius illico separandis, quasi nec fuerant (fuerint) ab initio ad eum devoluta, et legitimum tramitem ambulantes, substantiam furiosi neque praegravantibus neque adiuvantibus.

Dazu nun gibt Köppen S. 199 fg. folgenden frappanten Commentar: „Während die einem furiosus angefallene Erbschaft, falls er im furor verstirbt, an die nun nächsten Erben seines Erblassers gelangt, muß das ipso iure erworbene Recht des Vermächtnisses, da es vererblich ist, beim Vermögen des furiosus bleiben.“ Entschließt sich aber der sanae mentis gewordene Wahnsinnige selbst oder auch dessen Erbe, „die legitimen Rechte nicht haben zu wollen“, so „trennt sich das Recht des Vermächtnisses von seinem Vermögen, als ob die Delation niemals Statt gefunden hätte.“ Der Ausdruck devolvere wird in den Quellen überall identisch mit deferre gebraucht. Justinian spricht also auch nur von einer Vererbung des dem furiosus deferirten Vermächtnisses, d. i. der petitio legati (in Köppen's Sinn), aus welcher das Recht der Repudiation zusteht, und die, nur äußerlich ein Bestandtheil des hinterlassenen Vermögens, zugleich mit diesem auf den Erben übergeht, aber als bloße facultas acquirendi, aus welcher denn eben auch der Erbe noch „die legitimen Rechte“ agnosciren oder repudiiren kann. Lehnt der nächst Berufene die Erbschaft des Wahnsinnigen ab, so geht mit ihr dasselbe Recht auf denjenigen über, der nach jenem Erben wird; mag aber die Erbschaft Niemand haben, auch der Fiscus nicht, und wird daher der Concurrs über den Nachlaß eröffnet, dann „geht die petitio legati unter, und das Vermächtniß bleibt beim Onerirten; denn die Gläu-

biger haben nur einen Anspruch auf die bona, zu denen jenes Recht nicht gehört."

Das ist der Schlusssatz der Beweisführung Köppen's und, wenn er richtig ist, ein praktisch sehr wichtiger. Ist er richtig in Beziehung auf das einem Wahnsinnigen hinterlassene Vermächtniß, so muß er in allen Fällen Anwendung finden, wenn ein Vermächtnißnehmer gestorben ist, ohne über Annahme oder Ablehnung des Vermächtnisses sich erklärt zu haben, insbesondere in allen Fällen, wenn derselbe von dem Anfall des Vermächtnisses vor seinem Tode keine Kunde erhalten hat und darum das Vermächtniß weder ablehnen noch annehmen konnte, und so denn auch, wenn derselbe als Kind gestorben ist und zur Zeit noch keinen Vormund hatte oder auch der nachlässige Vormund sich um das Vermächtniß nicht bekümmert hat. Der Satz ist höchst frappant und allein schon geeignet, gegen die ganze Auffassung des Verfassers Verdacht zu erregen. Dem Wahnsinnigen ist ein Haus vermacht; sein Curator nimmt es in Besitz; der Wahnsinnige stirbt; die Erbschaft wird abgelehnt, weil sie mit Inbegriff des Werthes des Hauses nicht zur Zahlung aller Schulden ausreicht; es wird der Concurß eröffnet; alsdann nimmt derjenige, dem das Legat des Hauses auferlegt war, dieses zurück; die Gläubiger können es nicht in Anspruch nehmen. Ja, wenn etwa der Curator des Wahnsinnigen auf das Haus eine Hypothekarschuld aufgenommen hätte, könnte konsequent behauptet werden, dasselbe falle hypothekfrei an den Vermächtnißträger zurück, weil es dem Wahnsinnigen nie erworben worden. Das wäre im Sinn Justinian's? Obiger Commentar zu L. 7. §. 9. cit. ist übrigens ohnehin unhaltbar. Vorerst ist es nicht wahr, daß überall in den Quellen devolvere identisch mit deferre gebraucht wird, in dem Sinne, daß, wie durch die Delation der Erbschaft, nur eine facultas acquirendi gewährt sei. Dirksen's

Manuale v. devolvere, worauf der Vf. verweist, liefert den Gegenbeweis. „*Dominio ad aliquem devoluto*“, lesen wir in der dort angeführten L. 13. §. 5. D. quod vi aut clam XLIII. 24., und als Beispiel wird angeführt das durch Autretung der Erbschaft dem Erben erworbene Eigenthum des erbchaftlichen Grundstücks. In L. 32. D. de legat. III. sind „*bona devoluta*“ erworbenes Vermögen⁸⁴⁾; in L. 51. D. de iud. V. 1. L. 96. §. 4. D. de solut. XLVI. 3. L. 9. D. de iure fisci. XLIX. 14. ist selbst „*hereditas devoluta*“ erworbene Erbschaft, und wenn in L. 77. §. 29. D. de legat. II. von einer „*possessio iurè successionis devoluta*“ die Rede ist, so wird dabei doch wohl an wirklich erlangte (*honorum*) *possessio*, nicht erst an eine bloße *facultas possessionem acquirendi* zu denken sein. In L. 7. §. 9. cit. aber kann vollends „*devoluta*“ nicht als identisch mit „*delata*“ verstanden werden. Das ist unverträglich mit den vorhergehenden Worten „*Legatis . . . furioso acquirendis et substantiae eius adgregandis*“, welche doch wahrlich nicht auf ein nur äußerlich mit dem Vermögen des Wahnsinnigen (*substantia furiosi*) verbundenes Recht, das selbst noch kein Vermögensrecht, zu deuten sind, zumal da neben den Legaten und Fideicommissen auch *ceterae acquisitiones* genannt werden, worunter alle möglichen dem Wahnsinnigen ohne sein Zuthun und Wissen angefallenen Rechtserwerbe gedacht werden können. Wenn man aber auch das *devoluta* als gleichbedeutend mit *delata* annimmt, so hat doch der Satz: „*quasi nec fuerint ab initio ad eum devoluta*“ in Beziehung auf Vermächtnisse wesentlich keine andere Bedeutung als das Sabinianische „*perinde atque si legatum non esset*“. So, kann mit Recht gesagt werden, finden

84) Vgl. Th. 47. S. 112 fg.

wir in L. 7. §. 9. cit. den klaren Ausdruck der ursprünglichen Sabinianischen Ansicht und gibt diese Stelle ein redendes Zeugniß für die fortdauernde Herrschaft dieser Ansicht. Und dies wird denn auch bestätigt durch die schon zu Anfang des §. 1525. (S. 203. Anm. 17, S. 205.) benutzten Stellen: L. 16. §. 1. D. qui test. fac. XXVIII. 1. L. 24. pr. D. de O. et A. XLIV. 7., welche aussagen, daß dem Wahnsinnigen Legate und Fideicommissen erworben werden können, weil dieser Erwerb ohne Wissen und Willen vor sich gehe. Ganz unangreifbar ist die Beweiskraft der L. 16. §. 1. cit. auch für den ipso iure eintretenden Eigenthumserwerb, wenn man Mommsen's Emendation („perinde res actionesque“) annimmt; darnach wäre auch dem Cuiacius, der nur den Erwerb dinglicher Rechte ipso iure nicht zugeben wollte, jede Ausflucht abgeschnitten⁸⁵⁾. Gegen Köppen aber beweist sie auch nach dem handschriftlichen Texte, in Verbindung mit L. 24. pr. cit., weil er Agnition des Vermächtnisses ohne Unterschied bei allen Vermächtnissen zum Erwerb „der legitirten Rechte“, auch des Forderungsrechts aus dem Vermächtniß, für erforderlich hält. Zwar hat derselbe in der nachträglichen Berichtigung (S. 377.) gegen Fitting doch auch dagegen noch sich zu decken versucht, aber mit schwächlichem Schilde; er wiederholt nur, daß die Römer das Recht auf das Vermächtniß, das Recht nemlich, das Vermächtniß anzunehmen oder abzulehnen, eben so bezeichnen, wie die Klage auf den vermachten Gegenstand, also wie die Vermächtnißforderung, „weil, wo der Legatar diese verfolgt, jenes Recht von ihm geltend gemacht wird.“ Uebereinstimmend mit Marcellus in L. 16. §. 1. cit. sagt Pomponius in L. 24. pr. cit. „ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem

85) Vgl. oben S. 265 Anm. 36., S. 278 fg.

etiam furiosi nomine incipit agi posse.“
 Deutlicher als durch die letzten Worte kann nicht das klagbare Forderungsrecht als erworben bezeichnet werden, und wenn dann z. B. angeführt wird: „veluti cum servus eius stipulatur, cum furtum ei fit, aut damnum ei dando in legem Aquiliam committitur“, so ist doch hier überall ein dem Wahnsinnigen erworbenes Forderungsrecht anerkannt; ebenso, wenn es vorher heißt „condictio furioso acquiritur“ (hier die sog. condictio de bene de pensis), und am Ende (§. 3) gesagt wird: „Et qui negotia furiosi gesserit, negotiorum gestorum ei obligatur“. Und wenn nun Pomponius, der Sabinianer, inzwischen einspricht: „idemque erit, si legatur ei vel fideicommissum ei relinquatur“, das soll zu verstehen sein, daß dem Wahnsinnigen nur die Röp-pen'sche petitio legati, die noch kein Vermögensrecht, ein Recht familienrechtlicher Natur ist, erworben sei? Gewiß mit Recht hat Erailshcim a. a. O. S. 388. dies als eine gezwungene Erklärung getadelt. Hier ist wohl am Platze die Bemerkung, daß Röp-pen mit seiner petitio legati überhaupt zu viel operirte. Es ist wahr, daß selbst classische Juristen öfter des Ausdrucks petitio legati sich bedienen, wo von dem Uebergang des Vermächtnisses auf die Erben die Rede ist⁸⁶⁾; petitio legati ad heredes trans-

86) In dem tit. Dig. quando dies. XXXVI. 2. kommt 17-mal vor transferri, transmitti, transire legatum; nur 2mal petitio transmittitur oder transit ad heredem. In L. 25. §. 1. cit. heißt es; „heres legatarii petitionem habet;“ in L. 19. §. 3. „ad heredem transmittit actionem, d. i. dort actionem ex testamento, ut liberatio praestetur.“ In L. 3. Cod. h. t. VI 53. (einem Rescript von Severus und Antoninus) wird von einer Pontianilla, die das Alter, auf welches ihr ein Legat hinterlassen war, erreicht hatte, gesagt: „petitionem ad heredem transmi-

mittitur“, das heißt: die (künftige) Geltendmachung steht auch noch den Erben zu; aber das Wort zu einer gewissermaßen technischen Bezeichnung des Rechts, das Vermächtniß anzunehmen, auszuprägen, ist eine unberechtigte artistische Leistung. Es ist auch dagegen einzuwenden, daß schon *post diem legati cedentem* jene Transmiffion der *petitio legati* angenommen wird, nach Köppen's eigener Theorie aber das Recht, das dadurch bezeichnet sein soll, die *facultas acquirendi*, erst *cum dies legati venit*, entsteht. Und wenn Köppen zur Rechtfertigung seiner Terminologie und Begriffbestimmung sich darauf beruft, daß „die Römer“ doch „auch das Recht des Delaten, Erbe zu werden,“ eben so *petitio hereditatis* nennen, dafür aber S. 185. zum Beweise nur *Pauli sentt. I. 13 B. §. 4.* anführt, so muß er bezüglich des Quellenbeweises sehr

sit, licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fideicommissum.“ Hier werde, sagt Köppen, die *petitio legati* ausdrücklich als das dem Legatar vor dem Erwerb des Legats zustehende Recht bezeichnet. Aber *consequi legatum* ist nicht nothwendig zu übersetzen „Erwerb des Legats“; es kann auch bedeuten „das Vermächte erhalten, z. B. die vermächte Geldsumme empfangen“ *L. 23. D. de dolo IV. 3. L. 12. D. de inoff. test. V. 2.*; in ähnlichem Sinn kommt das Wort *consequi* sehr häufig vor. Wird es aber für Erwerben des Legats genommen und dabei an den Fall gedacht, daß die Vermächtnißnehmerin zwar *post diem legati cedentem*, aber *ante aditam hereditatem* oder *diem legati venientem* gestorben sei, so hätte sie ja das fragliche Recht, die *petitio legati* im Sinne Köppen's selbst noch nicht gehabt. Das Rescript beweist für Köppen selbst nach dessen Auslegung nur, wenn man voraussetzt, daß das Fräulein erst *post aditam hereditatem*, aber vor erklärter Annahme des Legats gestorben sei, und als ausgemacht annimmt, daß ohne Agnition das Legat nicht erworben werde, d. h. wenn man das zu Beweifende als bewiesen in die Stelle hinein-

genügfame Leser finden, um sie für seine Theorie zu gewinnen⁸⁷⁾.

Nach dieser eingehenden Prüfung darf mit einiger Zuversicht erwartet werden, daß Röppen's Beweisführung ungeachtet seiner, ich möchte sagen, verführerischen Darstellung auch von Anderen als völlig mißlungen erkannt werde; ja, es sind darin schon Stellen der Quellen zur Besprechung gekommen, die unwiderleglich beweisen oder doch sehr wahrscheinlich machen, daß die Sabinianische Rechtsansicht in der späteren classischen Jurisprudenz wirklich das Uebergewicht gewonnen habe und so auch im Justinianischen Rechte recipirt sei. Ich hebe als solche namentlich hervor L. 5. §. 8. D. de reb. eor. XXVII. 9. (vgl. oben S. 280 fg.) L. 80. D. de legat. II. (S. 294 fg.) L. 38. §. 1. D. de legat. I. (S. 295 fg.), L. 7. §. 9. Cod. de curat. fur. verglichen mit L. 16. §. 1. D. qui test. fac. und L. 24. D. de O. et A. (S. 301 fg., 305 fg.).

legt. Röppen setzt zu seinem Commentar der L. 3. cit. noch hinzu: die *petitio legati* werde transmittirt „als dasjenige Recht, auf Grund dessen die *actio de legato* erworben werden kann,“ unter Bezugnahme auf L. 6. Cod. eod.: „*et posteaquam dies fideicommissi cessit, ignorans fideicommissum decessit, actionem huiusmodi acquiri potuisse, dissimulare non potueris* (nicht *poteris*, wie S. 185. Anm. 159. steht, wo auch vor *ignorans* nicht zu lesen ist: *rebus humanis, licet*). Aber man vergleiche dagegen L. 5. Cod. eod.: „*Ex his verbis: 'do lego Aeliae Severinae . . . decem, quae accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit', non conditio fideicommissio vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Ed ideo, si Aelia . . . die legati cedente vita functa est, ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum aetatis impleret.*

87) Vgl. oben S. 208 fg. Anm. 31, 33.

Es sind aber noch einige Fragmente zu besprechen, welche als positive Belegstellen jenen Beweis vervollständigen und die Meinung Röppen's vollends widerlegen, vor allen das eine, das dieser selbst als seiner Meinung widersprechend anerkennt, L. 19. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. VIII. 6. (Pompon. libro XXXII. ad Sabin.):

Si per fundum meum viam tibi legavero et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitatem ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo. Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitatem, tuum fundum vendideris, ad emptorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat: ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat.

Pomponius spricht von einer servitus viae per vindicationem legata. Ist die Erbschaft des Vermächtnißgebers angetreten, so ist das dingliche Recht der Servitut sofort dem Legatar erworben, obgleich er von dem Legat nicht einmal Kunde hat. Das liegt im ersten Satz; denn, wenn der Legatar noch unkundig zwei Jahre hindurch, so lehrte Pomponius⁸⁸⁾, sie nicht ausgeübt hat, so ist ihm die Servitut non utendo verloren; verlieren auf diese Weise aber kann man nur die schon erworbene Servitut. Sodann wird der Fall gesetzt, daß der Legatar das Eigenthum seines mit der Servitut begabten Grundstücks, immer noch unkundig des Legats, an einen Andern übertragen habe, z. B. an einen Käufer⁸⁹⁾, und dieser noch

88) Die Worte „per constitutum tempus ad amittendam servitatem“ sind Interpolation für „biennio“ oder „per biennium.“

89) Zu *vendideris* ist hinzudenken *et tradideris*, nach altem Recht vielleicht *mancipio dederis*.

vor Ablauf der Verjährungszeit das Wegerecht ausübe. Dann ist dasselbe endgültig mit dem Grundstück verbunden und der Legatar kann nicht etwa durch Ablehnung des Legats den Erwerb der Servitut noch rückgängig machen, da er nicht mehr Eigenthümer des berechtigten Grundstücks, also nicht der Servitutberechtigte ist. Der jetzige Eigenthümer kann nach Belieben die Servitut aufgeben, wie jede erworbene Servitut, aber nicht das Legat ablehnen, was nur von Seiten des Legatars oder seines Erben geschehen kann. Dem Legatar selbst in dem vorliegenden Fall, so lange er das Grundstück noch nicht veräußert hat, gesteht Pomponius stillschweigend das *ius repudiandi legatum* noch zu, nimmt also gar keinen Anstoß daran, obgleich er von der Sabinianischen Ansicht ausgeht, daß die Servitut dem Legatar *ipso iure* schon erworben sei. Was nun hier von der *servitus per vindicationem legata* gesagt ist, das mußte analog ebenso Anwendung finden auf das *Vindicationslegat* einer Sache; diese wurde *adita hereditate ipso iure* Eigenthum des Legatars, wenngleich dieser noch durch *repudiatio legati* den Eigenthumserwerb rückgängig machen konnte, und consequent mußte man behaupten, daß ihm auch hier das *ius repudiandi* nicht mehr zustehe, wenn er, noch unkundig des angefallenen Legats, aber aus anderem Grunde irrig die Sache für die seinige haltend, dieselbe einem Andern in der Absicht der Eigenthumsübertragung tradirt oder *mancipirt* hatte⁹⁰⁾; und consequent ist ebenso zu behaupten, daß dem Erben des Legatars, der die ihm *ipso iure* ohne sein Wissen angefallene Sache seinerseits als vermeintlich ihm ohnehin schon gehörende Sache einem Dritten vermacht hat, nicht zustehe, dieses Legat durch *Repudiatio*

90) Vgl. Ihering in den Jahrb. für Dogmatik II. S. 155 fg. Arndts Pand. §. 145. Anm. 2. a. C.

des seinem Erblasser hinterlassenen Legats willkürlich seiner Wirksamkeit zu berauben, weil die vermachte Sache ohne Wissen des Vermächtnißgebers eine fremde gewesen sei.⁹¹⁾

Und wie beschwichtigt unser Gegner das Bedenken, das auch ihm die L. 19. §. 1. cit. unabweislich erregen mußte? „Ein solcher Widerspruch“, so lesen wir S. 197, „kann bei einem Juristen nicht auffallen, der, als ein Zeitgenosse des Gaius, vor wie nach der Entscheidung der Controverse (durch Antoninus) lebte und daher, bis diese eintrat, der Ansicht seiner Schule folgte.“ Die L. 19. §. 1. cit., „wenn sie nicht vielleicht blos die Ansicht des Sabinus enthält“, muß aus einer Zeit stammen, „wo sich die Meinungen der beiden Schulen noch als gleichberechtigte gegenüberstanden“, und nur durch ein Versehen der Compilatoren ist sie in die Justinianische Gesetzgebung aufgenommen worden. — Erstaunlich! — S. 196. wird als schlagenden Beweis gebend, „daß schon die späteren Sabinianer nur noch die Ansicht des Proculus in Anwendung brachten“, vorgeführt L. 38. §. 1. D. de legat. I. Diese hat die Inscription: *Pomponius libro sexto ad Sabinum*; S. 197. finden wir, was eben angeführt ist, bemerkt über L. 19. §. 1. cit., und diese ist inscribirt: *Pomponius libro trigesimo secundo ad Sabinum*. Wer desungeachtet durch obige Bemerkungen sich beschwichtigen läßt, dessen Friedensstimmung ist durch keine Polemik zu alteriren.

Als die herrschende Meinung über die Reception der Sabinianischen Lehre bestätigend führt Traillsheim a. a. O. S. 388 mit gutem Grund noch an L. 91. §. 6. D. de legat. I. von Julian und L. 69. pr. D. eod. von Gaius⁹²⁾, und schließlich L. 1. §. 1. D. de

91) Vgl. oben S. 88, S. 278 fg.; Ehl. 46. S. 153 fg.

92) Vgl. oben S. 202 Anm. 14; S. 217 fg., S. 247 N. 1; S. 260 N. 25; Ehl. 46 S. 439 N. 8.

usufr. accresc. VII. 2., worin Ulpian billigend eine Sentenz aus dem 35sten Buch der Digesten Julian's vorbringt, welche ganz entsprechend der Sabinianischen Ansicht den einem Slaven zweier Herren vermachten Ususfructus zuerst als beiden Herren (selbstverständlich: ipso iure) erworben voraussetzt (utriusque domino adquisitus) und dann gleichwohl noch durch repudiatio legati von Seiten des einen Herrn denselben pro parte vacant werden läßt, wo es sich dann fragt, ob diese pars dem anderen Herrn accrescere oder an den Proprietar falle, eine Stelle, die nicht nur evident beweist, daß noch Ulpian der Sabinianischen Ansicht huldigte, sondern auch deren Reception im Justinianischen Recht um so mehr bestätigt, als sie erweislich von den Compilatoren mit Ueberlegung verarbeitet worden ist⁹³).

Mit Recht hat zudem schon Fitting a. a. O. S. 166. ganz besonders als beweisend den Umstand hervorgehoben, daß wir von der Proculianischen Lehre im Justinianischen Rechte kaum noch schwache Spuren finden⁹⁴), so daß, was Gaius über diesen Streit der Schulen berichtet, für uns ganz neu gewesen ist. Einiges Bedenken hat jedoch eine Stelle Ulpian's erregt, L. 13. §. 3. D. ad legem Aquil. IX. 2., welche nach dem florentinischen Text lautet:

93) Vgl. oben S. 146 fg. Anm. 97. fg.

94) Fitting führt als solche an L. 64. (in Mommsen's Ausgabe L. 65.) D. de furt. XLVII. 2. von Neratius, welche er in Anm. 13. mit Berichtigung der Interpunction gut erklärt, welche übrigens nur durch si voluerit die Proculianische Meinung verräth, wo Papinian in L. 80. D. de legat. II. sagt ubi non repudiavit (oben S. 294 fg.); L. 20. D. de legat. II. von Celsus (vgl. oben S. 25); L. 59. D. eod. (vgl. oben S. 288 fg.); L. 12. pr. D. de legat. I., wobei zu bemerken ist, daß Mommsen mit den Worten „Proculus ait“ nicht das pr. schließt, sondern den §. 1. beginnt (vgl. §. 1525. c.).

Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si non post mortem servi agnovit legatum: quodsi repudiavit, consequens esse ait Julianus dicere, heredi competere.

Darnach wäre dem Legatar, wenn er das Legat erst nach dem Tode des nach Antretung der Erbschaft getödteten Slaven annähme, die actio legis Aquiliae abgesprochen; nach der Sabinianischen Ansicht müßte diese ihm zugesprochen werden, wenn er nur nicht ablehnt, da er darnach adita hereditate ipso iure etiam ignorans Eigenthümer des vermachten Slaven geworden wäre. Traillsheim a. a. D. S. 389. versucht zwar die Stelle als nicht widersprechend der Sabinianischen Lehre, diese vielmehr geradezu bestätigend zu erklären, indem er „si non“ versteht als „etsi non“, und sich über das Bedenken, daß es dann statt „post mortem servi“ heißen sollte „post aditam hereditatem“, durch die Annahme hinweghilft, daß der Jurist sich die Tödtung des Slaven so schnell nach der Erbantretung folgend denke, daß inzwischen die Agnition kaum stattfinden konnte; er hat aber selbst, und mit Recht, zu dieser Erklärung kein Vertrauen. Aber der florentinische Text, obgleich durch die Basiliken bestätigt⁹⁵⁾, ist unhaltbar selbst nach der Ansicht der Proculianerschule. Darnach war freilich der per vindicationem legirte Slave, nach der Erbantretung, so lange der Legatar das Legat weder angenommen noch abgelehnt hatte, nullius; aber retro ab adita hereditate fuisse videbatur

95) Die Basil. LX. tit. 3. Cap. 13. §. 3. haben: *εἰ μὴ ἄρα μετὰ τὴν ἀναίρεσιν κατεδέξατο* (Heimb. vol. V. pag. 277.: nisi post occisionem agnovit). Eine Scholie setzt hinzu: *τότε γὰρ ἰμφρακτος ἀρμόζει* („tunc enim in factum actio competit“).

des Legatars, wenn er das Legat annahm, des Erben, wenn es abgelehnt wurde. Die Proculianer konnten doch nicht zugeben, daß in jener Zwischenzeit Jemand den Sklaven tödten konnte, ohne die *actio legis Aquiliae* fürchten zu müssen, die doch, wenn die Tödtung vor der Erbantrittung geschehen war, nach des Proculianers Celsus Ausspruch *hereditati* und dadurch dem künftigen Erben zukam. In Beziehung auf diesen Fall, sagt Julian in L. 7. §. 5. D. de dolo IV. 3., jene Klage werde dem Legatar nicht erworben, „*quoniam, priusquam factus sit legatarii, interemptus est*“; also, wenn die Tödtung erst nach der Erbantrittung geschah, stand die Klage dem Legatar zu, *quoniam servus interemptus adita hereditate legatarii factus erat*. In L. 13. §. 3. cit. ist daher die Negation zu beseitigen, sei es durch bloßes Streichen, wie als *vulgata lectio* angegeben wird, oder durch Emendation des *non*, was sich mehr empfiehlt⁹⁶⁾. Haloander gibt „*si modo*“, und das entspricht auch wohl dem Zusammenhang⁹⁷⁾; Mommsen aber schlägt vor zu lesen: „*si vel*“, indem das *non* entstanden sein könne durch Verwechslung der *notae* \bar{U} und \bar{N} , und das scheint noch treffender in dem Sinne: „wenn er auch erst nach der Tödtung des Sklaven für Annahme des Legats sich entschieden hat“⁹⁸⁾. Jedenfalls ergibt sich, daß L. 13. §. 3. cit. nicht zum Gegenbeweise gegen die oben vertheidigte Meinung dienen

96) Vgl. Gebauer-Spangenberg *corp. iur. ad h. l.* (vol. I. p. 170. not. 100), Schulting-Smallenburg *ad h. l.*

97) Noodt *ad legem Aquiliam lib. sing. cap. 11.* (opp. omn. pag. 136) billigt *si modo post*, mit den Worten: *quod suadet Codex Haloandrinus*; wie auch in L. 2. pr. D. *si quis caut.* II. 11. Haloander *si modo* hat, statt des florentinischen *si non*.

98) Vgl. Arndts *civilist. Schriften* II. S. 387 fg.

kann, wie denn auch Köppen dieselbe nicht zum Beweise seiner Meinung benutzt hat⁹⁹).

Gegen diese haben sich denn auch mit Crailsheim a. a. O. die Meisten erklärt¹⁰⁰), und man möchte wohl Windscheid's Anmerkung zu §. 643. seines Lehrbuchs allein schon als genügende Widerlegung derselben ansehen und die vorstehende ausführliche Erörterung für überflüssig erklären. Aber, wie schon oben S. 275. angegeben, Thering hat der Ausführung Köppen's zugestimmt, und zwar mit der Bemerkung, es gereiche der heutigen Jurisprudenz nicht gerade zum Lobe, daß sie sich durch den Widerspruch Köppen's in ihrem Behagen bei der bisher herrschenden Meinung nicht habe irre machen lassen — „etwas weniger Glaube und etwas mehr Kritik wäre besser gewesen“ —¹). Dem gegenüber war es doch wohl nicht überflüssig, die Ausführung Köppen's noch einmal einer genauen Kritik zu unterziehen. Es handelte sich darum, ob jene beweise, was sie zu beweisen sich zur Aufgabe gemacht; dies aber war, daß bezüglich des nach Gai. II. 195. unter den beiden Schulen streitigen Punktes nicht die Ansicht der Sabinianer in der späteren Jurisprudenz die herrschende geworden und im Justinianischen Recht aufgenommen, derselbe vielmehr durch die der Proculianer verdrängt worden sei.

Erkennt man diese Beweisführung als unglücken — und

99) Vgl. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 325, civilist. Schr. II. S. 465.

100) Arndts Band. §. 560. (seit der 5. Aufl.) Anm. 2. Unger Erbr. §. 62. Anm. 2. Bangerow II. §. 529. Windscheid Band. §. 643. Anm. 2. Seuffert Band. §. 612. Anm. 1. Baron Band. §. 443. 445. 450. Wächter, das schwebende Eigenthum, Leipzig 1871. S. 6. fg., 23 fg., auch Brinz Band. 1. Aufl. S. 954 Abs. 1; vgl. 2. Aufl. S. 594.

1) Jahrb. für Dogm. des R. X. S. 479.

daß sie an großen Schwächen leidet, wird, denk' ich, jetzt auch Ihering zugehen —, so mag man immerhin den Sabinianern und den Verfassern der Justinianischen Rechtsbücher und so weiter auch der neueren Jurisprudenz vorwerfen, daß sie sich noch nicht zu der Theorie von „passiven Wirkungen der Rechte“, auch künftiger Rechte, emporgeschwungen haben; ungerecht aber wäre der Tadel, daß man durch eine mißlungene Beweisführung sich nicht irre machen lasse in einer bisher für richtig erkannten Theorie des justinianisch-römischen Rechts. Zudem würde Köppen's Beweisführung, wenn sie gelungen wäre, ergeben haben, daß im Justinianischen Recht die Proculianische Ansicht aufgenommen sei, und diese ist, wie Ihering S. 480. angibt, ebenfalls weit entfernt von jener Theorie passiver Wirkungen der Rechte, indem sie in der Zeit von Ausretung der Erbschaft bis zur Agnition des Legats keinem, weder dem Legatar, noch dem Erben, das Eigenthum beilegt. Das eine Bedenken dagegen, das Ihering S. 477. vorbringt, daß nemlich darnach in dieser Zwischenzeit die Sache schutzlos wäre, würde zwar nach Köppen S. 193 sich erledigen. Zu dem Satze der Proculianer „*nullius interim eam rem esse*“ bemerkt er in Anm. 178.:

„Natürlich gehören demungeachtet die legitimen Sachen in der Zwischenzeit zur Erbschaft, so daß dem Erben auch ihretwegen die *rei vindicatio* und *actio familiae herciscundae* zusteht: L. 66. D. de R. V. (6. 1). L. 12. §. 2. D. fam. herc. (10. 2).“

Also: der Erbe konnte noch nicht intendiren: „*eam rem ex iure Quiritium eius esse*“, aber noch: „*eam rem ex iure Quiritium hereditatis Titii defuncti esse*“, obgleich die Hereditas schon angetreten war? Wer glaubt das? Und was sagen die angeführten Stellen? Die erste, von Paulus, sagt: *Non ideo minus recte*

quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis extiterit; und die zweite, von Ulpian: Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est et ideo venit in familiae eriscundae iudicium . . . Idem et in statulibero dicitur, qui interim est heredum, existente autem condicione ad libertatem perveniat.— Unter vielen schwachen Argumentationen ist diese wohl die schwächste. Beide Stellen sprechen von bedingtem Vindicationslegat und bedingter testamentarischer Freilassung, und setzen beide voraus, daß nach Antretung der Erbschaft bis zur Erfüllung der Bedingung der Erbe Eigenthümer der vermachten Sache, des freigelassenen Slaven sei.

Bisher ist nur die erste Abhandlung von Köppen (in Band V. der dogmat. Jahrb.) zu widerlegen versucht worden, ohne auf die zweite, seit jener Zustimmung Ihering's (in Bd. XI. der Jahrb.) erschienene Rücksicht zu nehmen; es ist nunmehr noch zu untersuchen, ob durch diese jener Widerlegungsversuch entkräftet werde?

In geistvoller fesselnder Darstellung entwickelt der §. 3. der zweiten Abhandlung, wie Rechtsverhältnisse aus Rechtsgeschäften successive entstehen und zur Vollendung gelangen, wovon die in §. 2. besprochene successive Entstehung von Rechtsgeschäften streng unterschieden wird. Zum Begriff eines Rechtsgeschäfts erfordert der Vf. (S. 152) eine Privatwillenserklärung, die nicht nur auf eine Rechtsänderung gerichtet und zu deren Eintritt wesentlich ist, sondern in der That auch eine Rechtsänderung bewirkt. Die Jurisprudenz soll nur das Geschäft ein Rechtsgeschäft nennen, welches ein Rechtsverhältniß erzeugen und deshalb eine durch das Recht gesicherte Existenz haben kann. Eine Willenserklärung, durch welche zwar eine Rechtsänderung bezweckt und auch der Eintritt derselben bedingt ist, deren Wirksamkeit aber noch von der

Bereinigung mit anderen Willenserklärungen oder sonstigen Thatfachen abhängt, deren Existenz daher lediglich auf dem fortdauernden Willen ihres Subjekts beruht, wird nur als ein Theil von dem Thatbestande eines Rechtsgeschäfts betrachtet und das Geschäft, das damit angefangen, als ein unvollendetes oder noch schwebendes dem fertigen Rechtsgeschäft gegenübergestellt. Diesemnach ist das Testament, die letztwillige Verfügung, an sich noch kein vollendetes Rechtsgeschäft. Bis zum Tode des Testators hat das Testament noch keine rechtliche Wirkung; es kann willkürlich aufgehoben oder geändert werden. Erst mit dem Tode des Erblassers ist nach des Vf. Begriffen die letzte Willensordnung ein vollendetes Rechtsgeschäft. Nun erst kann, und von nun an kann nur mehr von Rechtsverhältnissen, die sie erzeugt, die Rede sein²⁾. Nun erst beginnt die rechtliche Wirksamkeit, wie der Erbeinsetzung, so auch des Vermächtnisses. Aber das Rechtsverhältniß, auf welches der Vermächtnißwille hinzielt, beginnt erst zu entstehen; es sind noch verschiedene Stadien der Entwicklung zu durchschreiten, bis der Rechtserwerb, den der Erblasser durch das Vermächtniß zugebracht hat, sich vollendet.

- 2) Es ist hier nicht der Ort, diese neue Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts zu kritisiren. Sie hat aber schon starke Anfechtung erfahren. Windscheid in der 4. Aufl. seines Lehrb. der Pand. §. 69. Anm. 1. a. E. bemerkt darüber: „Röppen will Rechtsgeschäft nicht die auf die Hervorrufung einer Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung genannt wissen, sondern nur eine solche, durch welche eine Rechtsänderung wirklich bewirkt werde. Deshalb sei das Testament vor dem Tode des Erblassers kein Rechtsgeschäft; man dürfte in diesem Sinne auch nicht von einem nichtigen Rechtsgeschäft reden. Ich sehe von dieser Einengung des juristischen Sprachgebrauchs keine Vortheile, sondern nur Nachtheile.“

Das erzielte Rechtsverhältniß kommt nur successive zur Entstehung.

Als in der Bildung begriffene Rechtsverhältnisse werden S. 163. genannt die bedingten und die betagten Rechtsverhältnisse. Das bedingte Rechtsverhältniß, mag die Bedingung auf Privatdisposition beruhen oder eine *condicio iuris* sein, ist eine durch das Recht geschützte Hoffnung auf das beabsichtigte Rechtsverhältniß (Entstehung, Aufhebung, oder Aenderung des Rechts). Mit ihr beginnt das Rechtsverhältniß, um durch den Eintritt der Bedingung perfect zu werden. Die rechtliche Natur dieser Hoffnung wird dann S. 166 fg. zunächst bei Rechtsverhältnissen aus einem Geschäft unter Lebenden beleuchtet. Die bedingte *Obligatio* aus einem Versprechen ist ein unbedingtes obligatorisches Recht, welches die *spes debitum iri* begründet, einstweilen eine *obligatio imperfecta*, die als solche aber den Entwicklungskern zu einer Forderung auf die versprochene Leistung in sich trägt und durch den Eintritt der Bedingung zu einer perfecten gewissen Forderung auf diese Leistung wird. Das Dasein dieser *perfecta obligatio* müßte an sich wohl erst vom Moment ihrer Vollendung datiren; aber in der That wird sie nach derselben so behandelt, als wäre sie *sine condicione* entstanden (L. 11. §. 1. D. qui pot. XX. 4), als wäre ihr vollendeter Erwerb für den Gläubiger schon eingetreten zu der Zeit, als er die *spes* acquirirte. Eine *condicio*, so sagt der Vf. S. 171., nennt das Römische Recht nur die Nebenbestimmung, durch welche die gegenwärtige Existenz eines Rechtsverhältnisses von einer künftigen ungewissen Thatsache abhängig gemacht werden soll. „Wer heute eine Forderung *sub condicione* einräumt, gleichviel ob unter einer *condicio facti* oder einer *condicio iuris*, will, daß sie von heute an zum Vermögen des Gläubigers gehört, falls sich die Bedingung erfüllt.“ Daher muß die

Vollendung der Obligation auf die Zeit des Vertragsschlusses zurückgezogen werden. Soll nicht die gegenwärtige, sondern die künftige Existenz der Forderung von einer noch ungewissen Thatsache abhängig sein, wenn und von da ab, wo diese eintritt, so ist diese Nebenbestimmung keine reine *condicio* mehr, sondern ein *dies incertus*, Bedingung und Zeitbestimmung zugleich. Die Erfüllung der Bedingung bewirkt, daß die Forderung so behandelt wird, als wäre sie von vornherein ohne Bedingung, nur unter einem *dies a quo* contrahirt, der nun zugleich eingetreten ist. Auch die unter einem *dies certus* contrahirte Obligation ist übrigens die *pendente* noch eine *obligatio imperfecta*, von der bedingten dadurch verschieden, daß bei ihr die Vollendung nicht zurückgezogen wird und diese schon gewiß ist (S. 178. fg.). Nachdem so die Natur einer bedingten *Obligatio* aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden gezeichnet worden, wird nun S. 180 fg. behauptet, daß in gleicher Weise die Bedingung auch bei der Eigenthumsübertragung wirke. Durch die bedingte Tradition, sagt der Vf., erwirbt der Empfänger sofort ein dingliches Recht, die *spes* auf das Eigenthum, begonnenes Eigenthum, dessen Vollendung in *pendenti* ist. Der gegenwärtige Eigenthumserwerb soll in *pendenti* sein; die Perfection desselben ist auf die Zeit der Tradition zurückzuziehen. Der Empfänger kann schon jetzt als Eigenthümer Rechte an der Sache einräumen, aber ebenfalls nur als bedingte, wie sein Eigenthum bedingt ist, die daher zugleich mit diesem perfect werden, mit rückwirkender Kraft. Der Tradent ist noch Eigenthümer; er kann die Sache noch gültig veräußern, mit dinglichen Rechten belasten, wegen Verletzung des Eigenthums klagen. Aber für ihn ist schon der Verlust des Eigenthums begonnen, nur noch in *pendenti*; wird dieser Verlust, andererseits des Empfängers Erwerb perfect, so ist nun entschieden, daß früher

schon nicht der Tradent noch das Eigenthum hatte, sondern der Empfänger schon Eigenthümer war, und sind die von jenem vorgenommenen dinglichen Verfügungen über die Sache nichtig. Den Beweis für diese Wirkungen der bedingten Tradition findet der Vf. in den Grundsätzen, welche auf das pure errichtete s. g. Eigenthumsvermächtniß zur Anwendung kommen, welchen die bedingte Eigenthumsübertragung (in L. 8. D. de reb. cred. XII. 1.) gleichgestellt wurde, weil der Empfänger hier in demselben rechtlichen Verhältniß stehe, in welchem sich dort der Erbe befindet. So kommt der Vf. a. a. D. S. 182. fg. wiederum auf die berühmte Streitfrage der römischen Juristenschulen zu sprechen, die uns schon so lange beschäftigt, berührt aber dieselbe noch einmal S. 205 fg. im Zusammenhang der Erörterung über die aus Rechtsgeschäften auf den Todesfall hervorgehenden bedingten und betagten Rechtsverhältnisse (S. 195—218).

Der Vf. geht davon aus, daß, wie er in seiner ersten Abhandlung bewiesen habe, die Ansicht der Proculianer seit Antonin die herrschende geworden und im Justinianischen Rechte recipirt sei, und construirt diese Lehre darnach in folgender Weise. Nach dem Erbschaftsantritt ist die (nach altem Recht per vindicationem) legirte Sache einstweilen noch nullius in bonis, aber zugleich dem Legatar und dem Erben sub condicione erworben; dem ersten unter der condicio iuris, daß er das Vermächtniß agnoscirt, dem anderen sub contraria condicione, wenn jener das Vermächtniß ablehnt; beide erhalten ein in der Bildung begriffenes Eigenthum, welches (das eine oder das andere) mit dem Eintritt der Bedingung (der einen oder anderen, die einander ausschließen) durch Rückziehung ex die aditae hereditatis perfect wird. Der Erbe kann einstweilen schon Verfügungen über die Sache treffen, aber diese erzeugen nur, entsprechend seinem in der Entstehung be-

griffenen Eigenthum, in der Entstehung begriffene dingliche Rechte, die durch die Ablehnung des Legatars rückwärts zur Vollendung gelangen, durch die Annahme des Legats aber erlöschen, wie die *spes*, aus der sie sich ableiten. Das hinterlassene Eigenthum der vermachten Sache ist demnach provisorisch ein Erbschaftsrecht, und werden daher auch die aus dessen Verletzung entstehenden Klagen zunächst Erbschaftsklagen, die Früchte der Sache Erbschaftsfrüchte, wie zur Zeit der *hereditas iacens*; aber durch die *agnition* oder *repudiation* des Vermächtnisses zeigt sich, daß sie dies nur interimistisch gewesen sind, weil jetzt der Legatar oder der Erbe als Eigenthümer *ex die aditae hereditatis* erscheint. Zwischen dem (unbedingten) Eigenthumsvermächtniß und der bedingten Tradition, die sonst nach L. 8. D. cit. ganz analog sind, indem sie gleichzeitig für zwei Personen unter entgegengesetzten Bedingungen *pendentes* Eigenthum bewirken, findet hiernach nur in Einer Beziehung eine Verschiedenheit statt: „das legirte Eigenthum hat *pendente condicione* kein Subjekt, welches über dasselbe disponiren und die durch seine Verletzung begründeten Klagen anstellen kann; für das *sub condicione* tradirte Eigenthum existirt ein solches Subjekt in der Person des Tradenten.“

So sagt Köppen a. a. O. S. 184 fg., und scheint damit stillschweigend die oben S. 316 fg. angefochtene Anmerkung 178. zu seiner früheren Abhandlung zurückzunehmen. Nach dieser so ausgedachten Theorie der *Proculianer* bezüglich des alten *Vindicationislegats*, die das spätere Recht adoptirte, erwirbt der Legatar, wenn das Vermächtniß *pure* hinterlassen ist, mit dem Erbschaftsantritt, so heißt es S. 205., *deferirtes* Eigenthum an der legirten Sache, d. i. ein dingliches Recht, welches unter der Bedingung der *agnition* *perfectes* Eigenthum

ex die aditae hereditatis wird; für den Legatar tritt damit ein gleiches Verhältniß ein, wie für den freiwilligen Erben mit seiner Berufung; diesem wird die Erbschaft deferirt, d. h. auch hier, sie wird ihm acquirirt unter der Potestativbedingung, daß er sie haben will, wie jenem das legitime Eigenthum deferirt bezw. acquirirt wird; und wie hier die Vollendung des angefangenen Eigenthumserwerbes nach Erfüllung der Potestativbedingung vom Erbschaftsantritt datirt, so wird die Vollendung des Erwerbes der Erbschaft von dem Erbschaftsantritt auf die Todeszeit des Erblassers zurückgezogen.

Der Proculianischen Theorie wird S. 208 fg. die der Sabinianer in folgender Weise gegenübergestellt: Der Legatar soll die vermachte Sache mit dem Erbschaftsantritt ohne sein Wissen und Wollen erwerben und, wenn er später repudiirt, so zu Gunsten des Erben wieder verlieren, wie wenn sie ihm nicht hinterlassen wäre. Er mußte also als Eigenthümer unter der Resolutivbedingung der Repudiation behandelt werden, wie ein Käufer, der das Eigenthum unter der Verabredung *ut, si displicisset, res inempta esset*, erworben hat. Diese Annahme aber verletzte den Grundsatz: *liberalitas nolenti non acquiritur*; der Legatar verlor darnach durch *confusio* die ihm an der Sache zustehenden *iura in re* und bedurfte daher im Fall der Repudiation der *i. i. restitutio*; den Erben wurde darnach in diesem Fall nur das Eigenthum der vermachten Sache *ipso iure*, bezüglich der Accessionen in der Zwischenzeit nur eine Forderung erworben. Sollten diese Wirkungen des singulären unfreiwilligen Erwerbes beseitigt werden, so mußte man dem Legatar noch ein dem *beneficium abstinendi* analoges Recht geben. Das genügte aber nicht der Intention des Erblassers, die dahin geht, daß, wie der Legatar im Fall der Agnition, so der Erbe im Fall der Repudiation das Eigen-

thum der Sache und ihre Accessionen direct aus der Erbschaft erwerben soll. Dies fordert gleichzeitige Acquisition für beide Theile *sub contrariis condicionibus*. Deshalb adoptirte Antoninus Pius die Theorie der Proculianer, „die seitdem nicht mehr angefochten und auch im Justinianischen Recht bestätigt wurde.“ So der Vf. S. 210. Als beweisend die übereinstimmende Annahme derselben hebt er die zum Theil von Sabinianern herrührenden Stellen hervor, in denen gesagt wird: je nachdem das Vermächtniß repudiirt oder agnoscirt werde, komme das Eigenthum rückwärts *ex die aditae hereditatis* an den Erben oder den Legatar. „Die Ansicht der Sabinianer“, sagt er, „schloß diese Rückziehung für den Legatar unbedingt aus; da er nach ihr sofort mit dem Erbschaftsantritt Eigenthümer ward, konnte er es rückwärts nicht mehr werden“. Und eine deutliche Anerkennung der Lehre, daß die vermachte Sache gleichzeitig dem Erben und dem Legatar unter entgegengesetzten Bedingungen erworben werde, findet der Vf. jetzt auch in L. 3. §. 2. Cod. commun. de legat. et fid. VI. 43. Endlich wird S. 212 fg. noch die einzige Stelle, welche Köppen in seiner früheren Abhandlung als mit seiner Ansicht im Widerspruch stehend anerkannt hatte — L. 19. §. 1. D. quemadm. serv. am. VIII. 6. s. oben S. 309 —, jetzt als wohl vereinbar mit seiner Proculianischen Theorie erklärt.

Sehen wir uns jetzt diese Theorie mit prüfendem Auge rückwärts genauer an, so fällt uns zunächst die Erklärung der L. 19. §. 1. cit. auf.

„Wie das Eigenthum, so erwirbt der Legatar auch das *ius in re*, welches ihm der Erblasser an einer eigenen Sache hinterläßt, *sub conditione* der Agnition; es kommt auch hier mit dem Erbschaftsantritt ein dingliches Recht zur Existenz, welches sich durch die Erfüllung dieser Bedingung zu dem legitirten Rechte ausbildet. Ist z. B. eine

Prädialservitut vermacht, so verbindet sich diese mit dem praedium dominans als ein Recht, dessen Entstehung angefangen hat. Agnoscirt der Legatar, so wird es ex die aditae hereditatis perfect, repudiirt er, so geht es unter. Veräußert er aber das Grundstück, ohne zuvor seine Entscheidung zu treffen, weil er von dem Vermächtniß keine Kunde hat, so geht die defedirte Servitut auf den Singularsuccessor über, wie sie beim Tode des Legatars auf dessen Erben übergehen würde: denn die Zuwendung des Vermächtnisses ist mit der Delation erfolgt, weil der definitive Erwerb nur noch von dem Willen des Legatars abhängig ist. Aus diesem Grunde erlischt auch die Servitut nicht erst durch zehnjährigen non usus seit der Agnition, sondern die Frist läuft schon vom Erbschaftsantritt“.

So lautet die Erklärung der L. 19. §. 1. cit., die wir S. 212. lesen — in der That: ein Kunststück! Ein Recht, dessen Entstehung erst angefangen hat, das also noch nicht entstanden, nicht schon erworben ist, soll man doch schon durch Nichtausübung verlieren. Wird die Vollendung der angefangenen Entstehung eines Rechts vereitelt, so verliert man wohl die eröffnete Aussicht auf den Erwerb dieses Rechts, aber man verliert nicht dieses Recht selbst, als welches eben noch nicht entstanden, nicht erworben war. Wird die Entstehung der vermachten Servitut erst durch die Annahme des Vermächtnisses perfect, so geht durch dessen Ablehnung nicht die noch nicht entstandene Servitut unter; es wird nur die Perfektion der Entstehung derselben vereitelt; der Legatar verliert durch die Ablehnung des Vermächtnisses nicht die noch nicht erworbene Servitut, sondern gibt nur die ihm dargebotene Möglichkeit, die Servitut zu erwerben, auf. Daß der Legatar die vermachte Servitut, während er von dem Vermächtniß nichts weiß und darum es weder annehmen noch

ablehnen kann, durch Nichtausübung verlieren könne, das kann correct nur gesagt werden, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß die Servitut schon ohne die Agnition dem Legatar erworben sei. In Köppen's Erklärung stellt sich ein Recht, dessen Entstehung mit dem Erbschaftsantritt erst angefangen hat, als eine schon in diesem Zeitpunkte zur Existenz gelangte Prädialservitut dar, ein mit dem praedium dominans verbundenes dingliches Recht. Dieses soll nun, wenn der Legatar, ehe er das Legat angenommen hat, das Grundstück veräußert, auf den Singularsuccessor übergehen, aber eben doch nur als deferirtes Recht, dessen Erwerb erst durch Annahme vollendet wird, so wie beim Tode des Legatars das vermachte Recht auf dessen Erben übergehen würde. Dieser Vergleich ist aber nicht passend. Auf die Erben des Legatars geht das Vermächtniß über, wenn dieser nur den dies legati cedens erlebt; dann erwerben jene, wie dieser ihr Erblasser, in Folge der Erbantretung das vermachte Recht, sei es nun ipso iure oder durch Annahme, jedenfalls aber mit dem Recht der Ablehnung des Vermächtnisses, wie es ihr Erblasser hätte ablehnen können, und so steht es denn auch, wenn der Legatar auch den Erbschaftsantritt noch erlebt hat, aber dann ohne Kenntniß von dem Vermächtniß, ohne erklärte Annahme oder Ablehnung, gestorben ist. So auch geht denn das Vermächtniß einer Prädialservitut auf die Erben des Legatars über, vorausgesetzt nur, daß sie zu der Zeit, da der Erwerb der Servitut sich vollendet, noch Eigenthümer des bestimmten Grundstücks sind. Daß aber auch auf den Singularsuccessor im Eigenthum dieses Grundstücks das Vermächtniß der Servitut sich übertrage, das läßt sich nicht behaupten. Veräußert der Legatar post diem legati cedentem das Grundstück, für welches ihm eine Servitut an einem Grundstück der Erbschaft vermacht ist, so kann er nach Antritt

der Erbschaft die vermachte Servitut, weil nicht mehr Eigenthümer jenes Grundstücks, nicht erwerben. Daß der jetzige Eigenthümer desselben nun sie erwerben könne, das läßt sich in keiner Weise begründen, man möchte denn so kühn sein, die dem Titius vermachte Prädialservitut als ein eigentlich dem Grundstück desselben als juristischer Person vermachtes Recht aufzufassen, das dann jeder Rechtsnachfolger des Titius als Repräsentant des mit dem Legat bedachten Grundstücks geltend machen könne. Aber auch wenn der Legatar dann noch die Antretung der Erbschaft erlebt, kann der Singularsuccessor nicht das vermachte Recht erwerben, wenn der Erwerb desselben durch die Annahme des Vermächtnisses bedingt ist, der Legatar aber ohne Annahme gestorben ist. Der Singularsuccessor succedirt in das Eigenthum des Grundstücks, so wie dasselbe zur Zeit beschaffen ist; mit dem Eigenthum ist das vom bisherigen Eigenthümer erworbene Servitutrecht verbunden; wird nun die vermachte Servitut dem Legatar erst durch die Annahme des Legats erworben, so war sie zur Zeit der Veräußerung noch nicht mit dem Eigenthum des Grundstücks verbunden und kommt so dem Erwerber nicht zu. Köppen sagt zwar, die Zuwendung des Vermächtnisses sei mit der Delation erfolgt, weil der definitive Erwerb nur mehr von dem Willen des Legatars abhängt; daher gehe die deferrirte Servitut auch auf den Singularsuccessor über. Aber dieses sind nur Worte, die den Mangel eines schlagenden Grundes nicht zu decken vermögen. „Die Zuwendung des Vermächtnisses ist mit der Delation erfolgt“, das heißt in der That nicht mehr, als daß es nun lediglich in den Willen des Legatars gestellt ist, das vermachte Recht zu erwerben; wenn aber der wirkliche Erwerb der vermachten Prädialservitut noch abhängig ist von dem Willen des Legatars, so ist sie ohne diesen Willen eben noch nicht erworben, und ist sie noch nicht erworben, so ist

sie noch nicht als Recht mit dem Eigenthum des begünstigten Grundstücks verbunden, und so kann sie auch nicht demjenigen, der jetzt als Singularsuccessor dieses Eigenthum erwirbt, erworben sein.

Nir scheint nach wie vor die L. 19. cit. unwiderleglich zu beweisen, daß deren Verfasser Pomponius von der Sabinianischen Ansicht ausging. Wie das (durch Vindicationslegat) vermachte Eigenthum einer Sache der Erbschaft, so auch wird ein vermachtes anderes dingliches Recht an einer Erbschafts Sache durch den Erbschaftsantritt sofort ipso iure auch dem unwissenden Legatar erworben. Daher beginnt von da an schon die Verjährung der Servitut, als welche lediglich Folge der thatsächlichen Unterlassung der Servitutübung ist, ohne Unterschied, ob der Berechtigte aus Unkunde seines Rechts oder aus anderem Grunde die Ausübung unterlassen hat. Daher erwirbt derjenige, dem der noch unwissende Legatar das Grundstück veräußert, mit dem Eigenthum desselben zugleich auch das jetzt schon damit verbundene Recht der Servitut. Freilich konnte der Legatar nach der Sabinianischen Ansicht den ipso iure eingetretenen Erwerb durch Ablehnung des Legats wieder vernichten. Aber nachdem durch die Veräußerung des Grundstücks das mit dessen Eigenthum verbundene Recht schon auf einen Anderen übergegangen, könne, so sagt Pomponius, dem Legatar nicht mehr das Recht zustehen, durch Repudiation das nicht mehr ihm gehörende Eigenthum des Grundstücks zu schmälern. Davin spricht sich gerade entschieden des Pomponius Ansicht aus, daß in Folge des Erbschafts-Antritts der Erwerb der vermachten Servitut und deren Verbindung mit dem Eigenthum vollzogen sei, und es erscheint nur als ein Kunstgriff, um dieser Folgerung auszuweichen, wenn Köppen sagt, durch den Erbschaftsantritt sei die Servitut als „deferirtes Recht“ mit dem Grundstück verbunden.

Wie diese Abwehr der Beweiskraft der L. 19. cit. für die Sabinianische Ansicht schwach erscheint, so auch andererseits der aus L. 3. §. 2. Cod. commun. de legat. et fid. VI. 43. gezogene Beweis für die Reception der Proculianischen Theorie im Justinianischen Recht. Köppen a. a. O. S. 210 fg. geht davon aus, daß, nachdem durch L. 15. Cod. de testam. VI. 23. die Nothwendigkeit bestimmter Formeln für die Legate aufgehoben war, jedes Vermächtniß die Gestalt des Fideicommisses hatte. Dies, meint er, habe wahrscheinlich zu einer Vorschrift von temporärer Geltung geführt, welche dem Vermächtniß nur die obligatorische Wirkung des Fideicommisses beilegte und dadurch dem onerirten Erben die Veräußerung der legitimen Sachen ermöglichte. Gegen diese Vorschrift sei Justinian's angeführte Constitution gerichtet. Diese historische Hypothese ist höchst unwahrscheinlich. Wohl hatte unter der Regierung der Söhne Constantin's im J. 339. n. Chr. eine Constitution ausgesprochen: „in legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia“, sogar mit dem Zusätze: „ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit“³⁾. Allein, daß dadurch schon der alte Unterschied zwischen den Legaten und Fideicommissen und zwischen den verschiedenen Arten der Legate ganz aufgehoben worden sei, daß nun jedes Vermächtniß die Gestalt eines Fideicommisses hatte, daß gar durch eine besondere Constitution ausdrücklich jedem Vermächtniß auch nur die Wirkung eines Fideicommisses beigelegt worden sei, das kann nicht angenommen werden. In den sententiae des Paulus, die nach Constantin durch das sog. Citirgesetz vom Jahre 426 n. Chr.

3) L. 21. Cod. de legat. VI. 37. Vgl. L. 15. Cod. cit. und diesen Comment. Th. 46. S. 54.

als *receptae sententiae* mit besonderem Nachdruck bestätigt worden und die dann in einem Auszug auch noch in der westgothischen *Lex Romana* v. J. 506. als ein praktisches Rechtsbuch aufgenommen sind, werden Legate und Fideicommissa noch getrennt dargestellt und auch die Verschiedenheiten unter den Legaten, namentlich zwischen *Vindicationis-* und *Damnationislegaten*, noch als praktisch hervorgehoben (III. 6. IV. 1.). Und ebenso finden wir's in dem Auszug aus den Institutionen des Gaius, welchen die westgothischen Compileren ihrer Rechtsammlung einverleibt haben (*Gaii epit. lib. II. tit. 5. 7.*), und zwar hier von dem Texte der ächten Institutionen des Gaius in Worten und Fassung mehrfach abweichend, was noch deutlicher erkennen läßt, daß die Verarbeiter das Vorgelegene noch als praktisches Recht ansahen. Es ist aber wahrscheinlich, daß diese Verarbeitung des Gaius nicht erst von den westgothischen Compileren herrührt, sondern von diesen schon als ein gangbares Lehrbuch für den Anfangsunterricht im Recht vorgefunden wurde, und mit gutem Grund hat man vermuthet, daß dieses auf zwei Bücher reducirte Gajanische Lehrbuch auch auf den Rechtsschulen des Ostreiches im Gebrauch gewesen sei. Auch in den Vaticanischen Fragmenten, deren Sammlung jedenfalls erst geraume Zeit nach Constantin entstanden ist, tritt der Unterschied zwischen dem *Vindicationislegat* und andern Vermächtnissen noch bedeutend hervor⁴). Es ist kein Grund, daran zu zweifeln, daß auch zu Justinian's Zeit noch der Unterschied zwischen dem *Vindicationislegat* mit dinglicher und dem *Damnationislegat* mit bloß obligatorischer

4) Rudorff, römische Rechtsgeschichte I. §. 104. S. 289. vgl. §. 97. Anm. und §. 112. S. 311. Dernburg, die Institutionen des Gaius ein Collegienheft (Halle, 1869), S. 118 fg.

Wirkung, so wie dem Fideicommiss mit der ihm eigenthümlichen *missio in rem* in der Praxis sich bemerklich machte. Aber das subtile Recht des alten *Vindicationslegats* mit seiner engen Beschränkung auf Sachen, die zur Zeit der Errichtung des Legats und zur Zeit des Todes des Vermächtnißgebers in dessen *quiritischem* Eigenthum sich befanden, konnte der Praxis jener Zeit nicht mehr zusagen; sie mußte es wunderbarlich finden, daß der Eigenthumswerb eines vermachten Slaven oder Reitpferdes dem Legatar gegen willkürliche Veräußerung des Erben unter der angegebenen Voraussetzung gesichert war, nicht aber, wenn der Slave, das Roß, mit vollem Eigenthumsrechte oder auch selbst nur als sog. *bonitarisches* Eigenthum in dem Vermögen des Erblassers erst zu dessen Todeszeit sich vorfand, daß bezüglich eines ihm vermachten Provinzialgrundstücks, welches seit alter Zeit dem Erblasser gehört hatte, dem Legatar der dingliche Rechtserwerb versagt war und es einer umständlichen *missio in rem* bedurfte, um ihn gegen Entziehung des Eigenthums durch Willkürhandlung des Erben zu schützen. Dagegen war Justinian's L. 1. Cod. commun. de legat. et fid. VI. 43. gerichtet, die jedem Vermächtniß einer Sache der Erbschaft die Wirkung des alten *Vindicationslegates* beilegte. Und in Consequenz dessen erklärte dann Justinian in L. 3. §. 2. Cod. eod., daß fortan Veräußerung der vermachten Erbschafts Sache nicht mehr für gestattet und wirksam zu halten sei, wie sie nach altem Recht („*secundum veterem dispositionem*“) in den meisten Fällen, überall nehmlich, wo es an einer der civilen Voraussetzungen des *Vindicationslegates* gebrach, möglich und wirksam gewesen wäre. Gutbehrlich ist es, als die *vetus dispositio*, gegen welche die L. 3. §. 2. cit. gerichtet sei, sich eine besondere Constitution von temporärer Geltung auszudenken, welche ausdrücklich alle Vermächtnisse nur auf die obligatorische Wirkung des Fideicommisses

beschränkt habe⁵⁾. Indessen dies mag dahin gestellt bleiben. Den Beweis für die Justinianische Reception der proculianischen Theorie findet Röppen ohnehin in dem Satze der L. 3. §. 2. cit.: der mit dem Vermächtniß beschwerte Erbe solle wissen „*sciat, quod hoc quod alienum est*⁶⁾ non ei liceat utpote sui patrimonii existens alieno iuri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eum ad alios posse transferre et alienam spem decipere.“

Darin, findet er, sei deutlich ausgesprochen, daß der Erbe das Vermächte wohl habe, aber nicht iure, sondern sub tacita condicione, sc. si legatarius non agnoscat legatum, daß der Legatar eben auch noch nicht Eigenthümer der vermachten Sache sei, sondern vorerst nur die Hoffnung habe, es zu werden durch Annahme des Vermächtnisses. Aber meines Erachtens kann man mit besserem Recht in den vorhergehenden Worten „*hoc quod alienum est*“ geradezu eine Auerkennung der Sabinianischen Ansicht finden in Anwendung auf alle aus der Erbschaft in der einen oder anderen Form vermachten Sachen. Dem folgenden Satze den Gedanken unterzulegen: es sei widersinnig, dem Erben die Veräußerung einer Sache zu gestatten, die nicht pure, sondern nur sub condicione zu dessen „Vermögen“ gehöre, das scheint mir eine erkünstelte Auslegung, die dem ganzen Zusammenhang und der Fassung der Stelle nicht entspricht. Der Satz ist auch auf den Fall zu beziehen, wenn eine Sache unbedingt aber erst von einer bestimmten Zeit an (ex die certo) vermacht ist. In diesem Fall aber ist sicher nach Antretung der Erbschaft einstweilen der Erbe Eigenthümer der vermachten

5) Vgl. Th. 46. S. 66.

6) So liest Krüger in seiner Ausgabe des Codex S. 587.; anders Herrmann vgl. Th. 46. S. 64.

Sache; nur ist dessen Eigenthum mit einer Beschränkung in Betreff der Dauer behaftet, kraft deren es später ihm entgeht. Da kann man also in das „pure non possidet“ nicht den Sinn hineinlegen, daß der Erbe vorerst noch nur sub condicione Eigenthum der Sache habe. Und so kann man auch aus den Worten „spem decipere“ nur mit Kunstdruck herauspressen, daß der Legatar auch in Folge des unbedingten und unbetagten Eigenthumsvermächtnisses vorerst bis zur erklärten Annahme nur eine Hoffnung auf den Erwerb des Eigenthums habe, nehmlich wenn er's will. Wir haben hier eine in Justinian's Weise wortreiche Rechtfertigung einer in Consequenz der L. 1. Cod. eod. tit. ganz richtigen Entscheidung: nachdem jedem Vermächtniß einer Sache der Erbschaft die direkte Wirkung des alten Vindicationslegates beigelegt ist, kann consequent überall nicht mehr dem Erben die Möglichkeit zugestanden werden, die vermachte Sache als zu seinem Vermögen gehörige Sache gültig an Andere zu veräußern und so die dem Legatar gewährte Aussicht auf wirklichen Vermögensgewinn zu vereiteln. Einen Beweis für die Verwerfung der Sabinianischen Ansicht, für die Auerkennung der Proculianischen Theorie bezüglich des unbedingten Vindicationslegats, wie Köppen sie darstellt, kann ich darin nicht finden. —

Eine zweite Streitfrage, die unter den Schulen der Juristen bestand, betraf das bedingte Vindicationslegat.

Nach Gaius II. §. 200. war es streitig: quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset? „Nostri praeceptores“, sagt er, „heredis esse putant, exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed diversae scholae

auctores putant, nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo, quod sine conditione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum“. Die Proculianer nahmen also auch hier an, daß einstweilen bis zur Erfüllung der Bedingung die Sache weder in des Erben noch in des Legatars Eigenthum sei, und mußten consequent dieses auch nach Erfüllung der Bedingung noch annehmen, so lange nicht der Legatar das Legat angenommen hatte. Die Sabinianer dagegen legten hier dem Erben das Eigenthum bei, ließen aber durch Erfüllung der Bedingung dasselbe ipso iure als nun unbedingt legirtes auf den Legatar übergehen, der jedoch den Erwerb durch Ablehnung rückgängig machen konnte. In Betreff dieser Controverse der Schulen ist nun, abgesehen von der unmittelbaren Folge der Erfüllung der Bedingung, unzweifelhaft, daß in der Jurisprudenz nach Gaius die Sabinianische Lehre die siegreiche gewesen und diese auch im Justinianischen Rechte allein anerkannt ist⁷⁾. Und in diesem Punkte erfreut sich dieselbe denn auch der Zustimmung Ihering's, wiewgleich ihr die Rede von passiven Wirkungen der Rechte, hier des möglicher Weise durch Erfüllung der Bedingung künftig entstehenden Rechts des Legatars, fremd ist. Der Erbe hat einstweilen das Eigenthum der Sache nur als ein *dominium, quod abire ab eo speratur — speratur = expectatur*, gehofft wird, nicht vom Erben, der eben *rem vindicat*, wohl aber vom Legatar —. Diese Hoffnung kann der Erbe nicht durch rechtliche Verfügungen vereiteln oder schmälern;

7) L. 66. und L. 12. §. 2. cit. (von Paulus und Ulpian), L. 32. §. 1. D. de legat. II. (von Modestinus), L. 1. §. 4. D. de Sc. Silan. XXIX. 5. (Ulpian), vgl. L. 29. §. 1. D. qui et a quib. manum. XL. 9. L. 11. §. 1. D. serv. quemadm. am. VIII. 6. (Marcellus), L. 105. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Pomponius).

er mag die Sache veräußern, mancipiren, tradiren, aber, wenn die Hoffnung des Legatars sich erfüllt, so hat das Eigenthum des Erwerbers ein Ende⁸⁾; er mag die Sache mit Servituten belasten, aber, wenn die Erfüllung der Bedingung eintritt, so erlöschten die von ihm bestellten Servituten⁹⁾; er mag selbst *pendente condicione* einem Andern die Sache per *vindicationem* legiren und mag kraft dessen dieser das Eigenthum der Sache erwerben, aber *existente condicione* wird nichts desto weniger der erste Legatar, wenn er nicht ablehnt, Eigenthümer, unmittelbar kraft des ihm vom ersten Testator hinterlassenen *Vindicationslegates*¹⁰⁾: Mit einem Wort: Das Eigen-

8) L. 69. §. 1. D. de legat. I. cf. L. 81. pr. 82. pr. eod. vgl. Th. 46. S. 262 fg.

9) L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am.: *Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat.* Nach der Ansicht der Proculianischen Schule konnte nicht gesagt werden: *extingui servitutes*; diese waren nicht *constitutae*, wenn der Erbe nicht Eigenthümer war. Nach der Sabinianischen Ansicht konnte der Erbe inzwischen als Eigenthümer des Grundstücks für dasselbe auch Servituten erwerben. Daher fährt Marcellus in L. 11. §. 1. cit. fort: *Videamus, an adquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur.* Durch den Erwerb einer Servitut für das vermachte Grundstück ist das Recht des Legatars nicht gefährdet oder beeinträchtigt; erworben aber ist sie durch den zeitlichen Eigenthümer; dem Legatar sie abzuspreehen fand Marcellus nicht praktisch. Nach der Ansicht der Proculianer konnte die Frage nicht aufgeworfen werden, weil die Servituten nicht *adquisitae* waren, obgleich *deficiente condicione legati* der Erwerb der Servitut durch den Erben zu Recht bestand, weil dieser alsdann rückwärts schon in jener Zeit als Eigenthümer des Grundstücks angesehen wurde.

10) L. 105. L. de cond. et dem.: *Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione*

thum des Erben ist behaftet mit der Möglichkeit künftigen Anfalls an den Legatar, beschränkt in seiner Dauer, und kann nur mit dieser ihm anhaftenden Schranke vom Erben auf einen Gesamt- oder Einzel-Nachfolger desselben übertragen werden. Wenn man von einer „Gebundenheit der Sache“ spricht, so ist darunter nichts anderes zu verstehen, indem die Sache für das Eigenthum an derselben genannt wird; die Sache verspürt von dieser Fessel nichts¹¹⁾. Das Eigenthum der Sache wird denn auch in diesem Fall dem Legatar erworben, als unmittelbar vom Vermächtnißgeber ihm zugewendet; er bekommt es nicht vom Erben, bedarf nicht der Uebertragung von dessen Seite, ist nicht Rechtsnachfolger des Erben, von diesem sein Recht ableitend, nur zeitig dessen Nachfolger im Eigenthum. Man konnte auch hier mit Papinian sagen: *recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit*; aber nach der recipirten Ansicht der Sabinianer ohne den Zusatz:

legavit, post existentem condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit: sed et imposita servitus finietur existente condicione. Pomponius geht von der Ansicht aus, daß post aditam hereditatem condicione legati existente das Eigenthum sofort ipso iure dem Legatar erworben sei; daher kann der Erbe und der Erbe des Erben jetzt keine Servitut mehr auflegen; die früher aufgelegten erlöschen; und der zweite Legatar erwirbt nicht das Eigenthum oder verliert es ipso iure wieder, wenn er es auch nach dem Tode des Erben, der ihm vermachte, schon erworben hatte. Nach der Ansicht der Proculianer wäre obiges Legat als Vindicationslegat nicht gültig gewesen, weil der Testator nicht Eigenthümer war.

11) Vgl. Arndts Pand. §. 128. mit Thering a. a. O. S. 472. „Gebundenheit der Sache“, S. 480 „des Erben . . . Eigenthum ist gebunden“, S. 499 fg.

„numquam factum heredis“; die Proculianer konnten auch hier so reden.

Wie es sich bei dem Vindicationslegat ex die certo mit dem Eigenthum der Sache in der Zwischenzeit von der Antretung der Erbschaft bis zu dem bestimmten Zeitpunkte verhielt, darüber sagt Gaius a. a. O. nichts ausdrücklich. Es versteht sich aber von selbst, daß hier die Sabinianer ebenfalls bis dahin dem Erben das Eigenthum beilegten¹²⁾. Und vermuthlich waren darin, sofern sie überhaupt ein Vindicationslegat als wirksam zuließen, auch die Proculianer nicht anderer Meinung; ein solches Legat legte ja klar den Willen des Testators, daß inzwischen der Erbe das Eigenthum behalten sollte, an den Tag. Eine Bestätigung dessen kann man finden in dem Schlußsatz von Gai. II. §. 200.: quod (sc. *nullius interim eam rem esse*) multo magis dicunt (*diversae scholae auctores*) de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum. Stände pure allein da, so könnte dies einfach auf ein unbedingtes Legat gedeutet werden; da es noch ausdrücklich zu „sine condicione“ hinzugefügt ist, darf man schließen, daß Gaius sagen wollte: „unbedingt und ohne Zeitbestimmung“ (dies certus)¹³⁾, also: über den Fall, wenn unbedingt, aber mit einer Zeitbestimmung vermacht war, war kein Streit, oder ist wenigstens solcher nicht bezeugt.

Was hiernach vor Justinian nur beim Vindicationslegat Rechtsens war, gemäß der Sabinianischen Lehre, das gilt im Justinianischen Rechte, nach L. 1—3. Cod. commun. de legat. et fideicomm. VI. 43., bei jedem

12) Vgl. oben S. 264. Anm. 35; vgl. auch Thl. 46. S. 65 Anm. 42.

13) Pure finden wir bald im Gegensatz von sub *condicione* schlechthin — Gai. II. 244. — bald im Gegensatz von sub *condicione aut ex die certa* — Gai. II. 250. I. 186 vgl. Ulp. XXIV. 31.

Vermächtniß einer eigenen Sache des Erblassers, wie denn auch in den betreffenden Digestenstellen die Bezugnahme auf ein Vindicationslegat überall ausgemerzt worden ist. Und was insbesondere die Veräußerung solcher vermachten Sachen durch den Vermächtnißträger betrifft, so hat Justinian die in den Digesten aufgenommenen ursprünglich nur auf das Vindicationslegat bezüglichen Grundsätze durch L. 3. §. 2. 3. Cod. l. c. ausdrücklich in Anwendung auf alle Vermächtnisse von Sachen des Erblassers bestätigt und zudem durch eine zusätzliche neue Bestimmung das Recht der Vermächtnißnehmer gegen Gefährdung in Folge solcher Veräußerung noch mehr sicher gestellt¹⁴⁾. In §. 2. ist zunächst von unbedingten Vermächtnissen die Rede („*ea quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt*“). Hier ist die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit der Veräußerung durch den Vermächtnißträger sehr energisch ausgedrückt¹⁵⁾, ganz passend für den Fall des unbedingt und ohne Befristung hinterlassenen Legats, kraft dessen der Legatar nach Antretung der Erbschaft sofort Eigenthümer der Sache ist, aber doch auch bezüglich auf das *legatum ex die certo*, obgleich in Folge dessen inzwischen *usque ad diem* dem Erben das Eigenthum zusteht, aber nur als ein *dominium, quod ab eo abiturum esse iam certum est*, was ohne Zweifel durch die Worte „*quam in suis bonis pure non possidet*“ angedeutet werden

14) Vgl. des Comment. Th. 46. §. 56 fg.

15) „*Nemo itaque ea . . . putet esse in posterum alienanda . . . sed sciat, quod hoc quod alienum est non ei liceat* (so Rüge r's Ausgabe anstatt der Th. 46. §. 64. aufgenommenen Lesart: *hoc, quod alienum est, non licere ei*) utpote sui patrimonii existens alieno iuri applicare, quia satis absurdum est . . . rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre“

solte¹⁶). In §. 3. ist sodann von bedingten Vermächnissen die Rede („sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum“). Hier wird der Vermächtnißträger nur gewarnt vor Veräußerung der Sachen („melius faciat, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca“), mit Hinweis auf die möglicher Weise in Folge derselben ihn treffenden Nachteile („ne se gravioribus oneribus, evictionis nomine supponat“), falls nehmlich die Bedingung des Vermächtnisses in Erfüllung geht. Denn:

sciatis, quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intellegenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerat celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat.

Die Veräußerung hindert nicht den existente condicione ipso iure eintretenden Uebergang des Eigenthums der Sache auf den Vermächtnißnehmer; dieser kann dieselbe ohneweiters gegen den Erwerber und jetzigen Besitzer vindiciren, so zwar, daß ihm auch nicht Ersetzung im Wege steht; er kann eben so gegen den Gläubiger, dem die Sache vom Vermächtnißnehmer verpfändet war, die Eigenthumsklage mit vollem Erfolg durchführen. Justinian sagt nicht, daß das Veräußerungsgeschäft, namentlich der Kaufvertrag, als ab initio nichtig zu betrachten sei. Nur die Veräußerung, alienatio rei, die Uebertragung des Eigenthums derselben auf den Käufer ist fortan vereitelt; es war diesem das Eigenthum aber nur mit der ihm inwohnenden Gefahr der Vernichtung durch die Erfüllung der Bedingung erworben. Der Kauf ist durch die Erfüll-

16) Vgl. des Comment. Th. 46. S. 65. Anm. 42. und oben S. 332 fg.

ung der Bedingung des Vermächtnisses der Kraft einer *iusta causa* des Besitz- und Eigenthumserwerbes beraubt; aber der Verkäufer haftet dem Käufer, der des Vermächtnisses unfundig war, nach §. 4. in vollem Maße wegen Eviction der Sache, wie wenn er eine fremde Sache verkauft hat; wenn aber der Käufer wußte, daß die Sache unter einer Bedingung vermacht sei, dann soll er nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nur auf Rückzahlung des Kaufpreises Anspruch haben, und selbst diesen Anspruch wird man ihm mit Recht absprechen, wenn der Kaufvertrag in dem Sinn abgeschlossen worden, daß dem Käufer nur das wegen noch möglicher Erfüllung der Vermächtnißbedingung unsichere Recht des Verkäufers verkauft sein solle, d. i. *implicite* die Hoffnung desselben auf die Rechtsfolge der Nichterfüllung der Bedingung, darin bestehend, daß nun das Eigenthum ein dauerhaftes ist. Uebrigens ist in §. 3. die Ausschließung der Erfüllung ausdrücklich für alle Fälle der Veräußerung der vermachten Sache, auch die in §. 2. berührten, ausgesprochen, und ist noch besonders als wichtig zu betonen, daß die Constitution nicht bloß die dem Erben auferlegten Legate betrifft, sondern auch die einem Vermächtnißnehmer auferlegten Fideicommissen¹⁷⁾. Durch diese Constitution wird aber nicht ausgeschlossen, daß die von dem Beschwerten vorgenommene Veräußerung der vermachten Sache als wirksam bestehen bleibt, wenn der Bedachte das ihm hinterlassene Vermächtniß ablehnt, was in den erst nach L. 3. Cod. cit. pu-

17) In L. 3. §. 2. cit. sind die Worte: „*ea quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt*“ auf dem Erben auferlegte Vermächtnisse zu deuten; die folgenden Worte: „*vel quae restitui aliis disposita sunt vel substitutione posita*“ auf andere Vermächtnisse.

blicirten Pandekten noch als praktisches Recht anerkannt ist ¹⁸⁾).

Wird das Vermächtniß nicht abgelehnt, so gehört dem Vermächtnißnehmer die Sache, nicht als ob ihm das Eigenthum schon die legati cedente, also bei unbedingtem Vermächtniß schon vom Todestage an erworben wäre, aber sie gehört ihm als Bestandtheil des erblasserischen Vermögens, in dem Zustand wie sie im Nachlaß sich befindet, auch mit dem Zuwachs, der noch beim Leben des Erblassers oder erst nach dessen Tode hinzugekommen ist, wovon schon in §. 1518. b. (Th. 46. S. 121. fg.) die Rede gewesen ist. So ist auch kein Zweifel, daß dem Vermächtnißnehmer die zur Zeit des Erwerbes eines vermachten Grundstücks noch stehenden oder hängenden Früchte erworben werden; daß nach römischem Rechte das noch ungeborne Kind der vermachten Sclavin ihm mit der Mutter gehörte. Eine streitige Frage aber ist, was in Ansehung der vor Geltendmachung des Vermächtnisses von der Hauptsache getrennten Früchte Rechtens sei? Als Eigenthümer kann der Vermächtnißnehmer auf die Früchte der ihm vermachten Hauptsache jedenfalls nicht früher ein Recht haben, als von dem Zeitpunkte an, da ihm das Eigenthum der Hauptsache erworben ist; die von dieser getrennten Erzeugnisse bilden nicht einen Zuwachs als integrirenden Bestandtheil derselben, der mit ihr vindicirt werden könnte; sie sind selbständige Sachen, und es kann sich nur fragen, wem und kraft welchen Rechtes dieselben durch die Trennung, d. i. nach ihrer Entstehung als selbständige Sachen, erworben werden. Die nach dem Tode des Erblassers bis zur Antretung der Erbschaft entfallenden Früchte der vermachten Erbschaftssache, so wie auch das von der Erbschaftssclavin in dieser Zwischen-

18) Vgl. oben S. 293.

zeit geborene Kind, das nicht zu den Früchten gezählt wurde, bilden eine Vermehrung des erbenschaftlichen Vermögens und fallen als solche dem Erben zu¹⁹⁾, so wie auch, was der vermachte Slave in dieser Zwischenzeit erwarb, der Erbschaft erworben wurde und mit dieser und durch sie dem Erben zukam²⁰⁾. Nach Antretung der Erbschaft ist dann der Erbe zunächst Eigenthümer der vermachten Sache, so fern und so lange noch nicht dies *legati cessit et venit*, und hat als solcher auch das regelmäßig dem Eigenthümer zustehende Recht auf die Erzeugnisse, die in dieser Zeit von der Sache getrennt werden. So bei einem bedingten Eigenthumsvermächtniß, so lange die Bedingung schwebt; der Erbe kann selbst gegen den schon im Besitze befindlichen Vermächtnißnehmer die Eigenthumsklage anstellen und mittels derselben auch Herausgabe oder Ersatz der Früchte erwirken, in dem Maße, wie dies überhaupt dem Eigenthümer möglich²¹⁾. So auch bei dem

19) L. 20. §. 3. D. de hered. pet. V. 3.

20) L. 38. D. de legat. II. cf. L. 15. D. ad leg. Aquil. IX. 2.

21) L. 32. §. 1. D. de legat. II. (Modest. lib. IX. *regularum*): *fundum ante condicionem completam, ab herede non traditum, sed a legatario detentum, heres vindicare cum fructibus poterit.* — Es ist möglich, daß der Legatar die Sache, die in der That zur Erbschaft gehört, schon früher, *bona oder mala fide*, im Besitze hatte. Hat er sie als ihm vermachte Sache eigenmächtig in Besitze genommen, so könnte der Erbe sie auch durch das *interdum quod legatorum* (Dig. XLIII. 3.) abfordern, aber er kann sie auch vindiciren. Hat der Erbe dieselbe dem Legatar selbst übergeben, so hilft ihm weder das eine noch das andere Rechtsmittel, sei es, daß er sie aus anderem Grunde tradirt hatte, weshalb ihm *exceptio rei (venditae et traditae)* entgegenstehen könnte, sei es, daß er sie als vermachte schon vor Erfüllung der Bedingung, eben unter

befristeten Eigenthumsvermächtniß bis zu dem bestimmten Tage, von welchem an das Eigenthum vermacht ist. In Folge des unbedingten und unbefristeten Eigenthumsvermächtnisses dagegen scheint es consequent, dem Legatar sofort nach Antretung der Erbschaft wie das Eigenthum, so auch das regelmäßige Recht des Eigenthümers in Ansehung der Früchte und überhaupt der Erzeugnisse der Sache beizulegen. Consequent war dies in Beziehung auf das Vindicationslegat nicht nur nach der Sabinianischen, sondern auch nach der Proculianischen Ansicht; denn nach der letzten sollte es ja nach erklärter Annahme des Legats so angesehen werden, als ob dem Legatar schon rückwärts vom Zeitpunkt der Erbantretung an das Eigenthum erworben worden sei; nach beiden Ansichten war sie nie im Eigenthum des Erben, wenn der Legatar das Legat erwarb. Es ist kein Grund zu ersehen, aus welchem dennoch der Erbe die Früchte der Sache für sich gewinnen, dem Legatar sollte entziehen können. Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann der Legatar, nur er als jetziger Eigenthümer, gegen denselben die Eigenthumsklage anstellen und dadurch auch Erstattung der Früchte erlangen, mehr oder minder, je nachdem der Beklagte mala oder bona fide besitzt. Hat ein Dritter ohne Recht die Früchte von der Sache getrennt oder sind sie ohne Zuthun eines Menschen

dieser Bedingung tradirt hatte. L. 7. §. 3. D. de iuro dot. XXIII. 3. Vgl. übrigens ad L. 32. §. 1. cit. Cuiac. (opp. VII. col. 1136). — Nach der Ansicht der Proculianer hätte man consequent pendente condicione dem Erben kein Recht auf die Früchte und keine vindicatio beilegen können, da nach Erfüllung der Bedingung angenommen wurde, daß der Legatar, der das Vermächtniß annahm rückwärts von der Erbantretung an Eigenthümer gewesen sei, die Sache nie in des Erben Eigenthum sich befunden habe.

getrennt worden, so gehören sie dem Eigenthümer der Hauptsache, also jetzt dem Legatar; dieser ist es, dem als Eigenthümer auch wegen der Erzeugnisse je nach Umständen die vindicatio oder condictio, die actio furti oder arborum furtim caesarum und andere wegen Verletzung des Eigenthums stattfindende Klagen, insbesondere wegen Beschädigung der Sache die Aquilische Klage, zustehen²²⁾. Das alles scheint sich als einfache Consequenz daraus, daß dem Legatar das Eigenthum beigelegt wird, zu ergeben, und muß dann ebenso auch bei dem bedingten oder betagten Eigenthumsvermächtniß von Erfüllung der Bedingung oder Eintritt des Tages an angenommen werden. Damit übereinstimmend ist denn auch das Responsum Ulpian's, das in den Vat. fragm. §. 44. referirt wird:

Respondit Aurelio Felici, fructus ex fundo per vindicationem pure relicto post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere; colonum autem cum herede ex conducto habere actionem.

Dasselbe ist in den Digesten als L. 120. §. 2. D. de legat. I. aufgenommen, mit der Ueberschrift „Ulpianus libro secundo responsorum“, nur mit Weglassung der Worte „Respondit Aurelio Felici“ und mit der Interpolation „pure legato“, für „per vindicationem pure relicto.“ Was Ulpian nur vom Vindicationslegate sagen konnte, ist dadurch für das Justinianische Recht als anwendbar auf alle Fälle des Vermächtnisses eines erbchaftlichen Grundstücks hingestellt, dessen Eigenthum sofort adita hereditate dem Legatar erworben wird. Es ist darin der Fall gesetzt, daß das vermachte Grundstück vom Erblasser verpachtet war. Der Pächter hatte bis

22) L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. IX. 2. vgl. oben S. 312 fg.

zur Antretung der Erbschaft das Recht, die Früchte zu beziehen; nach Antretung der Erbschaft steht dies Recht dem neuen Eigenthümer, d. i. dem Legatar, zu, der an den Pachtvertrag nicht gebunden ist, wenn ihm nicht die Fortsetzung desselben vom Erblasser auferlegt ist; der Pächter aber kann nun mit der *actio ex conducto* den Erben belangen, der ihm aus dem Pachtvertrag des Erblassers obligirt ist. Dasselbe gilt auch, wenn das Vermächtniß ein bedingtes oder betagtes ist, *post aditam hereditatem existente condicione vel die*, wenn die Pacht bis dahin noch fortbauert; ebenso und noch vielmehr auch dann, wenn der Erbe während schwebender Bedingung das Grundstück verpachtet hat und nun die Bedingung in Erfüllung geht. Anders, wenn dem Dritten ein dingliches Recht an dem vermachten Grundstück zustand, das ihn zum Fruchtgenuß berechtigte, wie der Nießbrauch oder das emphyteutische Recht; dieses kann durch den Eigenthumserwerb des Legatars nicht afficirt werden; es kann nur die Frage entstehen, ob nicht der Erbe obligirt sei, dem Legatar die Sache befreit von dieser Beschränkung zu verschaffen; wenn aber der Erbe erst nach Antretung der Erbschaft als einstweiliger Eigenthümer ein solches Recht eingeräumt hätte, so würde dieses durch den nachher sich entscheidenden Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers von selbst erlöschen²³). Uebereinstimmend mit der oben entwickelten Ansicht ist ferner auch L. 42. D. de usur. et fruct. XXII. 1. (*Modestin. lib. 11. respons.*):

Herennius Modestinus respondit: fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem praeterisse dicatur.

23) Vgl. Cuiac. ad L. 120. §. 2. cit. und diesen Comment. Th. 46. §. 125 fg. §. 134. und oben §. 335.

Nachdem zur Zeit des *Modestinus* geltenden Rechte gewährte zwar das *Fideicommiss* nicht wie das *Vindications-* *legat* dem *Vermächtnißnehmer* unmittelbar (*ipso iure*) das *Eigenthum* der vermachten Sache; der *Fideicommissar* erwarb dieses, wenn das *Fideicommiss* ein *Singularfideicommiss* war, erst durch *Tradition*, bezw. *Mancipatio* oder *Injurecessio* von Seiten des *Beschwerten*, und es stand ihm außerdem noch eine räthselhafte *missio in possessionem rei* zu Gebote als *Rechtsmittel*, um sich den *Besitz* der vermachten Sache und deren (*prätorisches*) *Eigenthum* zu verschaffen; wenn es ein *Universalfideicommiss* war, wurde ihm nur durch die *Restitution* der *Erbschaft* *ex Scto Trebelliano* *bonitarisches* *Eigenthum* an allen Sachen der *Erbschaft* erworben. *Modestinus* setzte also bei seinem *Responsum*, wenn es ein *Singularfideicommiss* betraf, voraus, daß dem *Fideicommissar* das *Eigenthum* des *Grundstücks*, wenigstens *bonitarisches*, in jener Weise erworben war; zudem war es ihm offenbar *Hauptsache*, auszusprechen, daß dem *Fideicommissar* alle erst nach jenem seinem *Eigenthumserwerb* von dem *Grundstücke* bezogenen *Früchte* gehören, ohne *Rücksicht* darauf, ob selbst der größere *Theil* des betreffenden *Fruchtjahrs* schon vor dem *Anfall* des *Vermächtnisses* abgelaufen sei. Allein für das *Justinianische* *Recht* ist vorerst durch jene Stelle die *Regel* ausgesprochen, daß alle *post acquisitum ex causa fideicommissi dominium* percipirten *Früchte* dem *Fideicommissar* gehören, und wann nun *ex ea causa dominium acquisitum* sei, die *Frage* ist nach *Justinianischem* *Rechte* bezüglich aller *Vermächtnisse* eigener *Sachen* des *Erblassers* dahin zu beantworten: der *Vermächtnißnehmer* wird *Eigenthümer* der vermachten Sache nach *Antretung* der *Erbschaft*, je nach *Umständen* entweder *sofort* oder mit dem *Eintritt* des *Anfangstermins* des *Eigenthums* oder der *Erfüllung* der *Bedingung* des *Vermächtnisses*. Von da an konnte

also mit Recht, wie es scheint, unter Bezugnahme auf L. 42. cit., dem Vermächtnisnehmer als Eigenthümer auch das Recht auf die Früchte beigelegt werden²⁴⁾).

Gleichwohl wird von den Meisten gelehrt, daß der Legatar dem Vermächtnisträger gegenüber wegen der Früchte keinen Anspruch zu machen habe, außer von dem Streitbeginn an oder auch von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verpflichtete schon vor Erhebung der Klage wegen Ablieferung der Sache in Verzug gesetzt worden ist. Diese Meinung gründet sich auf ein Rescript von Gordian, das uns als L. 4. Cod. de usuris et fructibus legatorum vel fideicommissorum. VI. 47. überliefert ist, also lautend:

In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis, sequuntur, sive in rem in personam agatur.

Also auch, si in rem agatur, soll der klagende Legatar nur auf Erstattung der Früchte seit der Litiscontestatio Anspruch haben? Das kann zu Gordian's Zeit doch nur auf das Vindicationslegat bezogen werden. Man könnte dabei etwa auch an die zur Geltendmachung der Fideicommissie nach damaligen Rechte gewährte missio in rem denken²⁵⁾; aber mit Recht wird dagegen bemerkt, daß dies mit dem allgemeinen Ausdruck schwer vereinbar sei²⁶⁾; es ist um so weniger eine befriedigende Anshülfe, da schon nach älterem Rechte in Folge des Vindicationslegates dem Legatar die Wahl gelassen wurde, in rem oder in personam zu klagen, da im Justinianischen Rechte diese Wahl allgemein in Ansehung aller Vermächtnisse, deren Gegen-

24) Arndts Pand. §. 569. not. c. civilist. Schriften II. S. 466. not. 377.

25) Pauli sentt. IV. 1. §. 15.

26) Windscheid, Pand. §. 647. Anm. 14.

stand eine Sache der Erbschaft ist, dem Vermächtnißnehmer gestattet, jene alte scrupulosa in rem missio aber ganz beseitigt ist²⁷⁾. Allgemein anerkannt ist aber, daß ungeachtet der L. 4. cit. des Vermächtnißnehmers Anspruch nicht überall nur auf die nach der Litiscontestatio sich ergebenden Früchte zu beschränken sei. Gewiß ist, daß schon zu Gordian's Zeit des Fideicommissars Anspruch sich auch auf die Früchte der vermachten Sache erstreckte, von der Zeit an, da der Verpflichtete in Verzug gesetzt worden ist, und so verhält sich's im Justinianischen Rechte bei allen Vermächtnißforderungen²⁸⁾. Daher setzt man sich über das „post litis contestationem“ hinweg und erkennt dem Vermächtnißnehmer einen Anspruch zu auch in Betreff der schon vor dem Streitbeginn nach eingetretenem Verzug des Vermächtnißträgers percipirten Früchte²⁹⁾. So läßt Hellfeld bei dem Eigenthumsvermächtniß den Erben noch so lange er nicht gemahnt ist, nicht länger, die Früchte erwerben, und zwar als bonae fidei possessor³⁰⁾. Als bonae fidei possessor? möchte man da

27) Vgl. der Comment. Th. 46. §. 56 fg., 64. fg.

28) L. 26. D. de legat. III. L. 39. §. 1. D. de legat. I. L. 8. D. de usur. XXII. 1. vgl. Gai. II. §. 280. Pauli sentt. III. 8. §. 4.

29) Cuiac. ad L. 39. §. 1. cit. (opp. VII. col. 1022.), ad tit. Cod. de usur. et fruct. VI. 47. (opp. IX. c. 860.), Westphal I. §. 776. 780—82. Thibaut Band. §. 910. Wening-Jungenheim Civilrecht V. §. 211. Göschen §. 1048. a. E. Buchta Band. §. 543. Savigny System VI. §. 154. fg. Fr. Mommsen Beiträge III: Lehre v. d. Mora §. 228. Windscheid Band. a. a. D. Baron Band. §. 444.

30) Er sagt §. 1526. a. C.: Post aditam hereditatem percepti fructus ut et usurae non nisi a tempore litis contestatae, seu agniti legati et interpellationis factae, exigi possunt. Nam quamvis, quoad effectum trans-

mit Thering³¹⁾ fragen: er weiß ja, daß die Sache eine fremde ist; in der Regel wenigstens wird er wissen, daß die Sache vermacht ist, und dann muß er wissen, daß nach Antretung der Erbschaft dieselbe, wenn pure legirt, Eigenthum des Legatars ist. Wenn übrigens der Erbe die Früchte nur mit dem Recht des bonae fidei possessor erwirbt, so muß er ja doch die noch vorhandenen Früchte dem vindicirenden Legatar herausgeben; nur fructus consumptos suos facit, lucratur³²⁾. Thering legt aber ebenfalls auf die bis zum Moment der Ablieferung, beziehungsweise der Mora gezogenen Früchte schlechthin dem Erben den Anspruch, das Eigenthum, bei³³⁾, nur auf L. 4. Cod.

missionis, legatarius a momento mortis testatoris sit dominus, heres tamen tam diu, ac legatarius non interpellavit, instar bonae fidei possessoris fructus lucratur. Hier ist das dem Legatar ex die legati cedente beigelegte Eigenthum, wie bei Thibaut, nur quoad effectum transmissionis dominium. Vgl. oben S. 199. Anm. 2. S. 247 Anm. 100. S. 259 Anm. 23.

31) Jahrb. f. d. Dogmatik X. S. 478.

32) Arndts Pand. §. 156. 167.

33) Thering bringt diesen Punkt a. a. O. nur zur Sprache, um ein zweites Bedenken gegen die Theorie sowohl der Proculianer als der Sabinianer zu erheben, indem er als unzweifelhaft voraussetzt, daß dem Erben einstweilen die Früchte gehören. „Worauf“, fragt er, „soll er sein Eigenthum an denselben stützen, wenn die Sache eine res nullius ist? Auf Occupation? denselben Rechtstitel würde jeder Dritte haben. Worauf, wenn die Sache dem Legatar gehört? Auf das Recht des bonae fidei possessor? Allein er weiß ja, daß die Sache eine fremde ist.“ War so gefährlich ist die Lage auch nach der Proculianischen Ansicht nicht. Wird das Legat abgelehnt, so ist der Erbe retro Eigenthümer, hat als solcher die Früchte bezogen und behält sie; ein Dritter mag sie occupiren ohne Recht; er wird das Unrecht büßen, ob der Erbe oder der Legatar

cit. sich stützend. Allein wenn man durch diese Stelle sich nicht hindern läßt, dem Vermächtnißnehmer doch auch schon vor der Litiscontestatio gezogene Früchte zuzusprechen; wenn man, und mit Recht, nicht das *argumentum a contrario* gelten läßt: *post litiscontestationem fructus sequuntur*, also *ante litis contestationem non sequuntur*: so kann die Stelle auch nicht entscheidende Auskunft darüber geben, was in Ansehung der vor der Litiscontestatio gezogenen Früchte in allen Fällen Rechtens sei, am wenigsten darüber, wie es sich mit dem Eigenthumserwerb der Früchte verhalte, und das um so weniger, da uns in derselben nur ein aus einem Rescript entnommener Satz vorliegt, das ohne Zweifel im Eingange den praktischen Anlaß zum Ausspruch dieses Satzes angedeutet hatte. Dieser besteht aus einer Position und einer Negation. Die Position ist: *In legatis et fideicommissis post litiscontestationem fructus sequuntur*. Das ist ein allgemein für alle Arten von Vermächtnissen und für alle Fälle, wo dabei von einem Anspruch auf Früchte die Rede sein kann, richtiger Satz. Mag der Vermächtnißnehmer sein Recht durch eine dingliche oder persönliche Klage geltend machen, nach der Litiscontestatio haftet ihm der Beklagte jedenfalls für Ersatz der Früchte, auch der sog. *fructus percipiendi*. Die Negation ist: *non ex die mortis fructus sequuntur*. Auch das ist ein allgemein richtiger Satz. In keinem Falle, wenn auch dies

schließlich sich als Eigenthümer herausstellt. — Uebrigens kommt *Shering* nicht aus der Schwierigkeit heraus, das Eigenthum des Erben an den Früchten bis zur Ablieferung oder *Mora* zu erklären. Er bezweifelt nicht, daß das Eigenthum der vermachten Sache dem Legatar durch *Ignition* des Legats erworben wird; dadurch ist der Erbe nicht nothwendig schon in *mora*.

legati vel fideicommissi mortis testatoris tempore cedit, hat der Vermächtnißnehmer Anspruch auf alle seit dem Tode des Erblassers noch vor Antretung der Erbschaft entfallenen Früchte der vermachten Hauptsache, ausgenommen allein den Fall, wenn dies der Erblasser verordnet hat, d. h. wenn auch die Früchte ihm vermacht sind, diese also nicht bloß als Accession der allein vermachten Hauptsache, sondern als selbst vermachtes Object in Anspruch genommen werden können³⁴). Vielleicht war es in dem Fall, der dem Kaiser Gordian vorlag, gerade diese Frage, auf deren Entscheidung es wesentlich abgesehen war, indem ein Vermächtnißnehmer glaubte, daß ihm alle seit des Erblassers Tode entfallenen Früchte als Accessionen der vermachten Sache gleich anderem Zuwachs derselben gebühren, und so war es vielleicht gerade die Negative in dem Rescript, worauf der Ton gelegt wurde. Nach dieser Beleuchtung der L. 4. Cod. cit. scheint es mir jedenfalls unberechtigt, darin den Beweis zu finden, daß der Vermächtnißnehmer von der Zeit an, da ihm das Eigenthum der Sache erworben, als Eigenthümer nicht regelmäßig auch in Ansehung der Früchte gleiches Recht wie jeder andere Eigenthümer habe; unberechtigt, gegenüber der L. 4. cit. die L. 42. cit. und L. 120. §. 2. cit. zu ignoriren³⁵).

Schließlich noch ein Wort über L. 51. pr. D. fam.

34) L. 43. §. 2. D. de legat. II. L. 2. §. 1. D. de dote praelegata. XXXIII. 4.

35) Damit stimmt denn auch Scuffert 4. Aufl. §. 616. Anm. 5. überein, indem er zu Windscheid a. a. O. bemerkt: Es dürfte aber zudem zu behaupten sein, daß, abgesehen von Verzug und Prozeßbeginn, der Cnerirte diejenigen vor der Entrichtung des Vermächtnisses gezogenen Früchte herauszugeben habe, welche nach §. 618. Note 5." (wo von dem ipso iure eintretenden Eigenthumserwerb des Legatars die Rede ist) „und §. 142.“ (wo „Erzeugung aus unserm Eigenthum“ als Eigenthumserwerb vorkommt)

erc. X. 2., die von Savigny a. a. D. S. 155. Note 1 als Beweis angeführt wird, daß zuletzt auch beim Vindicationslegat vor allem Rechtsstreit die Forderung von Früchten in Folge der Mora zugelassen sei. Jene Stelle betrifft den Fall, da ein Vater, dem als Dos für die Ehe des Sohnes ein Grundstück übergeben war, diesen Sohn mit anderen zusammen zum Erben eingesetzt hatte. Julian sagt, dem Sohne sei hier jenes Dotalgrundstück durch den arbiter familiae erciscundae in der Art als Voraus zu überweisen, als wenn demselben die Dos per praeceptionem vermacht wäre³⁶⁾, und fährt dann fort: quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum; qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt.“ Also bis zur Litem-contestatio sollen die Früchte der per praeceptionem legirten Sache den Erben gehören? Dabei ist aber zu beachten, daß der Sabinianer Julian das legatum per praeceptionem nicht als Vindicationslegat ansah und die actio familiae erciscundae nach der Ansicht seiner Schule das einzige Rechtsmittel war, um das Präceptionslegat geltend zu machen, und zwar in der Weise, daß dem Prälegatar durch den Arbiter das Alleineigenthum adjudicirt wurde³⁷⁾.

„Eigenthum des letzteren sind.“ — Wenn der Verfasser hinzusetzt: „Weiter geht noch, wie es scheint, Arndts §. 569. Note c.“, so wird, denk' ich, dieser Schein verschwinden, wenn in dem Satze daselbst: „hat auch als Vindicant von jenem Zeitpunkt an Anspruch auf die Früchte,“ der Vindicant betont wird, mit Bezugnahme auf §. 167. Einverstanden sind auch Lewes Erbr. II. §. 107. A. Sintenis Civilrecht III. §. 213. unter Nr. II. a. C. Vgl. auch Mühlenthal Band. III. §. 755. Anm. 5. 6.

36) Vgl. Arndts civilist. Schriften I. S. 464. II. S. 557.

37) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 33 fg.